



2017

REVISTA

ACADÉMICA

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN

ISSN 2522-610X (Versión impresa)
ISSN 2522-6118 (Versión en línea)

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES**

REVISTA



2017

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Asunción

Edición 2017: 500 ejemplares

ISSN 2522-610X (Versión impresa)

ISSN 2522-6118 (Versión en línea) - URL: <http://www.der.una.py/revista.html>

© **Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA**

Derechos Reservados

Es una publicación de carácter científico-académico destinada a la divulgación y el intercambio de ideas, investigaciones y aportes doctrinales en el ámbito del Derecho y las Ciencias Sociales. Se publica con periodicidad anual en formato impreso y electrónico y su distribución es gratuita.

El contenido de la revista es de libre acceso. La reproducción total o parcial de los contenidos está permitida siempre que se cite la fuente.

Los conceptos emitidos en los trabajos publicados son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de la institución ni de los editores.

Dirección editorial:

Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser

Prof. Abog. José María Costa

Consejo Editorial:

Prof. Dr. Oscar Llanes Torres

Prof. Dra. Irma Alfonso de Bogarín

Prof. Dr. Adolfo Ozuna

Para correspondencia, dirigirse a:

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción

Calle Congreso de Colombia y Río Pilcomayo

Santísima Trinidad, Asunción – Paraguay

Correo electrónico: revista_juridica@der.una.py

Teléfonos: (595 21) 288 5000

Sitio web: www.der.una.py

Facebook: <https://www.facebook.com/info.derecho.una>

Asunción, Paraguay. Diciembre 2017

CONTENIDO

Autoridades de la Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.....	11
--	----

Editorial

El Estado Social de Derecho que nos compromete a todos.....	17
---	----

Doctrina y Jurisprudencia

Los medios alternativos de solución de conflictos y el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales.....	21
---	----

Miryam Peña

Panorama reciente de la acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	31
--	----

José Raúl Torres Kirmser

El interés superior del niño como principio de derecho procesal.....	65
--	----

Irma Alfonso de Bogarín

Jorge Vasconsellos

Reflexiones de actualidad: responsabilidad social del Estado.....	83
---	----

Luis Fernando Sosa Centurión

El mandato, la representación, y el patrocinio en el proceso penal	93
<i>Carlos Luis Mendoza Peña</i>	
Un proyecto de ley de modificación del nombre	107
<i>José A. Moreno Ruffinelli</i>	
Formalización de las uniones de hecho a través de la creación del registro de concubinatos	115
<i>Neri E. Villalba Fernández</i> <i>Gustavo Villalba Báez</i>	
Daños nucleares	131
<i>Bonifacio Ríos Ávalos</i>	
La culpa y el dolo en la responsabilidad civil contractual y en la extracontractual	153
<i>Alberto Joaquín Martínez Simón</i>	
Diseño y construcción de RPA y RPAS en la Facultad Politécnica de la Universidad Nacional de Asunción - UNA; Reglamentación de Aviación Tripulada a Distancia de la República del Paraguay	181
<i>Oscar Bogado Flettas</i>	
Patentes de Invención. Sistema de concesión de Patentes, las reivindicaciones, la prioridad. Derechos y obligaciones del inventor. Transmisión sobre los derechos de las patentes	193
<i>Fremtort Ortiz Plerpaoli</i>	
La naturaleza jurídica de la obra audiovisual	209
<i>Carmelo A. Castiglioni</i>	

Contratos Administrativos. La aplicación de las reglas del derecho privado y el caso de la excepción de incumplimiento contractual	221
<i>Juan Carlos Corina Orué</i>	
Mercosur-alianza del pacífico: una agenda positiva para la integración	237
<i>Ricardo Rodríguez Silvero</i>	
La criminalización del estado de derecho en el Paraguay mediante el jurado de enjuiciamiento a magistrados	255
<i>Nicolás R. Gaona Irún</i>	
Mala praxis. Autopsia de un caso penal.....	275
<i>José Ignacio González Macchi</i>	
La doctrina del levantamiento del velo societario en el Derecho Internacional.....	303
<i>Fernando Andrés Beconi Ortiz</i>	
Vestigios vivientes del secretismo autoritario: Las sesiones reservadas en el Poder Legislativo.....	323
<i>José María Costa</i>	
El derecho de información de los socios de las sociedades por acciones...	343
<i>María del Mar Pereira Jiménez</i>	
La suspensión y terminación del contrato por causas imputables a la contratante en la Ley 2051/03 “De Contrataciones Públicas”	369
<i>María Lorena Segovia Azucas</i>	

Los delitos informáticos en el ordenamiento jurídico paraguayo.....	385
<i>Eleno Qutñóñez Acevedo</i>	
Competencia judicial internacional.....	397
<i>Edgar Riffler</i>	
Posibilidad de elección de Presidente de la República, en ejercicio o no, para cargos electivos a la luz de las disposiciones constitucionales vigentes.....	417
<i>Guillermo Casco Espínola</i>	
Acercamiento del fideicomiso de garantía al derecho aeronáutico.....	429
<i>Oscar Antonio Escauriza Bogado</i>	
El Notariado es una función administrativa	443
<i>Lidia Gregoria Giménez</i>	
Necesaria inserción del Derecho Tributario Ambiental dentro del sistema jurídico paraguayo	455
<i>María Rocío Yanes de Liseras</i>	
Bien jurídico vulnerado en la trata de personas.....	467
<i>Yennifer Ivonne Marchuk Gaona</i>	
Reflexiones sobre los derechos de las víctimas a la luz de la Ley N° 5.777/16. “De protección integral a las mujeres, contra todas formas de violencia”	479
<i>Raúl Bogarín Alfonso</i>	

Antecedente de los convenios dentro del Mercosur en materia de defensa y seguridad	499
---	-----

José Luis Rodríguez Robertti

La Ley Penal Indígena	525
-----------------------------	-----

Evelto Fabio Vera Brizuela

Del delito de exposición al peligro en el tránsito terrestre y las leyes penales en blanco	535
---	-----

Delby Christian José Urdapilleta Cabrer
Irene Raquel Rolón Verdú

Incidencia de los medios masivos de comunicación en la promoción de las fiestas populares y tradicionales de localidades del interior del país	549
--	-----

Ana de la Luz Cuellar

<i>Res publica</i> romana y participación ciudadana, en el ámbito de la creación legislativa y los comicios electorales	581
--	-----

Viviana Romero Hitchman

La influencia de los partidos políticos en las organizaciones estudiantiles de la universidad nacional de asunción	597
---	-----

Mario Javier Fernández Morena

Discursos y Conferencias

Movilidad, derecho y valores	611
------------------------------------	-----

Oscar Buenaventura Llanes Torres

Lineamientos generales del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina.....	617
--	-----

Aída Kemelmajer de Carlucci

Distinciones y homenajes

La Historia del Paraguay contada por paraguayos.....	635
--	-----

Olga Rojas Benítez

Semblanzas

Prof. Dr. Alejandro Agustín Encina Marín.....	641
---	-----

Antonio Tellechea Solís	648
-------------------------------	-----

Promociones de Egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción; 1941, 1942, 1943, 1944, 1945 y 1946	651
--	-----

Ángel Yubero Aponte

Anexos

Acta Nro. 15/2017. Por la cual se constituye la Comisión de Redacción de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción	661
--	-----

Nómina de Egresados. Año Académico 2016	665
---	-----



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

DECANO

Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser

VICE DECANO

Prof. Dr. Osvaldo E. González Ferreira

MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO

Miembros Consejeros Docentes:

Prof. Dra. Miryam Peña Candia

Prof. Dr. Raúl Fernando Barriocanal Feltes

Prof. Dr. Delio Vera Navarro

Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión

Prof. Dr. Amelio Calonga Arce

Prof. Dr. Carlos Aníbal Fernández Villalba

Representante Docente ante el Consejo Superior Universitario

Prof. Dr. José María Salinas Riveros

Representantes Egresados no Docentes:

Abog. José González Maldonado, Abog. Fermín Recalde

Abog. Rodrigo Duré

**Representante Graduado no Docente
Titular ante el Consejo Superior Universitario**

Abog. Gerardo Bobadilla

Representantes Estudiantiles

Univ. Fernando Cabrera, Univ. Mario Balbuena

Univ. Fernando Alegre

Representante Estudiantil ante el Consejo Superior Universitario

Univ. Enrique Quintana

Secretario del Consejo Directivo:

Prof. Abog. Ángel Yubero Aponte

MIEMBROS SUPLENTES

Docentes

Prof. Dr. Carlos González Morel

Prof. Abog. Ángel Adriano Yubero Aponte

Prof. Abog. Carlos María Aquino López

Prof. Dr. Adolfo Paulo González Petit,

Prof. Abog. Patricio Gaona Franco

Prof. Dr. Arnaldo Martínez Rozzano

Representante Docente Suplente ante el Consejo Superior Universitario

Prof. Dr. Víctor Fretes Ferreira

Representantes Egresados Suplentes No Docentes ante el Consejo Directivo

Abog. Marcelo Attiene

Abog. Cesar Escobar

Abog. Javier Arzamendia

Representante Graduado No Docente Titular ante el Consejo Superior Universitario

Abog. Anaya Arrúa

Representantes Estudiantiles Suplentes ante el Consejo Directivo

Univ. José Rodríguez Robertti

Univ. Yeruti Barboza

Univ. Marian Ortiz Aquino

Representante Estudiantil Suplente ante el Consejo Superior Universitario

Univ. Alberto Noguera

**Representante Graduado no Docente Titular ante el
Tribunal Electoral Independiente**

Abog. José Emilio Vega Insfrán

**Representante Graduado no Docente Suplente ante el
Tribunal Electoral Independiente**

Abog. Diego Duarte

Representante Docente ante el Tribunal Electoral Independiente

Titular

Prof. Dr. Adolfo Ozuna

Suplente

Prof. Dr. Florencio Pedro Almada

**Representante Estudiantil ante
el Tribunal Electoral Independiente**

Titular

Univ. Aníbal Paiva

Suplente

Univ. Alfredo Sánchez

Asambleístas Docentes

Titular

Prof. Dr. Oscar Idilio Bogado Fleitas

Prof. Dr. Carlos Mendoza Peña

Suplente

Prof. Dr. Marcos Köhn Gallardo

Prof. Dr. Rafael Fernández Alarcón

**Representante No Docente
ante la Asamblea Universitaria**

Titular

Abog. Lucas Nicolás Chalub

Suplente

Abog. Cristhian Paranderi

**Representante Estudiantil
ante la Asamblea Universitaria**

Titular

Univ. Gloria Riveros

Suplente

Mario Quintana

SECRETARIO DE LA FACULTAD

Prof. Abog. Ángel Yubero Aponte

DIRECTOR ACADÉMICO

Prof. Abog. Carlos María Aquino

DIRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

Prof. Econ. Gustavo Martínez Martínez

GIRADORA

Lic. Andresa Rojas de Canclini

DIRECTOR DE BIBLIOTECAS

Prof. Dr. Florencio Pedro Almada

DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

Prof. Dr. Carlos Mendoza Peña

DIRECTOR DE LA CARRERA DE NOTARIADO

Prof. Dr. Carlos Gustavo González Morel

**DIRECTORA DE LA ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES
Y POLÍTICAS**

Prof. Dra. Stella Samaniego

DIRECTOR DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Prof. Dr. Oscar Llanes Torres

Coordinadoras

Prof. Abog. Mirta Almada Cáceres

Abog. Gladys Almada Cáceres

COORDINADOR MOV. ESCALA EST. Y DOCENTES (A.U.G.M.)

Prof. Dr. Celso Castillo Gamarra

DIRECTORES DE FILIALES**Filial Pedro Juan Caballero.**

Prof. Abog. Julio Damián Pérez Peña.

Filial San Juan Bautista Misiones

Prof. Dr. José María Salinas Riveros.

Filial Coronel Oviedo

Prof. Abog. Elizardo Monges Samudio.

Filial San Pedro del Ycuamandiyu

Prof. Dr. Fernando Benítez Franco

Filial Caacupé

Prof. Abog. Ramón Martínez Caimen, Director

Filial Quiindy

Prof. Abog. Clara Isasi, Directora

Filial Benjamín Aceval

Prof. Dr. Víctor Fretes Ferreira, Director

Filial San Estanislao

Prof. Dr. Narciso Ferreira Riveros, Director

Coordinador. Sección Caaguazú

Prof. Abog. Christian Ramírez

**CURSOS DE POSTGRADO, MAESTRÍA
Y ESPECIALIZACIONES**

Coordinador General de los Cursos de Postgrado

Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión

Coordinador General de los Cursos de Doctorado

Prof. Dr. Bonifacio Ríos Avalos

Coordinador General de los Cursos de Especializaciones

Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado



Editorial

EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO QUE NOS COMPROMETE A TODOS

En el escenario nacional ha cobrado mucha relevancia e intensidad el debate sobre la necesidad de una reforma constitucional. En el marco de las campañas electorales, previas a los comicios que están programados para abril de 2018, desde diversas organizaciones políticas, organizaciones de la sociedad civil, círculos académicos, instituciones privadas o centros de desarrollo del pensamiento, se han sucedido posturas, opiniones, propuestas y estudios orientados a deliberar sobre la posibilidad o necesidad de introducir cambios en la Constitución Nacional.

Más allá del requerimiento permanente y real de ir fortaleciendo el diseño de las instituciones que dan sustento al edificio republicano, o de cubrir las lagunas o resquicios que la construcción normativa original haya dejado por aquello de la imperfección humana, el debate está instalándose cada vez con mayor fuerza. La Universidad no puede quedar ajena al mismo, sobre todo si quiere cumplir el rol social de acompañar e iluminar con la ciencia, con la reflexión doctrinaria, el camino hacia el mejoramiento de la República.

En este sentido, es oportuno destacar el reto que supone para toda la comunidad académica el aporte que pueda entregar a la sociedad en este tipo de emprendimientos. El Estado Social de Derecho, proclamado por la Constitución Nacional, no es una entelequia vana ni vacía, sino un mandamiento esencial que reclama un compromiso particular a quienes cultivan el estudio de las ciencias jurídicas, sociales y políticas. Nuestra más que centenaria Facultad de Derecho y Ciencias Sociales está signada por una historia de protagonismo fundamental en el desarrollo de nuestra



República. Y el escenario que abre para toda la sociedad el pensar, debatir y proyectar reformas al marco constitucional, es en modo particular desafiante para esta casa de estudios.

Hace bien, entonces, a toda la comunidad académica, a toda la Universidad y a la sociedad, que las ideas estén en permanente ebullición y contraste, que la investigación amplíe horizontes de reflexión sobre cuestiones doctrinarias. Esto es y debe ser siempre parte de la vida universitaria, a fin de que ella sea luminaria para la comunidad en todo momento.

El Estado Social de Derecho se nutre y se fortalece con acciones puntuales que permiten a los ciudadanos disfrutar plenamente de los recursos y principios que el mismo enarbola. Pero también, se consolida con la fundamentación jurídica y social que surge de la reflexión académica.

Desde nuestra Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, sumamos nuestra contribución, abriendo espacios para la publicación de ideas, reflexiones, opiniones, ponencias sobre distintos aspectos de la realidad nacional. Realidad que, con la óptica de las ciencias jurídicas y sociales, puede ser analizada y enfocada con la mayor honestidad y rigurosidad intelectual gracias al aporte de destacados docentes, académicos, profesionales y juristas que nos honran con sus artículos año tras año.

Esta publicación es, pues, un espacio para la difusión y el debate de ideas, elementos tan necesarios y consustanciales al modelo de democracia participativa y pluralista que nuestra carta fundamental sostiene. Por ello, la seguimos promoviendo, fortaleciendo y mejorando como un aporte sostenido para la sociedad a la cual sirve nuestra Universidad.

Diciembre de 2017

Doctrina y Jurisprudencia

LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES

Alternative means of conflict resolution and the principle of non-renouncement of labor rights

MIRYAM PEÑA ¹

RESUMEN

La irrenunciabilidad es un principio propio del derecho del trabajo, que establece la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio del trabajador.

El carácter imperativo de las normas del derecho del trabajo tiene por fin fundamental la protección de voluntades que se presuponen débiles frente a la manifiesta desigualdad económica o de otro orden en que se encuentra colocado el trabajador frente al empleador.

La irrenunciabilidad de los derechos laborales, en el aspecto subjetivo, se basa en el presunto vicio del consentimiento que afectaría la voluntad del trabajador, pues se estima que el mismo carece de libertad para una sincera renun-

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas. Ministra de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Fue: Secretaria del Juzgado de Primera Instancia del Trabajo, Abogada del Trabajo, Agente Fiscal del Trabajo, Juez de Primera Instancia en lo Laboral, Miembro de los Tribunales de Apelación del Menor y de Apelación Laboral. Es Docente de la Facultad de Derecho de la UNA. Es Miembro de Número de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Tiene publicados varios trabajos.



cia, por la condición de inferioridad en que lo coloca su dependencia económica con respecto al patrono. Esa coacción se mantiene durante el nexo de subordinación.

En todo procedimiento laboral debería buscarse siempre la conciliación para poner fin al conflicto, por todas las ventajas que ella conlleva. A eso responde nuestro ordenamiento procesal al establecer una etapa previa de conciliación.

La Conciliación constituye una vía amistosa de solución de conflicto, en el cual necesariamente interviene el juez que, en contacto directo con las partes, busca una solución de común acuerdo. La conciliación implica siempre acuerdo de voluntades.

La aplicación que se presenta en este planteamiento tiene el propósito de armonizar las exigencias de la irrenunciabilidad de los derechos laborales y de la recomendable adopción de los procedimientos conciliatorios, flexibilizando —una vez terminado el contrato y en los casos que así lo ameriten— la aplicación del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, ante situaciones que aconsejen que el principio ceda a la conveniencia de dejar librada la solución del caso al libre juego de voluntad de las partes. Según las particularidades de cada caso, se darán las respuestas.

Palabras clave: *irrenunciabilidad, derechos laborales, conciliación.*

ABSTRACT

Irrenunciability is a principle of Labour Law. It establishes the legal impossibility of voluntarily depriving of one or more advantages granted by Labour Law in benefit of the worker.

The imperative nature of Labour Law rules aims the protection of wills that are presumed to be weak compared to the manifest economic inequality between the worker and the employer.

The irrevocability of Labour Rights, in the subjective aspect, is based on the alleged vice of consent that would affect the will of the worker. It is estimated that he lacks freedom for a sincere resignation, by the condition of inferiority in which he was put by the economic dependence on the employer. This coercion is maintained during the subordination nexus.

In all Labour Procedures, conciliation should always be sought to conclude the conflict, for all the advantages it entails. That is what our procedural order established when it recommends a previous stage of conciliation.

The conciliation constitutes a friendly way of resolving conflict, in which necessarily the judge is involved, in direct contact with the parties, seeking solution by mutual agreement. Conciliation always involves agreement of wills.

This approach has the purpose of harmonizing the requirements of the Irrenunciability of Labour Rights and the recommended adoption of conciliatory procedures, flexibilizing –once the contract ends and in the cases that merit it– the application of the principle of Irrenunciability of Labour Rights, on situations when the principle yields to the convenience of leaving the solution of the case to the free play of will of the parties. Depending on the particularities of each case, answers will be given.

Keywords: *Irrenunciability, Labour Rights, Conciliation.*

Alcances y particularidades del principio de irrenunciabilidad

En el derecho del trabajo, el principio de irrenunciabilidad establece la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio². Naturalmente, se trata de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

El principio de irrenunciabilidad es un principio propio de derecho del trabajo, que se justifica con estos argumentos: a) el trabajo es una función social; b) el trabajador tiene a su cargo, por lo general, una familia, cuyos intereses no cabe comprometer; c) la renuncia de estos derechos perjudicaría a terceros: los demás trabajadores, cuya remuneración y consideraciones serían envilecidas por la competencia; d) por el carácter de orden público que las leyes del trabajo presentan³.

² Pla Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, T. I, Editorial Acali, Montevideo, 1979, pág. 48.

³ Cabanellas de Torres, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, 3ª. Ed. T I, Editorial Helia, pág. 256.



Se fundamenta la prohibición de la renuncia de derechos laborales principalmente en que las leyes laborales se basan en el orden público y son puestas al servicio de los trabajadores para restablecer la igualdad en la contratación, y así evitar la explotación de la necesidad de los mismos de contar con un empleo para su subsistencia y el de su familia.

La mayor parte de las normas atributivas de derecho que integran el derecho social no son renunciables porque afecten el orden público, sino que mediante la calificación de orden público o su sanción con carácter imperativo se sustrae del campo de la autonomía de la voluntad la regulación de algunos de los negocios jurídicos que a él se refieren con el fin de proteger la persona humana, la libertad real, el interés de terceros o el de la colectividad⁴.

La disposición de los derechos del trabajador está limitada en sus diversas formas porque no sería coherente que el ordenamiento jurídico realizase imperativamente, con la disciplina legislativa y colectiva, la tutela del trabajador, contratante necesitado y económicamente débil, y que después dejase sus derechos en su propio poder o al alcance de sus acreedores⁵.

Reconocimiento a nivel constitucional y legal

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de irrenunciabilidad tiene reconocimiento constitucional en el Art. 86, el que en el apartado segundo establece: *“La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables”*.

A su vez, el Art. 3° del Código del Trabajo expresa: “Los derechos reconocidos por este Código a los trabajadores no podrán ser objetos de renuncia, transacción o limitación convencional. Será nulo todo pacto contrario”.

Y si bien el Art. 39 del Código del Trabajo consagra el principio de autonomía de la voluntad en la celebración del contrato de trabajo, el artículo siguiente impone serias limitaciones al decir *“...no será válido el contrato que contrarie en perjuicio*

⁴ Plá Rodríguez, Op. cit., pág. 507.

⁵ Santoro Pasarelli, F., citado en Plá Rodríguez, Op. cit. pág. 121.

del trabajador: a) las disposiciones legales y reglamentarias; b) las bases del trabajo establecidas en los acuerdos conciliatorios y laudos voluntarios; c) Los contratos colectivos de condiciones de trabajo”.

Y el Art. 47, inc. d) remata con la nulidad las estipulaciones del contrato que “constituyen renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos o prerrogativas otorgadas por la ley”.

Efectos de la violación del principio

La violación del principio de irrenunciabilidad es sancionada con la nulidad, o sea, las renunciaciones que se realizan en contravención de las normas carecen de todo efecto, son absolutamente ineficaces.

Pero con esta característica singular: lo que se considera nulo es la cláusula violatoria y no el contrato, el cual permanece vigente y la cláusula anulada será automática sustituida por la norma renunciada ilícitamente.

Lo dicho tiene expresión legal en el Art. 42 del Código del Trabajo: “Si en virtud de los preceptos anteriores, resultase nula parte del contrato, este permanecerá válido en lo restante, con las disposiciones adecuadas a su legitimidad...”.

Conciliación

Si bien es cierto, la conciliación no conlleva necesariamente una renuncia de derechos, sin embargo, puede conducir a ella.

Ante esta posibilidad, cabe la pregunta: *¿Cuál es la incidencia del principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador en la conciliación?*

Comencemos por recordar que la Conciliación constituye una vía amistosa de solución de conflicto, en el que necesariamente interviene el juez, que en contacto directo con las partes busca una solución de común acuerdo. La conciliación implica siempre acuerdo de voluntades.

En todo procedimiento laboral debería buscarse siempre la conciliación para poner fin al conflicto, por todas las ventajas que ella conlleva. A eso responde nuestro ordenamiento procesal al establecer una etapa previa de conciliación. Es más, puede intentarse la conciliación en cualquier estado del juicio, antes de que el fallo sea



pronunciado. Sin embargo, en la práctica se viene utilizando la solución judicial como la vía normal de tratamiento y solución de los litigios. Pero no por ello, deja de ser la conciliación una alternativa preferible a la decisión judicial del litigio.

En la audiencia conciliatoria pueden producirse un desistimiento, un allanamiento o una transacción. El primero se da cuando el actor reconoce que no tiene razón; el segundo cuando el demandado se somete a la exigencia del actor, por entenderla justa; y la tercera cuando las partes se hacen concesiones recíprocas. En el desistimiento y allanamiento no hay renuncia ni abandono de derecho, mientras que la transacción puede envolver una renuncia.

La transacción, que se hace sinónima de la conciliación, lesiona sin duda la causa de la justicia estricta, pero hace que ganen la equidad y la de las buenas relaciones humanas de no menor importancia⁶.

El principio de irrenunciabilidad en la conciliación

La irrenunciabilidad de los derechos laborales, en el aspecto subjetivo, se basa en el presunto vicio del consentimiento que afectaría la voluntad del trabajador, pues se estima que el trabajador carece de libertad para una sincera renuncia, por la condición de inferioridad en que lo coloca su dependencia económica con respecto al patrono. Esa coacción se mantiene durante el nexo de subordinación.

La doctrina acepta que la renuncia de derechos, una vez terminado el contrato de trabajo, puede surtir efectos plenos.

Todos los recelos que la legislación trasunta ante la renuncia de derechos por el trabajador y las transacciones en que intervienen con carácter privado se diluyen, en medida considerable, cuando se registra la intervención de una autoridad administrativa o judicial, por las garantías que ofrece en cuanto a la libre manifestación del trabajador, por el neutral asesoramiento que puede brindarle y por la celeridad de solución que se logra.

La conciliación implica un acto voluntario, pues consiste en que las partes ponen fin al litigio mediante el acuerdo arribado, sin embargo, esa voluntad se encuentra muy restringida ante la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, principio que

⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo. Op. cit., pág. 258.

mantiene su vigor en el acto conciliatorio. Esto se deduce de los términos del Art. 101 de Código del Trabajo, que en la última parte dice: *“El juez tendrá la facultad para rechazar el acuerdo cuando estime que violenta los derechos que las leyes confieren a los trabajadores”*.

Sin embargo, de la disposición transcrita puede deducirse, por los términos empleados, que no siempre se descarta la aceptación de renuncia de derechos en la formula conciliatoria, dado que la norma otorga al juez la facultad, no la obligación, de rechazar el acuerdo violatorio del principio. Esto nos puede llevar a pensar que el principio de irrenunciabilidad no es consustancial del acuerdo de las partes. Podría deducirse que la ley deja al juez un margen de apreciación para decidir sobre la validez del acuerdo que infringe el principio, según su prudente apreciación de la situación. Me inclino por esta interpretación de la referida norma, que facilita soluciones conciliatorias que generalmente suelen ser convenientes para las partes, y en la mayoría de los casos, por no decir casi en todos, al momento de la instancia conciliatoria ya no existe relación laboral entre ellas, y, por tanto, el trabajador ya no se encuentra en una situación de subordinación personal con respecto de la adversa, situación de subordinación económica que presuntivamente priva a los trabajadores de obrar con verdadera libertad. Siendo la presunción del vicio del consentimiento el fundamento del principio de irrenunciabilidad, este debe ceder al desaparecer aquél.

El carácter imperativo de las normas del derecho del trabajo tiene por fin fundamental la protección de voluntades que se presuponen débiles frente a la manifiesta desigualdad económica o de otro orden en que se encuentra colocado el trabajador frente al empleador. Esto nos lleva a la conclusión de que cuando la libertad real existe es posible que el carácter de inderogabilidad atribuido a ciertas normas jurídicas de tipo imperativo ceda a la conveniencia de dejar librada la solución del problema al libre juego de voluntades individuales⁷.

Si bien es cierto que irrenunciabilidad de los derechos se fundamenta en la situación de inferioridad económica en que se halla colocado el trabajador frente a su patrono. Pero cuando el empleado, ante la perspectiva de tener que supeditar el cobro de sus haberes a las dificultades que debe vencer para lograr un pronunciamiento judicial,

⁷ Pla Rodríguez. Op. cit., pág. 507.



prefiere una solución inmediata, aunque implique una reducción de sus derechos, sería aventurado afirmar que en tales casos existe vicio del consentimiento⁸.

Por otra parte, debemos admitir que, frente a la prohibición de renunciar, para eludir una posible impugnación, las partes recurren al ardid de ocultar la renuncia o la transacción mediante documentos por los cuales el empleado u obrero aparece percibiendo la totalidad del beneficio que legalmente le corresponde. En estas condiciones la prueba de la renuncia o transacción resulta sumamente difícil. Al mismo tiempo, el impedimento para transigir, y la consiguiente nulidad de los convenios respectivos, dificultan soluciones conciliatorias que en general suele ser conveniente para ambas partes. Resulta así que, por una parte, la prohibición legal de renunciar o transigir es fácilmente burlada, mientras que por la otra se traduce en un obstáculo para concertar soluciones conciliatorias⁹.

Ello obliga a examinar cuidadosamente el contenido de cada acuerdo para descubrir si él no se limita a disimular una o más renunciaciones, tentación a la que se ven enfrentados muchas veces los trabajadores deseosos de hacer efectivo, de inmediato, un crédito que el empleador se niega a pagar íntegramente, con o sin razón¹⁰.

Después de estas breves reflexiones, contesto la pregunta hecha inicialmente. Repito, *¿Cuál es la incidencia del principio de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador en la conciliación?*

Aclaro que en el planteamiento que expongo me inspiró el propósito de armonizar las exigencias de la irrenunciabilidad de los derechos laborales y de la recomendable adopción de los procedimientos conciliatorios.

En conclusión, propongo flexibilizar la aplicación del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, pues habrá situaciones que aconsejen que el principio ceda a la conveniencia de dejar librada la solución del caso al libre juego de voluntad de las partes. Teniendo además en cuenta, que la intervención del juez en la conciliación ofrece garantías en cuanto a la libre manifestación del trabajador, por el neutral asesoramiento que pueda brindarle y por la celeridad de solución que se logra.

⁸ *Stafforini, Eduardo*. Derecho Procesal Social. Tipográfica Edit. Argentina, Buenos Aires, 1955, pág. 508.

⁹ *Stafforini, Eduardo*. Op. cit., pág. 508.

¹⁰ *Pla Rodríguez*. Op. cit., pág. 52.

No hay una respuesta única, pues depende de las particularidades que presente cada caso, que en líneas generales pueden clasificarse como sigue:

1º) Los derechos reclamados son dudosos o inciertos. Hay inseguridad en lo pertinente a un determinado derecho. En estos casos no existe la posibilidad de renuncia de derechos, dado que la renuncia tiene por objeto derechos ciertos, por lo menos futuros, pero ciertos.

2º) Los derechos reclamados son ciertos, indubitables. En este caso pueden presentarse dos situaciones:

a) Vigencia de la relación laboral. No muy frecuentes, pero existen. En este caso, la renuncia de derechos no tendrá validez. Se tiene presente que permanece la presunción del vicio del consentimiento, o sea, que el trabajador carece de libertad para una renuncia sincera, por la situación de inferioridad en que lo coloca su dependencia económica con respecto a su patrono.

b) Terminación de la relación laboral. La renuncia es admisible, a cambio de una compensación suficiente. En este caso el trabajador ya no debe subordinación a su ex empleador, ha recuperado por lo menos aparentemente su plenitud de acción y por lo mismo, se presume que existe libertad real.

Esta es mi tesis, desde luego no libre de discusión.

Referencias

Cabanellas de Torres, Guillermo. 2001. *Compendio de Derecho Laboral*. 3ª. Ed. TI. Buenos Aires. Editorial Heliasta.

Pla Rodríguez, Américo. 1979. *Curso de Derecho Laboral*. T. I. Montevideo. Editorial Acali.

Stafforini, Eduardo. 1955. *Derecho Procesal Social*. Buenos Aires. Tipográfica Editorial Argentina.



PANORAMA RECIENTE DE LA ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA CONSTITUCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Recent overview of the declarative action of constitutional certainty in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice

JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER ¹

RESUMEN

La experiencia jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia nos muestra que en los últimos años se ha desarrollado significativamente el uso de la acción declarativa de certeza constitucional, habiéndose ampliado su alcance y espectro de aplicación, con lo cual se refuerza sobremanera la finalidad preventiva del instituto así como su impacto real para la adopción de decisiones de tipo administrativo por parte de los poderes del Estado. El presente artículo describe y analiza la evolución más reciente de la figura y su desarrollo jurisprudencial en los últimos cinco años.

Palabras clave: *Acción de certeza constitucional – derecho constitucional – administración pública – Corte Suprema de Justicia.*

¹ Ministro de la Corte Suprema de Justicia y Presidente de la misma en los ejercicios 2006, 2010 y 2014. Miembro del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Profesor Titular de Derecho Mercantil y Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Comisión Nacional de Codificación, del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y de la Asamblea Universitaria de la Universidad de Asunción. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro fundador de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales.



ABSTRACT

The jurisprudential experience in the Supreme Court of Justice shows us that in recent years the use of the declarative action of constitutional certainty has been significantly developed, its scope and scope of application have been expanded, thereby reinforcing the preventive purpose of the institute. as well as its real impact for the adoption of administrative decisions by the powers of the State. The present article describes and analyzes the most recent evolution of the figure and its jurisprudential development in the last five years.

Keywords: *Action of constitutional certainty - constitutional law - public administration – Supreme Court of Justice.*

Sumario: 1. A modo de introducción. 2. Premisas doctrinarias y de derecho comparado. 3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 4. Una primera consolidación: sus resultados. 5. La evolución jurisprudencial del último quinquenio 6. La acción meramente declarativa y la cosa juzgada. 7. Bibliografía.

1. A modo de introducción

El presente artículo pretende ofrecer al lector una actualización respecto de la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia respecto de la acción declarativa de certeza constitucional. Hace cinco años, allá por el 2012, nos ocupamos de la cuestión², motivados por la coyuntura que en aquél entonces se había producido, que puso en primera plana la figura de la acción meramente declarativa de certeza y su admisibilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En aquel entonces, habíamos dicho que era bienvenido el interés de la ciudadanía sobre este tipo de cuestiones, y que en atención a ello resultaba por demás importante permitir la exposición de los fundamentos de la posición adoptada por el máximo Tribunal de la República y la divulgación de los aspectos jurídicos —que a no dudarlo, son de elevada precisión técnica— inherentes a la figura.

² TORRES KIRMSER, José Raúl. La acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, 2012, 2ª ed., pág. 107 y siguientes.

En el tiempo transcurrido desde que se publicó esa primera opinión, la utilización institucional de la figura de la acción declarativa de certeza constitucional dio un giro hasta si se quiere inesperado. Se han promovido varias demandas en tal sentido, y sobre todo se ha ampliado considerablemente el espectro de su aplicación, acen- tuándose sobremanera la finalidad preventiva del instituto, y sobre todo proponién- dose, de manera institucional, interpretaciones sobre distintas facetas y aristas de la aplicación de la Constitución Nacional, incluso para la adopción de decisiones de tipo administrativo por parte de poderes del Estado distintos al Judicial.

En suma, el mecanismo que tímidamente asomó allá por el año 1999, hoy ha crecido y se ha desarrollado. De hecho, la experiencia jurisprudencial de estos últimos cinco años nos demuestra que la figura ha expandido considerablemente su ámbito de aplicación, y sobre todo ha sido el mecanismo idóneo para que se pronuncien in- cluso fallos de los que se conocen como institucionales³, con elevado impacto en el quehacer administrativo del Estado. La acción declarativa de certeza, de esta manera, nos demostró toda su potencialidad.

Lo dicho hasta aquí será desarrollado a lo largo del presente trabajo, y define sus intenciones. Deseamos, en efecto, ofrecer una síntesis actualizada que incorpore a

³ A este tipo de fallos se refirió FERNÁNDEZ GADEA, Carlos, en el prólogo a la obra de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Fallos institucionales*. Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 1ª ed., 2000, tomo I, pág. 7, destacando que de ellos: “*Se desprende la alta participación de la Corte Suprema de Justicia en las decisiones de la vida política del país, no por intromisión en las tareas propias de los demás poderes del Estado, sino en cumplimiento de su obligación constitucional, por haber recurrido a ella, tanto personas individuales, como partidos políticos y los otros poderes del Estado, quienes solicitaron de la Corte, que a través de sus fallos, resguarde y/o restablezca el orden institucional*”. Este aspecto de las funciones de la Corte Suprema de Justicia es ampliamente reconocido por la doctrina, y lo destacamos con las penetrantes palabras de BIDART CAMPOS: “*Por su estabilidad, por su independencia, y por su misma función de administrar justicia y decir el derecho, la permanencia de las grandes directrices trazadas desde su jurisprudencia, hace de la Corte el órgano de gobierno con mayores garantías. La Corte, sin escapar al ritmo histórico, vive al ritmo pausado de la propia constitución; no de espaldas a la vida y al acontecer, no al margen de la dinámica, pero sí exenta del cambio improvisado, del vaivén de las renovaciones periódicas que el electoralismo y los partidos manejan; y eso hace de su política y de su gobierno un plan a largo plazo, con futuro más allá de las circunstancias ocasionales*” (BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho constitucional del poder*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1967, tomo II, pág. 223).



lo ya dicho en el año 2012⁴ la evolución más reciente de la figura y su tratamiento jurisprudencial. Es por ello que reproduciremos la estructura y contenido –allí donde sea pertinente– de la elaboración primigenia, ocupándonos además del desarrollo jurisprudencial de los últimos cinco años.

2. Premisas doctrinarias y de derecho comparado

Prescindiendo por un momento de la acción declarativa de certeza constitucional, que es una especie del género más amplio de las acciones meramente declarativas, se debe partir de la base de que estas últimas son consideradas, unánimemente, como una de las conquistas más logradas de la ciencia procesal, al tiempo de reconocerse su señalada utilidad. En todo trabajo sobre la cuestión, son de mención obligada los estudios de CHIOVENDA, el doctrinario que con mayor profundidad estudió el tema y brindó nociones decisivas para el desarrollo posterior del instituto. Dice el connotado procesalista, en cita que merece transcripción *in extenso*: “...*El actor que pide una sentencia puramente declarativa no desea obtener actualmente un bien de la vida que resulte garantizado por la ley a su favor, ya sea que dicho bien constituya una prestación del obligado, o una modificación de la situación jurídica actual; él quiere solamente saber que su derecho existe o quiere excluir que exista el derecho del adversario; él pide al proceso solamente la certeza jurídica, y no otra cosa. Es esta, verdaderamente, la función más elevada del proceso civil. Dicho proceso se nos presenta aquí, en lugar de la figura dura y violenta de un organismo de coacción, en el aspecto más perfeccionado y más refinado de puro instrumento de integración y especialización de la voluntad expresada en la ley solo de modo general y abstracto; de facilitación de la vida social mediante la eliminación de las dudas que entorpecen el desarrollo normal de las relaciones jurídicas. Asegurar a las relaciones de los hombres la certeza, prevenir los actos ilegítimos en lugar de sancionarlos con el peso de graves responsabilidades, íbe aquí una tarea bien digna del proceso de un pueblo civilizado! Esta es también la función más autónoma del proceso. Respecto de los bienes que pueden obtenerse también fuera de él, el proceso se presenta como un instituto secundario y subordinado, como un remedio al incumplimiento de los obligados. Pero la certidumbre*

⁴ TORRES KIRMSER, José Raúl. La acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción*, 2012, 2ª ed., pág. 107 y siguientes.

*jurídica es un bien por sí misma: y este bien no puede obtenerse fuera del proceso, tiene en él su única fuente*⁵.

El mismo autor, que se ocupó extensamente del tema, nos ofrece una completa reseña de los antecedentes históricos de la figura, que sirve de referencia a la mayor parte de los estudiosos. Considera CHIOVENDA que ya en Roma había amplia aplicación de la figura de referencia, a través de las *formulae praeiudiciales* o *praeiudicia*. Por medio de estos expedientes, se obtenía una sentencia a través de la cual se regulaban juicios sucesivos, ya que el pretor concedía fórmulas compuestas de la sola *intentio*, sin *condemnatio*. De este modo, se reconocía el interés de accionar para la mera constatación y declaración de relaciones o hechos jurídicos⁶. Pese a que algunos estudiosos ponen en duda la real importancia de estos antecedentes como

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Azioni e sentenze di mero accertamento*, en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano, Giuffrè, 1ª ed., 1993, tomo III, pág. 21. El artículo en cuestión se halla disponible, en versión castellana, en la traducción publicada en la *Revista de Derecho Procesal*, dirigida por Hugo Alsina, 1947, año V, números 3 y 4, primera parte.

⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Azione di mero accertamento*, en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano, Giuffrè, 1ª ed., 1993, tomo III, pág. 53. El mismo autor, a renglón seguido, se extiende ampliamente en ejemplos concretos de dichas acciones, entre los que enumera el *praeiudicium de partu agnoscendo*, concedido a la madre en estado de gravedad durante el matrimonio o luego del divorcio, con el presupuesto fáctico de que el *nasciturus* no sería reconocido por el padre como hijo, negase haberlo generado o incluso ponga en dudas la validez del matrimonio. Menciona también el *praeiudicium (de patria potestate) edicto perpetuo propositum*, acción a experimentar en el interés del hijo en caso de negación de la paternidad; así como los *praeiudicia an liber sit, an servus sit*, previstos para los casos en los cuales quien se encontraba en estado de siervo pretendía ser libre, o bien cuando otra persona pretendía ser *dominus* de una persona que se encontraba en estado de libertad; o el *praeiudicium an ingenuus sit*, dado cuando el patrono pretendía de un cuasi liberto servicios u obediencia. El interés a accionar podía depender también de la incertidumbre objetiva de la relación jurídica, como en los casos de promesa indeterminada de dote (*praeiudicium quanta dos sit*); entre otros ejemplos (*Ibidem*, págs. 53 y 54, donde también se mencionan incluso documentos judiciales griegos y egipcios como antecedentes históricos del instituto).



evolución histórica del instituto⁷, la reseña proporcionada por el conocido procesalista italiano sirve para demostrar fehacientemente la sentida necesidad, ya en épocas antiguas, de una intervención casi diríamos *preventiva* de los órganos jurisdiccionales, a los efectos de dar certidumbre y disipar equívocos en el desarrollo de las relaciones jurídicas. La necesidad de la actividad jurisdiccional en tal sentido aparece, así como necesaria incluso en sociedades mucho menos desarrolladas que la actual, donde sin dudas la normativa jurídica y la complejidad que alcanzan las relaciones interpersonales tornan oportuno una herramienta arbitrada a los efectos de socorrer necesidades de tal índole.

En el derecho anglosajón la acción meramente declarativa es amplia y corrientemente utilizada⁸, de lo que daremos noticia somera únicamente a los efectos de demostrar, si todavía hubiere necesidad, la amplitud de la utilización del instituto y la universalidad de las necesidades jurídicas que el mismo satisface. La regulación inglesa reconoce como antecedentes los juicios declarativos, que se formaron y utilizaron ampliamente en Escocia, de donde penetraron en las jurisdicciones de equidad inglesas⁹, y a partir de allí fueron incluidos en diversos textos legales¹⁰. Para el caso de Estados Unidos, es obligatoria la mención de la ineludible investigación del Prof. BORCHARD¹¹; trabajo este que abrió el ingreso de la acción meramente declarativa, a nivel legislativo, primero al Estado de Nueva York y luego a los restantes¹². No deja de ser interesante que en dicho ordenamiento se subraya constantemente la

⁷ Así lo hace ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 2ª ed., 1956, tomo I, págs. 352-353; quien se basa, a los efectos de tal afirmación, en la evolución doctrinaria de los estudios sobre la ciencia del proceso.

⁸ A este respecto, puede consultarse la amplia y documentada reseña contenida en GOLDSCHMIDT, Roberto. *La sentencia declarativa*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, IV, parte 1ª, págs. 381 y 382.

⁹ FENOCCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Ronald. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1993, tomo II, pág. 104.

¹⁰ Para un panorama completo de la cuestión, puede consultarse MALAVER, Alberto M. *El juicio declarativo en el derecho angloamericano*, en JA 1944-III, sección doctrina, col. 20 y siguientes, con amplia mención jurisprudencial.

¹¹ BORCHARD, Edwin M. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª, pág. 566 y siguientes.

¹² Así lo reseña FALCÓN, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª ed., 1994, tomo II, pág. 581.

utilidad de la acción declarativa para asegurar los derechos de los particulares frente a los poderes públicos, con especial relevancia a la hora del estudio de la inconstitucionalidad o invalidez de leyes y reglamentos¹³.

Sin embargo, es la elaboración legislativa germánica la que dio mayor impulso al instituto de referencia. La primera formulación, contenida en la ordenanza procesal alemana de 1877, se trasegó en el ZPO, del mismo país, en su § 256, que textualmente indica: “*Se podrá demandar la declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica y el reconocimiento de la autenticidad o declaración de falsedad de un documento, si el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o falsedad del documento sea declarada inmediatamente por resolución judicial*”. Comentando esta disposición, la doctrina indica, como desde luego puede inferirse ágilmente del texto arriba mencionado, que la acción declarativa así concebida es un remedio general del cual puede hacerse uso en cualquier caso¹⁴. Dicha concepción sirvió de inspiración a varios ordenamientos, entre las que se encuentran, en primer lugar, la ordenanza procesal civil austríaca de 1895, la húngara de 1911 y la de varios cantones suizos¹⁵.

Es notoria, y ciertamente no requiere ulterior justificación, la cercanía de la formulación del art. 99 del código procesal civil, que establece cuanto sigue: “*El interés del que propone la acción podrá limitarse a la declaración de la existencia o no existencia de una relación jurídica, o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento*”. La exposición de motivos de dicho cuerpo normativo indica claramente, como otro indicio de la voluntad del legislador de incorporar este avance de la doctrina procesal, que “*En materia de acción, se incorpora francamente a nuestro derecho la acción declarativa o de mera certeza del derecho, en seguimiento de la Ordenanza Procesal alemana (Z.P.O.), con lo cual se llena un claro*

¹³ GOLDSCHMIDT, Roberto. *La sentencia declarativa*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, IV, parte 1ª, págs. 399 y 400.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Labor, 1ª ed., 1936, pág. 105.

¹⁵ Para una exposición completa de estos antecedentes, ROSENBERG, Leo. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª, págs. 556 a 558.



*sensible, como lo vienen haciendo los códigos más recientes, v. gr. el argentino de 1968 y el brasileño de 1973*¹⁶.

De este modo, no pueden quedar dudas de la expresa voluntad de incluir, en la sistemática procesal general, el instituto de la acción meramente declarativa¹⁷, con lo que nuestro ordenamiento reconoce, respecto de dicha figura, la influencia alemana. Vistos tales antecedentes, la doctrina nacional coincide con las enseñanzas doctrinarias arriba mencionadas, al paso de señalar que la sentencia que recaiga en procesos como estos tiene un carácter eminentemente preventivo, al pretender superar una situación de incertidumbre que pueda traducirse en un perjuicio¹⁸. En otras palabras, el juez no manda lo que está ya mandado por la ley, sino que manda que el mandato de la ley se aplique al caso deducido en el proceso¹⁹.

Los antecedentes que preceden son fundamento holgado y suficiente para desvirtuar todo titubeo que pueda haber, a nivel doctrinario y estrictamente jurídico, sobre la acción meramente declarativa. Elemento entre los más refinados y puros de la ciencia procesal, sistematizado a lo largo de los tiempos por una elaboración doctrinaria

¹⁶ Exposición de motivos del código procesal civil; disponible, de modo muy cómodo, en la edición correlacionada de Intercontinental, Asunción, 2011, pág. 44.

¹⁷ Pese a que el espacio del que disponemos no permite una amplia referencia al tema, resulta indispensable, cuanto menos en nota, una mención al juicio de jactancia, por la cercanía del antecedente procesal, contenido incluso en la ley de rito anterior, en sus Arts. 361 a 367. De hecho, se ha dicho respecto de este juicio que constituye una degeneración de las acciones de mera certeza, y sin dudas debe entenderse así, puesto que precisamente la desaparición de la jactancia como remedio procesal previsto para proceder contra quien se atribuyere derechos propios respecto de bienes ajenos va íntimamente vinculada con el acogimiento, en vía general, de la acción meramente declarativa de certeza, por cuanto esta es medio idóneo para la protección del interés a la certeza jurídica que la jactancia protegía casuísticamente. No en balde se ha dicho que “... los juicios provocatorios sirvieron para mantener latentes en la subconsciencia jurídica los institutos procesales de declaración de mera certeza y para dar a los mismos una impronta de índole general” (SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juicio de jactancia*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, II, parte 2ª, pág. 140 y *passim*, como excelente epítome de las nociones aquí expuestas).

¹⁸ CASCO PAGANO, Hernán. *Código Procesal Civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 4ª ed., 2000, tomo I, pág. 209.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, EJE, 1ª ed., 1959, tomo I, pág. 68.

que vio involucrados a los mejores procesalistas, la figura encuentra reconocimiento expreso y consagración legislativa puntual en nuestra normativa procesal, por lo que es un remedio seguramente utilizable en los campos más variados del proceso.

A su vez, las premisas que anteceden permiten avanzar seguramente respecto de algunas consideraciones adicionales, basadas en elementos de interpretación sistemática, a cuyo respecto debe recordarse especialmente que “*la ley procesal es la descripción de los actos que integran el proceso. La descripción se hace con relación a actos. El proceso no es sino una relación continuativa de actos procesales especialmente descritos en la ley*”²⁰. En este orden de ideas, resulta claro que la colocación de la norma en el orden de sucesión de actos del proceso es un elemento clave a los efectos de dilucidar el alcance de la acción meramente declarativa en sede constitucional.

A este respecto, y auxiliados por las reglas hermenéuticas que anteceden, debe recordarse, en primer término, que las normas del código procesal civil son por su propia naturaleza generales y aplicables a todo tipo de proceso en cuanto no se disponga de modo distinto, conforme lo previene el art. 836 del mencionado cuerpo legal. De hecho, en el código procesal civil se regulan numerosos procesos de índole netamente constitucional, entre las cuales ocupa un lugar central la regulación procesal de la declaración judicial de inconstitucionalidad de las sentencias y actos normativos (Arts. 538 y siguientes), así como el amparo (Arts. 565 y siguientes); sin que se haya controvertido en modo alguno la oportunidad o la conveniencia de una concepción de tal índole. En otros términos, no resulta anormal que se regulen, en la normativa procesal civil, aspectos inherentes al procedimiento en sede de justicia constitucional²¹, y desde luego esa es la elección que ha seguido el legislador.

²⁰ COUTURE, Eduardo J. *Interpretación de las leyes procesales*, en *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1950, tomo III, pág. 56.

²¹ De hecho, esto es lo que hoy en día se ha dado en denominar “*derecho procesal constitucional*”, sobre lo cual nos dice la doctrina, con acierto, que esta rama es parte del derecho procesal, y estudia los mecanismos procesales destinados a poner en práctica la supremacía constitucional. Estas son las palabras de SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Recurso extraordinario*. Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 2002, tomo 1, pág. 4. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y defensa*. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., 2000 (reimpresión), pág. 215, nota 366, atribuye a Hans Kelsen los galones de fundador



Paralelamente a esta constatación, que justifica plenamente, en la sistemática general del ordenamiento, la reglamentación de normas del proceso constitucional dentro del código procesal civil, se advierte que la previsión de la acción meramente declarativa no se halla encuadrada dentro de un tipo único de proceso, o limitada en el marco del proceso ordinario. Muy por el contrario, el Art. 99 se encuentra dentro del libro I del código procesal civil, que se titula, precisamente, “*De las disposiciones generales*”; mientras que es el libro II el que regula el procedimiento de conocimiento ordinario, y los libros III e IV los procedimientos ejecutivos y especiales respectivamente.

En consecuencia, la acción meramente declarativa es una previsión comprendida como norma general, precisamente bajo el título IV del libro I, que se titula “*Del ejercicio de la acción*”. Esto es, el interés de quien propone una pretensión²² —y nótese bien, precisamente por ser norma general encuadrada dentro de las disposiciones generales del código procesal civil, se refiere a cualquier acción— puede limitarse a la mera declaración de existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la declaración de autenticidad o falsedad de un documento. Cualquier pretensión procesal puede tener como interés la mera declaración, y no solamente la producida en juicio ordinario. Como quiera que también la inconstitucionalidad se encuentra regulada en el código procesal civil, y también a su respecto rige la norma general sobre el ejercicio de la acción, no parece esforzado inferir que el interés puramente declarativo puede subsistir también respecto de la jurisdicción constitucional.

Esta conclusión se refuerza, además, allí donde se la apunte con otro tipo de consideraciones complementarias. Esclarecido el alcance y el profundo significado de la acción meramente declarativa, es sabido, y repetido por la unanimidad de la doctrina

de esta rama procesal, citando su artículo *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, en “*Revue de droit public*”, 1928, pág. 197 y siguientes.

²² Para la distinción entre los conceptos de acción, pretensión y demanda, la cual se considera presupuesta en la utilización de la terminología en cuestión; bastará aquí la remisión a ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 2009, tomo I, pág. 235 y siguientes. En efecto, tal diferenciación, conceptualmente inequívoca; permite enfocar con claridad la idea de que es la pretensión la que se enfoca a un interés puramente declarativo. En otros términos, se busca del proceso una mera dilucidación de situaciones inciertas, y tal es el contenido concreto de la pretensión que se deduce en las acciones meramente declarativas.

procesal, que en realidad la pretensión de declaración subyace a toda pretensión de conocimiento, *“pues la sentencia que satisface una pretensión de condena o una pretensión determinativa contiene, necesariamente, una declaración previa acerca de la relación jurídica controvertida, de la que surgirá la existencia o la inexistencia de los derechos u obligaciones de que se trate”*²³.

La declaración del derecho, la dilucidación de la incertidumbre, se encuentran entonces en el núcleo de toda pretensión, de toda provocación de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Sea cual fuere el interés que se pretenda satisfacer en el proceso, la declaración sobre el derecho, o sobre la relación jurídica que sirve de base a la dialéctica entre las partes, siempre se halla comprendida en el pronunciamiento jurisdiccional como elemento necesario de la controversia. No en balde el Art. 159 inc. e) del Código Procesal Civil habla, expresamente, de la declaración del derecho como contenido esencial de la sentencia definitiva.

Se ve, pues, que esta noción general puede y debe ser aplicada también a la jurisdicción constitucional, a las controversias en las que se discuta acerca de la aplicación de principios y garantías constitucionales. Aparece como inmediata la constatación según la cual, precisamente, también la sentencia que recaiga en la jurisdicción constitucional debe ajustarse a la declaración del derecho, que en el caso particular deberá versar sobre un litigio en el cual se hallen en juego preceptos constitucionales; por lo que también en dicha jurisdicción, de modo general y en cualquier proceso, se produce la declaración del derecho como elemento esencial de la decisión.

Así lo ha entendido amplia y calificada doctrina argentina. Desde la perspectiva procesal, se ha visto con beneplácito la implementación de un remedio de tal tipo precisamente con fundamento en el Art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del vecino país —norma absolutamente análoga por origen y finalidad al Art. 99 de nuestro Código Procesal Civil, ya mencionado— porque el interés abstracto a la certeza jurídica se halla tutelado por la normativa procesal, con lo cual el remedio constitucional en cuestión puede implementarse dentro de las características generales, técnicas y teóricas, que le son propias, sin exceder el ejercicio normal de

²³ Mencionamos, *ex multis*, a PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2011, tomo I, pág. 321; por ser esta noción elemental y ampliamente aceptada.



la jurisdicción constitucional²⁴. Esto implica, ciertamente, que la perspectiva técnica no ofrece obstáculo alguno para el acogimiento de la acción declarativa de certeza constitucional, previsto como lo está el interés puramente declarativo en el ejercicio de la acción en la normativa procesal, con carácter general, potencialmente relacionado con cualquier tipo de acción.

Conjuntamente con esta norma, debe tenerse en cuenta también lo dispuesto por el Art. 542, última parte, del código procesal civil, que dispone: “*Cuando se tratare de interpretación de cláusula constitucional, la Corte establecerá su alcance y sentido*”, lo cual viene a confirmar, específicamente, el interés meramente declarativo en la eliminación de la incertidumbre como posible materia de conocimiento de la máxima instancia en sede específicamente constitucional; lo cual coincide profundamente con la admisibilidad general del remedio, como surge de la exposición hasta aquí desarrollada²⁵.

²⁴ MORELLO, Augusto Mario. *La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de constitucionalidad*, nota a fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina, 20 de agosto de 1985; en JA-1985-IV, sección jurisprudencia, pág. 258.

²⁵ A este respecto, SEALL-SASIAIN, Jorge. Interpretación asistemática sobre la acefalía coexistente de presidente y vicepresidente (crítica al fallo sobre el art. 234 de la Constitución), en Anuario de derecho constitucional latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2000, pág. 568, considera que tal artículo se aplica impropiamente fuera del instituto de la excepción de inconstitucionalidad, puesto que allí se halla regulado. Una postura aún más extrema es la de la Excm. Ministra Gladys BAREIRO DE MÓDICA, quien en el A.I. N° 456, del 16 de marzo de 2017, emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para atender las consultas o solicitudes de interpretación jurídica.

Ahora bien, si la acción meramente declarativa se halla prevista con carácter general, quizá resultaría limitativo admitir la interpretación constitucional únicamente en el marco de la excepción de inconstitucionalidad. Al acoger la norma procesal en vía genérica el interés puramente declarativo como suficiente para provocar el ejercicio de la función jurisdiccional, parece bastante lógico que dicho interés pueda ser tutelado en la jurisdicción constitucional independientemente de la vía procesal con la que se provoque la intervención de la Corte Suprema. Dicho de otro modo, creemos que no sería lógico postular que la facultad en cuestión solamente puede ser ejercida dentro del trámite de una excepción de inconstitucionalidad, porque ello equivaldría –en primer lugar– a eliminar la función meramente declarativa expresamente acogida en el art. 99 del código procesal civil; y en segundo lugar,

Afirmando enfáticamente la calidad de “causa” judicial, y por ende idónea para generar jurisdicción²⁶, se insiste en que también en sede constitucional puede existir incertidumbre en una relación jurídica, por lo que —reunidos los requisitos para la procedencia de dicha acción²⁷— *“queda desprovista de razonamiento y convicción la afirmación de que el control de constitucionalidad no tiene cabida en procesos declarativos de mera certeza porque se supone que tales procesos tienen su ámbito de aplicación en materia de derecho común. El Art. 322 del Cód. Procesal*²⁸ *no dice*

implicaría un desconocimiento directo de la disposición del art. 247 de la Constitución Nacional, según el cual es el Poder Judicial —y en particular, la Corte Suprema de Justicia— el órgano que interpreta la Constitución. Creemos que no es sostenible postular que el Poder Judicial puede ejercer una función interpretativa solamente por vía de excepción, y mucho menos sostener que esta función interpretativa no exista. Muy por el contrario, la norma en cuestión permite que *incluso por la vía de la excepción*, la Corte Suprema de Justicia pueda entender en una controversia puramente interpretativa; lo cual viene a confirmar la tesis que venimos sosteniendo, por ser este entendimiento particularmente ajustado a la disposición constitucional mencionada.

La Corte Suprema de Justicia ha compartido este razonamiento, dejando sentado, en el Acuerdo y Sentencia N° 185, del 10 de abril de 2014, lo siguiente: *“No es sistemático ni coherente sostener que la competencia de la Corte Suprema de Justicia permita entender en la cuestión interpretativa cuando la misma se provoca de modo indirecto, por vía de la excepción, pero no admita poder atenderla cuando la acción se promueve específicamente con dicha finalidad. Esto atenta contra el más elemental sentido de economía procesal, contradice la finalidad normativa y conceptual de la acción meramente declarativa, ya reseñada precedentemente, y contraviene profundamente el orden de los derechos fundamentales”*; lo que luego se reiteró en el Acuerdo y Sentencia N° 1010, del 11 de diciembre de 2015.

²⁶ Aun cuando más no sea por la elemental constatación de que, en caso contrario, “vosotros debéis dar primeramente el paso en la oscuridad y después encendéis la luz para ver si habéis caído en un pozo; según la ley propuesta, primero encendéis la luz y después daís el paso”; según la convincente y pintoresca fundamentación dada en sede de discusión parlamentaria estadounidense a la hora de admitir la acción meramente declarativa. La consigna BORCHARD, Edwin M. Las sentencias declarativas, en Revista de derecho procesal, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª, pág. 617.

²⁷ Para los cuales —al ocuparnos aquí prevalentemente del acogimiento jurisprudencial del instituto— bastará la remisión a PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 1993, tomo 7, pág. 174 y siguientes, donde puede encontrarse una amplia reseña de fallos sobre el punto.

²⁸ Que corresponde al art. 99 del código procesal civil nacional, bueno es puntualizarlo.



*tal cosa, y no sabemos por qué la acción declarativa debe quedar cohibida en el campo del derecho público, donde la falta de certidumbre puede ser tan dañina o más que en el del derecho privado*²⁹.

Esta opinión fue posteriormente expuesta, con mayor profundidad de argumentación, en idéntico sentido, con ampliación de fundamentos. Se sostuvo que precisamente por la existencia del art. 322 del código procesal civil y comercial de la Nación —cuya presencia en el derecho nacional y colocación sistemática ya ha sido convenientemente analizada— no puede considerarse la inexistencia de causa, indicando que en tales condiciones no puede ser utilizada ni para relaciones de derecho privado, ni para relaciones de derecho público, a los efectos del ejercicio de la función jurisdiccional. Si suscita causa, si genera controversia, puede utilizarse para todo, “*porque si hay causa no tiene sentido alguno decir que sirve para una cosa y no sirve para otra*”, con lo que es medio plenamente idóneo para introducir cuestión constitucional³⁰.

Avalada con la densidad de los argumentos expuestos y la autoridad de sus autores, la figura tuvo firme ingreso jurisprudencial. Es unánimemente recordado el dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Eduardo H. Marquardt³¹, que merece sin dudas una atenta lectura. En dicha pieza jurídica, de alta erudición, quedan expuestos sobradamente los antecedentes jurisprudenciales y de derecho comparado que permiten sostener la admisión de una pretensión de tal índole, en el marco del art. 322 del código procesal civil de la Nación y en el campo constitucional.

Esta tendencia —el dictamen en cuestión lleva fecha del año 1971— fue admitida jurisprudencialmente. A partir de la sentencia recaída en los autos “PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO C. GOBIERNO NACIONAL”³², la Corte Suprema de Justicia

²⁹ Son palabras de BIDART CAMPOS, Germán J. *La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad*, nota al dictamen del Procurador General de la Nación *in re* “HIDRONOR S.A. c/ PROVINCIA DE NEUQUÉN” en LL 154, sección jurisprudencia, pág. 518.

³⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987, pág. 184.

³¹ Disponible *in extenso* en LL 154, col. 518 y siguientes.

³² VERDAGUER, Alejandro C. *Acción meramente declarativa* (su alcance como acción de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), en LL-1991-A, sección doctrina, pág. 794. La sentencia de referencia fue publicada en JA 1985-

de la Nación Argentina admitió la acción meramente declarativa de certeza, superando los titubeos iniciales, con lo que la tesis que negaba la posibilidad de admitir este tipo de pretensiones quedó sin dudas superada³³, acogiéndose ampliamente, a nivel jurisprudencial, la tesis favorable a la viabilidad de tal medio procesal.

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia acogió decididamente tales nociones doctrinarias y las utilizó como fundamento para admitir la acción meramente declarativa en el campo constitucional. La primera sentencia en tal sentido^{34, 35} es el Acuerdo y Sentencia N°

IV-255, además de LL 1986-C-116.

³³ Una muy completa reseña de dicha evolución, a la cual remitimos por los profusos datos jurisprudenciales, puede encontrarse en SERRA RAD, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1992, pág. 113 y siguientes.

³⁴ El Prof. Dr. Luis LEZCANO CLAUDE, en el sitio <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2017/03/01/accion-de-declaracion-de-certeza-constitucional/>; recuerda como un antecedente también el Acuerdo y Sentencia número 481, del 20 de noviembre de 1996, emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Dicha sentencia, sin embargo, no atiende propiamente una declaración de certeza como pretensión interpuesta en tales términos; sino que representa un caso que llegó a conocimiento de la máxima instancia judicial en aplicación de la ley 600/1995, que modificó el Art. 582 del código procesal civil. Es decir, se trata de un supuesto de determinación de constitucionalidad en el marco de un juicio de amparo.

Hecha esta puntualización, es sin embargo sumamente oportuno advertir que en la sentencia en cuestión la elevación de los autos a la Sala Constitucional de la Excm. Corte Suprema de Justicia no se produjo en función de la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino afirmándose explícitamente que es la Corte Suprema de Justicia el único órgano con competencia para la interpretación del texto constitucional. La Corte Suprema de Justicia emprendió la labor interpretativa, interpretando la cláusula constitucional y estableciendo su alcance y sentido. Desde este punto de vista, queda claro que —si bien la vía procesal no fue la de la acción meramente declarativa— la Corte Suprema de Justicia asumió como función propia la dilucidación hermenéutica del texto constitucional, y por ello, teniendo en cuenta el resultado alcanzado, sin dudas la mención de la sentencia es altamente pertinente en razón de la afirmación de la competencia de la Corte Suprema de Justicia para dilucidar dudas derivadas de la hermenéutica constitucional en el caso concreto.

³⁵ RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús. *Derecho constitucional paraguayo*. Asunción, edición del



191, del 27 de abril de 1999³⁶, dictada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia. Allí se resolvió una consulta elevada por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, a los efectos de determinar si, en la coyuntura de aquel tiempo, debía convocarse a elecciones simultáneas para los cargos de presidente o vicepresidente de la República; o solamente para la presidencia.

Prescindiremos del fondo de la cuestión allí abordada para concentrarnos únicamente en la admisión de la declaración de certeza constitucional, que es lo que aquí interesa. En tal sentido, el preopinante, Prof. Dr. Elixeno AYALA, advirtió con claridad que el caso planteaba una acción declarativa de certeza, vinculada con la duda constitucional, y mencionó doctrinas y jurisprudencias argentinas. El Prof. Dr. Raúl SAPENA BRUGADA amplió el examen de la cuestión y afirmó, en frase que merece cita completa por su relevancia, que “... *por supuesto, cualquier juez puede y debe interpretar la Constitución como parte inseparable y suprema del ordenamiento jurídico. Hay en cambio cuestión constitucional como materia propia de la Corte Suprema de Justicia, cuando, dentro de los demás parámetros de los que seguiremos hablando, hay colisión de normas dentro de la Constitución pues, en ese caso, el juez ordinario (no constitucional) no puede realizar la operación propia de un Juez constitucional que es, en definitiva, tratándose de antinomias, de realizar una opción válida entre ambas rechazando una de ellas*”.

Tal afirmación contiene, en realidad, el núcleo de la argumentación que permite concluir por la validez de este tipo de sentencias, y obviamente, de las pretensiones que las introducen. La interpretación de la Constitución se halla atribuida, como función, al Poder Judicial en su conjunto, de acuerdo al art. 247 del mencionado

autor, 2000, tomo I, pág. 669; advirtió inequívocamente, a corta distancia del fallo en cuestión, su carácter de *leading case*, al indicar que tal postura de la Corte Suprema de Justicia incorpora un nuevo mecanismo de control de constitucionalidad dentro del orden jurídico nacional. A esta observación podría puntualizarse que en realidad la Corte Suprema de Justicia se limitó a volver operativos principios procesales expresamente consagrados en la ley procesal, y admitió la jurisdicción constitucional sobre la base del interés puramente declarativo consagrado en el Art. 99 del código procesal civil, al cual se añaden otras normas, como tendremos ocasión de precisar en el texto.

³⁶ El texto completo puede consultarse en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Fallos institucionales*. Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 1ª ed., 2000, tomo I, pág. 203 y siguientes.

cuerpo legal. Empero, allí donde hay una contradicción, donde hay dos interpretaciones posibles, por así decirlo, quien debe disipar la duda, la incertidumbre jurídica, no puede ser sino el órgano legislativamente reservado para ejercer la jurisdicción constitucional, esto es, la Corte Suprema de Justicia, en pleno o a través de la Sala Constitucional prevista en el Art. 260 de la Ley Fundamental, con el que concuerdan los Arts. 11 y siguientes de la Ley 609/1995. Y esta función, puramente declarativa, se encuentra reconocida en vía general, y por ende para cualquier tipo de acción, por el art. 99 del Código Procesal Civil.

A esto agrega el Dr. Enrique SOSA ELIZECHE, en el mismo fallo, que ciertamente una labor de tal índole no es una simple labor de hermenéutica académica sino que es una interpretación con efectos jurídicos y obligatorios, con lo que enfoca acabadamente, una vez más, el interés al cual hace referencia el Art. 99 del código procesal civil, que está dado precisamente por la existencia de una incertidumbre que debe ser disipada definitivamente y para el caso concreto, como interés suficiente para promover el ejercicio de la función jurisdiccional.

De la reseña realizada se advierte que la Corte Suprema de Justicia, en su anterior composición, asimiló e hizo suyas las enseñanzas doctrinarias reseñadas en el capítulo anterior, dando pleno ingreso a la acción declarativa de certeza constitucional como medio idóneo para disipar la incertidumbre en la interpretación constitucional, siempre que la cuestión configure un caso susceptible de decisión judicial.

Esta tendencia fue mantenida por la Sala Constitucional en fallos sucesivos, admitiendo la vía procesal de la acción meramente declarativa como idónea para provocar válidamente el ejercicio de la función jurisdiccional. En los Acuerdos y Sentencia números 37, del 23 de febrero de 2009³⁷; 110, del 19 de marzo de 2009³⁸; 443, del 9 de junio de 2009³⁹; y 1010, del 11 de diciembre de 2015⁴⁰, se trató el tema, de pura controversia constitucional y por ende de interpretación de tal tipo, que versaba, en definitiva, sobre la operatividad de la inamovilidad operada por el art. 252 de la

³⁷ El texto puede consultarse en LLP 2009, pág. 316 y siguientes.

³⁸ Publicada en LLP 2009, pág. 432 y siguientes.

³⁹ Disponible en LLP 2009, pág. 814 y siguientes.

⁴⁰ Puede accederse a la sentencia íntegra a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia.



Constitución Nacional para quienes la hubieren adquirido con anterioridad a su designación como Ministros de la Corte Suprema de Justicia, advertida la disposición del Art. 8º de las disposiciones transitorias y atentos al Art. 261 del mismo cuerpo legal.

La situación de incertidumbre generada por dicha situación fáctica, que generaba un caso concreto susceptible de atención jurisdiccional, fue merituada positivamente por las decisiones en cuestión, donde se realizó expresa mención del art. 99 del código procesal civil como fundamento de la posibilidad de admitir un interés puramente declarativo, orientado a la eliminación de una duda a los efectos de proteger la certeza jurídica. A renglón seguido, la Sala Constitucional evoca la autoridad del Prof. BIDART CAMPOS para concluir sobre la admisibilidad de este tipo de acciones en el marco de la jurisdicción constitucional, indicando *“la incoherencia de tener primero que actuar para luego saber, frente a hechos ya consumados, si lo actuado fue o no correcto”*. Tras numerosa mención de doctrina y jurisprudencia argentina, que hemos ya descripto en sus orígenes y fundamentos en el título que antecede, fue invocado también el precedente del año 1999, para concluir en sentido favorable a la admisibilidad procesal de una pretensión de tal tipo.

La postura de la Fiscalía General del Estado tampoco fue distinta. La reseña de los sendos dictámenes rendidos en la sustanciación de las acciones promovidas —contenida en las sentencias indicadas, en el voto del preopinante— indica, textualmente, cuanto sigue: *“Como primer punto, analizó la vía procesal y arguyó que esta acción puramente declarativa está contemplada para su ejercicio directo ante los Juzgados y Tribunales Ordinarios de la República. Pero al tratarse de un planteamiento de relevancia constitucional, la única instancia competente para entender y emitir pronunciamientos sobre la misma, es la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual encuentra disipada toda duda respecto a la idoneidad de la vía procesal intentada por la parte actora en el presente caso”*.

A mayor abundamiento, en la sentencia mencionada en la nota 38, uno de los integrantes de la Sala Constitucional, el Dr. BRAY MAURICE, consideró necesario referirse específicamente sobre el punto, abundando sobre la vía procesal escogida, para puntualizar que *“conforme lo señalara precedentemente, se trata de una acción declarativa de certeza constitucional, cuyo pronunciamiento se impone, dado que se busca dilucidar una cuestión relacionada directamente con la independencia y fortalecimiento del Poder Judicial, que a mi criterio es de importancia capital”*.

Esto es, a la situación de duda, que debe ser dilucidada, se une una cuestión de importancia institucional por cuanto se relaciona con la independencia y fortalecimiento del Poder Judicial.

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, así, acogen la acción meramente declarativa basándose en argumentos de doctrina y jurisprudencia que fueron expresamente apoyados en textos legales nacionales a los efectos de determinar su operatividad y vigencia. Lo dicho demuestra que la línea jurisprudencial iniciada en el año 1999 y continuada diez años después; tiene un aparato doctrinario y casuístico basado directamente sobre la esencia del interés tutelado por medio de la acción meramente declarativa, expresamente acogida en nuestro derecho, y cuya operatividad en la esfera del derecho público es reconocida por doctrinarios de primer nivel. En consecuencia, la Sala Constitucional hizo suyas esas enseñanzas y las estimó plenamente aplicables a nuestro sistema jurídico, vista la admisión expresa en él de la acción puramente declarativa.

4. Una primera consolidación: sus resultados

Al iniciar el presente trabajo, anunciábamos que nuestro deseo era exponer el avance que tuvo la figura de la acción meramente declarativa de certeza en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. De hecho, si advertimos lo dicho con anterioridad —y llamamos sobre todo la atención en cuanto a la cita del Acuerdo y Sentencia número 1010, del 11 de diciembre de 2015⁴¹, dictado por la Sala Constitucional de la Excm. Corte Suprema de Justicia— notaremos que esta es la única sentencia que hemos insertado en la línea jurisprudencial de la cual nos hemos ocupado ampliamente.

Ello así por dos razones, una que implica una mirada al pasado, y otra que implica un punto de inflexión respecto de la experiencia posterior de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, el caso mencionado en el párrafo anterior no es sino la reiteración de jurisprudencia constante sobre un tema puntual, a saber, la operatividad de la inamovilidad operada por el art. 252 de la Constitución Nacional para quienes la hubieren adquirido con anterioridad a su designación como Ministros de la Corte

⁴¹ Nos remitimos a la cita hecha *supra*, en la nota 39.



Suprema de Justicia, advertida la disposición del art. 8º de las disposiciones transitorias y atentos al art. 261 del mismo cuerpo legal. En cuanto a este punto, no hay ninguna variación, ni en el sentido ni en el resultado del tratamiento de la cuestión, por lo cual aquí se tiene, simplemente, la reiteración de jurisprudencia absolutamente constante.

Esclarecido este punto, adelantaremos que la evolución jurisprudencial de los años transcurridos entre la publicación de nuestro primer trabajo⁴² y esta actualización ha sido relevante no solo por la reafirmación de la tendencia jurisprudencial invariablemente sostenida por diversas conformaciones de la Corte Suprema de Justicia, sino por sobre todo en función del modo de utilización de la figura. En efecto, veremos ampliamente, en el título siguiente, que la acción meramente declarativa ha sido utilizada ampliamente incluso por parte de órganos del Poder Ejecutivo, llegándose a producir incluso la interacción y colaboración de la Corte Suprema de Justicia, por vías institucionales, en la toma de decisiones de elevado interés nacional.

Esta evolución, de la que pretendemos dar cuenta detallada, nos impone como paso previo una síntesis de los resultados alcanzados hasta aquí, lo que será, al mismo tiempo, un buen compendio de la doctrina que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha construido en torno a la figura de la acción meramente declarativa de certeza. De hecho, hemos sentido la necesidad de realizar tal labor incluso en ejercicio de la función jurisdiccional —específicamente, en el Acuerdo y Sentencia número 81, del 24 de febrero de 2017— como premisa necesaria para abordar el mérito de la certeza pretendida en el caso concreto.

La síntesis en cuestión será estructurada, en primer término, sobre el fundamento normativo de la cuestión —ya que los antecedentes doctrinarios quedaron expuestos con anterioridad, y a ellos nos remitimos— y en segundo lugar sobre las consecuencias sistemáticas que derivan de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia. No se encontrará aquí nada que no se haya ya dicho con anterioridad, pero estimamos

⁴² Volvemos a mencionarlo, para comodidad del lector: TORRES KIRMSER, José Raúl. La acción declarativa de certeza constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción*, 2012, 2ª ed., pág. 107 y siguientes.

sobremañera necesaria esta labor de consolidación, vista la complejidad e importancia de los casos atendidos por la vía de la acción meramente declarativa de certeza en los últimos años.

Así, tenemos que la vía procesal de la acción meramente declarativa de certeza tiene idénticas e incluso más amplias bases normativas que las que permitieron el desarrollo jurisprudencial de la figura en Argentina. En efecto, el art. 99 del código procesal civil, norma general y por ende aplicable a cualquier tipo de proceso, por cuanto define el interés del proponente de la acción, se complementa perfectamente con la regulación procesal —contenida en el mismo instrumento normativo— de la acción de inconstitucionalidad, a lo que se suma la expresa atribución, por ley, de la potestad de establecer el alcance y sentido de una disposición constitucional, por vía de la interpretación, de acuerdo con el art. 542 del código procesal civil⁴³.

Estas disposiciones encuentran su correspondencia y ajuste expreso en la Constitución Nacional. En efecto, el art. 247 de la ley fundamental atribuye expresamente al Poder Judicial la cualidad de intérprete de la Constitución Nacional; y el art. 259, inc. 10) del mismo cuerpo legal permite al legislador ordinario atribuir a la Corte Suprema de Justicia otras funciones, además de las previstas en dicho cuerpo normativo. Así, las disposiciones del art. 260 de la Constitución Nacional, reproducido

⁴³ La ubicación de las normas que regulan el proceso constitucional en el derecho procesal civil es, por sí sola, un índice seguro de la importancia de manejar las normas generales del proceso como complementarias de las específicamente aplicables a la jurisdicción constitucional. Véase, en este sentido, lo dicho por FALCÓN, Enrique M. *El derecho procesal constitucional*, en FALCÓN, Enrique M (director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., 2010, tomo 1, pág. 41: “Podemos decir que la relación del actual derecho procesal constitucional con el derecho procesal civil es bastante profunda, ya que fue este último el receptor en su seno de la materia Procesal Constitucional, antes del nacimiento como rama autónoma, y aún hoy, en numerosos códigos, se encuentran compiladas varias de las normas del derecho procesal constitucional, como el recurso extraordinario de inconstitucionalidad o el amparo”. Es por ello que se ha dicho que el contenido del derecho procesal constitucional comienza con los sistemas previstos institucionalmente para el control de constitucionalidad (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008, tomo I, pág. 749).



por el art. 11 de la Ley 609/1995, armonizan perfectamente con el art. 99 del código procesal civil, que define como interés válido de quien propone una acción en todo tipo de proceso el puramente declarativo, lo que también armoniza con la disposición del art. 542 del código procesal civil, del cual ya nos ocupamos en cuanto permite, en sede de jurisdicción constitucional, la determinación del alcance y sentido de una cláusula o disposición de la ley fundamental.

De esta manera, se admite sin ambages la finalidad preventiva de este tipo de proceso; en cuanto aquí no se procura una tutela reparadora sino preventiva, conforme lo tenemos ampliamente explicado al describir las premisas doctrinarias de este tipo de acción. En otros términos, aquí no se lamenta una violación existente, o bien una vulneración constitucional ya en acto; sino que se tiende precisamente a evitar esa situación, cuando ello pueda ser subsanado mediante un procedimiento que tenga las características de una causa justiciable —lo que la Corte Suprema de Justicia se ha cuidado bien de enfatizar, en los pronunciamientos que dejamos comentados⁴⁴— y permitir así la eliminación de la incertidumbre o zozobra que derive de la interpretación de normas exquisitamente constitucionales.

Corresponde insistir en esta última cuestión, por cuanto en los casos que la Corte Suprema de Justicia falló por la vía de la acción meramente declarativa de certeza se trató, siempre, de dar una interpretación autorizada de la Constitución Nacional, es decir, de determinar el sentido y alcance de disposiciones constitucionales. Esto nos indica que la incertidumbre se vincula estrechamente con la existencia de un caso ante el cual existen dos o más soluciones *constitucionalmente* posibles, casos en los que la hermenéutica de la norma constitucional no es unívoca y puede llevar a soluciones distintas. Es allí donde se justifica la intervención de la Corte Suprema de

⁴⁴ En efecto, esta preocupación puede verse claramente ya en el Acuerdo y Sentencia N° 191, del 27 de abril de 1999, dictada por el pleno de la Corte Suprema de Justicia (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Fallos institucionales*. Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 1ª ed., 2000, tomo I, pág. 203 y siguientes), donde sobre todo los votos de los Ministros AYALA y SOSA ELIZECHE dedicaron varios pasajes de su fundamentación a explicar la necesidad de que haya un caso concreto que distinga la cuestión de las preguntas meramente especulativas, teóricas o académicas. El Acuerdo y Sentencia número 37, del 23 de febrero de 2009 (LLP 2009, pág. 316 y siguientes) —al igual que los fallos mencionados en las notas 37, 38 y 39— también tienen especial cuidado en explicar la necesidad de la existencia de una incertidumbre concreta y objetiva como llave de paso para permitir la vía de la acción meramente declarativa de certeza.

Justicia en orden a zanjar la controversia interpretativa, en el marco de una relación jurídica concreta.

Este orden de ideas es, además, particularmente coherente con un elemental sentido común. Si se denegara la posibilidad de dirimir la controversia interpretativa para prevenir el problema; se estaría postulando, lisa y llanamente, un tipo de lectura de la norma que exige la configuración de la litis y de la controversia en concreto: es decir, la jurisdicción constitucional podría intervenir solamente cuando la violación se ha consumado, pero no para prevenir tal violación, o incluso para auxiliar a quienes deben adoptar una decisión, indicando la recta hermenéutica constitucional. No creemos que este resultado interpretativo sea valioso ni aceptable, incluso en términos de acceso efectivo a la justicia⁴⁵.

Por el contrario, la tesis que proponemos maximiza —allí donde hubiere un conflicto que presuponga la dificultad o controversia hermenéutica de normas puramente constitucionales— la posibilidad de una recta aplicación de la norma constitucional y su vigencia amplia e irrestricta⁴⁶; garantizando además al legitimado una respuesta

⁴⁵ Así lo ilustra LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de interpretación constitucional. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2007, tomo I, pág. 709: “La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos ha establecido que la Constitución, en todas o cualquiera de sus cláusulas, debe recibir una interpretación razonable y práctica, de acuerdo con el sentido común (common sense). Debe evitarse, en lo posible, la confusión, la ambigüedad o la contradicción; entre dos interpretaciones alternativas debe preferirse la que pueda suscitar menos cuestiones complejas”.

Por lo demás, siempre debe entenderse hecha la salvedad de que la llave de acceso fundamental está dada por la presencia de un caso concreto, de un conflicto que pretende ser dirimido, por la vía de la prevención, a través de la declaración de certeza constitucional, lo que implica además la necesidad de acreditar un interés personal y directo en la solución del caso (GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La justicia constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1994, pág. 119).

⁴⁶ AMAYA, Jorge Alejandro. Control de constitucionalidad. Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2015, pág. 424. De hecho, ya GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008, tomo I, pág. 751, lo decía en palabras que merecen una transcripción integral: “La mirada tiene que dirigirse al resultado que tiene quien necesita ejercer el derecho de petición, porque como se dijo al comienzo, una pretensión que se escucha y queda sin resolver, provoca desconcierto e injusticia, más allá de la



que le de la máxima seguridad no ya para reparar una violación constitucional, sino para evitar su consumación. Se concreta así, en palabras del prestigioso autor alemán Friedrich MÜLLER, el método de trabajo constitucional según el cual *“una concepción de los métodos que pretenda llevarnos más allá del positivismo legal ha de dar reglas para la tarea de concretar la norma en el sentido amplio que tiene en la práctica real”*⁴⁷. ¿Qué puede considerarse como más real y efectivo que dar una solución preventiva al conflicto constitucional? Nuestro ordenamiento nos ofrece –lo hemos visto– herramientas concretas y concebidas específicamente para llegar a tal resultado.

5. La evolución jurisprudencial del último quinquenio

Sentadas las premisas del capítulo anterior, que sirven de síntesis de los resultados que pueden considerarse adquiridos por la doctrina constante de la Corte Suprema de Justicia, nos ocuparemos de dar cuenta de la jurisprudencia recaída en estos últimos años, como lo anunciábamos en la introducción a este trabajo. En efecto, ya decíamos antes que en el Acuerdo y Sentencia N° 1010, del 11 de diciembre de 2015⁴⁸, emanado de la Sala Constitucional, se resolvió, conforme con la consolidada jurisprudencia sobre el punto, la cuestión que versa sobre la operatividad de la inamovilidad operada por el art. 252 de la Constitución Nacional para quienes la hubieren adquirido con anterioridad a su designación como Ministros de la Corte Suprema de Justicia, advertida la disposición del art. 8° de las disposiciones transitorias y atentos al art. 261 del mismo cuerpo legal.

violación por desconocimiento a una norma fundamental”. La acción declarativa de certeza constitucional, por el contrario, da esta respuesta concreta, en el marco de un caso; y de las más refinadas: una respuesta que permite evitar la incertidumbre y el error.

⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabajo del derecho constitucional*. Traducción de GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, SALVADOR. Madrid, Marcial Pons, 1ª ed., 2006, pág. 247. El razonamiento del mencionado autor continúa, cuando nos dice luego (pág. 249), que la norma jurídica no está lista y delimitada en sus extremos, sino que es identificable materialmente mediante una concepción racional de los métodos, que se aplicarán y concretarán en el caso particular hasta generar una decisión concreta.

⁴⁸ Puede accederse a la sentencia íntegra a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia.

Lo que aquí nos interesa es determinar la enorme ampliación del espectro de la aplicación de la acción meramente declarativa de certeza. Dicha ampliación se verificó en cuanto al mérito de las causas propuestas por dicha vía ante la Corte Suprema de Justicia, y a los sujetos que la proponían. En efecto, otros poderes del Estado han utilizado dicha vía, solicitando específicamente de la Corte Suprema de Justicia un pronunciamiento de certeza constitucional sobre cuestiones de relevancia institucional. Propondremos una reseña de las decisiones que recayeron:

a) ***Acuerdo y Sentencia N° 185, del 10 de abril de 2014, emanado de la Corte Suprema de Justicia, en pleno***⁴⁹. En este caso, el Banco Central del Paraguay, con el concurso de la Procuraduría General de la República, promovió una acción declarativa de certeza. Por dicha vía, se persiguió, y se obtuvo, la aplicación e identificación del alcance del art. 105 de la Constitución Nacional, en relación concreta con la situación de un determinado profesional abogado, que pretendía hacer valer regulaciones judiciales de honorarios contra el Banco Central del Paraguay, ente del que el abogado en cuestión era funcionario. Se tienen así claramente identificados los casos de interpretación normativa y de controversia puntual.

b) ***Acuerdo y Sentencia N° 880, del 17 de noviembre de 2015, emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia***⁵⁰. La controversia, por demás interesante, implicó la presencia de dos fallos contradictorios, emanados de la Sala Penal y Constitucional respectivamente, y referidos a la misma materia y objeto. En estos términos se planteó la cuestión a resolver por parte de los Ministros integrantes de la Sala Constitucional; y la demanda para dilucidar la incertidumbre fue promovida por el Procurador General de la República, el Ministro Asesor Jurídico de la Presidencia de la República y el Abogado del Tesoro. Una vez más, la controversia se definió como incertidumbre en un caso concreto, en el que existían dos fallos contradictorios referidos a los mismos sujetos en relación con el mismo supuesto de hecho.

⁴⁹ Puede accederse a la sentencia íntegra a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁰ Puede accederse a la sentencia íntegra a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia



c) **Acuerdo y Sentencia N° 81, del 24 de febrero de 2017, emanado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**⁵¹. La sentencia en cuestión, por vía de la acción declarativa de certeza, entendió en la controversia derivada del veto total del proyecto de Ley N° 5789/16, que instrumentaba el presupuesto general de gastos del ejercicio fiscal del año 2017. Ante esta situación, el Ministro de Hacienda, con el concurso del Procurador General de la República y del Abogado del Tesoro, pidieron, por vía de la acción meramente declarativa, que se determine si resultaba constitucional la emisión de bonos en el ejercicio fiscal 2017.

La enunciación que antecede –en la cual, a los efectos de este trabajo, nos interesa destacar únicamente la utilización de la figura procesal de la acción declarativa de certeza– es en sí misma suficientemente ilustrativa de la importancia y complejidad de los temas respecto de los cuales se requirió la intervención de la Corte Suprema de Justicia, en el marco de un procedimiento en el cual se debatía un caso, a los efectos de disipar la duda derivada de la recta hermenéutica constitucional. Ya nos hemos referido antes⁵² al significado que tiene el temperamento en cuestión en orden a la participación de la Corte Suprema de Justicia en el tipo de decisiones que mencionamos.

Lo que resulta sobremanera interesante advertir es el inmenso potencial de aplicación de la figura. No en balde se ha dicho –y nótese la innegable analogía con la evolución nacional aquí descripta– que *“Las acciones declarativas constituyen un fenómeno muy particular dentro del sistema de control constitucional. Ninguna otra vía procesal ha tenido el desarrollo experimentado en los últimos años por estas acciones, las que, desde una posición inicial negatoria de su condición de caso judicial, fruto de su asimilación con las opiniones consultivas, han llegado a convertirse hoy día en el vehículo de los pronunciamientos más trascendentes en materia de control de constitucionalidad. Coincidió así con TORICELLI, en que por*

⁵¹ Fallo disponible en la página institucional de la Corte Suprema de Justicia, a través del enlace: http://www.pj.gov.py/descargas/ID1-8_expediente_accion_declarativa_de_certeza_constitucional2017.pdf

⁵² Más específicamente, en la nota 2, a la que nos remitimos. De hecho, también MENDONÇA, Daniel. *Sentencia declarativa de certeza constitucional*, en La Ley Paraguaya, 2012, pág. 1744, reconoce el impacto político e institucional de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia.

*esta vía se han vertido los pronunciamientos institucionales más resonantes de la Corte Suprema en la década 1990-2000*⁵³.

De hecho, esta potencialidad de evolución y la trascendencia del instituto han hecho que nuestra Corte Suprema de Justicia tenga que preocuparse de definir que la incertidumbre debe tener delineamientos muy concretos para que pueda habilitar la vía de control preventivo. Hemos insistido convenientemente sobre la necesidad de que la acción meramente declarativa proponga un caso judicial⁵⁴, elemento éste que nuestra Corte Suprema de Justicia tuvo que dejar bien sentado a la hora de rechazar liminarmente un pedido de acción meramente declarativa. En efecto, por A.I. N° 204, del 24 de febrero de 2016⁵⁵, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado, de modo por demás tajante, que una solicitud interpretativa formulada de modo abstracto, y por la vía del derecho genérico de petición que contiene el art. 40 de la Constitución Nacional, no puede habilitar ningún tipo de pronunciamiento, por no existir un caso controvertido en el que se requiera una decisión.

La decisión de rechazo instrumentada en el A.I. N° 456, del 16 de marzo de 2017, también emanado de la Sala Constitucional⁵⁶ no tuvo como fundamento la ausencia de un caso –aquí sí que lo había, y bien nítido– sino la ausencia de cláusula constitucional a ser interpretada. En efecto, allí la Municipalidad de Ñemby pretendió que la Corte Suprema de Justicia emita un fallo que certeza constitucional respecto de la relación de titularidad de dominio del Cerro Ñemby.

Queda claro que la incertidumbre en tal situación, si bien existe, no se refiere a una materia de conocimiento constitucional, sino muy por el contrario, y como bien lo

⁵³ BIANCHI, Alberto B. *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, en CASSAGNE, Juan Carlos (director). *Tratado general de derecho procesal administrativo*. Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2011, tomo II, pág. 751.

⁵⁴ En este sentido, agregando la mención a lo ya dicho a lo largo del texto, véase lo dicho por SALGADO, José María. *La acción de inconstitucionalidad*, en FALCÓN, Enrique M. (director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 2010, tomo I, pág. 939.

⁵⁵ Puede accederse al texto de la decisión a través del link: <http://www.csj.gov.py/jurisprudencia/>, donde se encuentra el buscador de fallos de la Corte Suprema de Justicia.

⁵⁶ Con disidencia de la Ministra Gladys BAREIRO DE MÓDICA, a la que nos hemos ya referido en la nota 24.



dijo la Sala Constitucional, aquí se trataba de una cuestión derivada de una cuestión contractual que tenía por objeto a un bien inmueble, con lo que las instancias ordinarias se hallaban ampliamente disponibles. En estas condiciones, como nos indica el interlocutorio comentado, cualquier pronunciamiento implicaría desvirtuar la naturaleza de la acción meramente declarativa.

De este modo, se ve que la importancia, complejidad y relevancia de los casos propuestos a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, por la vía de la acción declarativa de certeza, han generado también la necesidad de especificar las condiciones en las que dicho mecanismo podía ser propuesto, tanto en orden a la existencia efectiva de un caso como a la naturaleza de la controversia que se pretende dirimir por vía declarativa, sin que puedan plantearse cuestiones contenciosas que tienen la respuesta de la jurisdicción ordinaria. La incertidumbre, en suma, debe plantearse respecto de cuestiones constitucionales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina lo ha dicho con toda claridad: *“Resulta preciso disipar la confusión entre las pretensiones abstractas y generales de inconstitucionalidad, que no pueden revestir forma contenciosa por la ausencia de interés inmediato del particular que efectúa la solicitud, y las acciones determinativas de derechos de base constitucional, cuya titularidad alega quien demanda y que tienden a prevenir las lesiones de tales derechos, como son la acción de mera certeza o del amparo”*⁵⁷.

6. La acción meramente declarativa y la cosa juzgada

Las sentencias que recaen en las acciones meramente declarativas —de las cuales la declaración de certeza constitucional es una especie, como se dejó dicho ampliamente en las páginas que preceden— precisamente por recaer dentro de controversias de tinte jurisdiccional, que presuponen una causa, son plenamente idóneas para alcanzar la autoridad de cosa juzgada. Así lo tiene establecido la doctrina nacional, con el obvio recaudo de que la misma involucre a quien resulta titular de la relación jurídica sustancial o de la situación que genera incertidumbre⁵⁸.

⁵⁷ Decisión del 12 de diciembre de 1985, publicada en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 307, pág. 2389.

⁵⁸ CASCO PAGANO, Hernán. *Código Procesal Civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 4ª ed., 2000, tomo I, pág. 209.

Desde luego, apenas hace falta reiterar que “*la cosa juzgada es la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdiccional; la cosa juzgada trunca y hace inútiles las discusiones acerca de la justicia o injusticia del pronunciamiento; la cosa juzgada vincula a las partes y a todo juez futuro; en virtud de la cosa juzgada, lo que está decidido es derecho. Todas estas proposiciones traducen en distintas formas la misma simple verdad que con intencionada insistencia verbal expresan conocidos brocados latinos: que la cosa juzgada es un vínculo*”⁵⁹.

En otros términos, la cosa juzgada es plenamente predicable también respecto de sentencias puramente declarativas, precisamente porque las mismas se producen en el marco de una causa, con lo que será el contenido mismo de la declaración contenida en el pronunciamiento jurisdiccional el que se verá amparado por tal cualidad —reconocida incluso constitucionalmente por el art. 17, inc. 4) de la Ley Fundamental— con lo que el asunto amparado por sentencia firme no puede ser ulteriormente discutido⁶⁰.

De hecho, por la propia finalidad de eliminación de la incertidumbre jurídica a la que estos tipos de pronunciamiento se hallan orientados, es obvio que la cosa juzgada aquí se relaciona íntimamente con la necesidad de determinar, en definitiva, la interpretación aplicable a los efectos de determinar la conducta a la que el justiciable deberá ceñirse en lo futuro, respecto del caso concreto que fue sometido al órgano jurisdiccional. Precisamente aquí radica la utilidad de la sentencia declarativa de certeza, toda vez que —incluso sin reconocimiento positivo expreso, lo que como vimos no ocurre en nuestro país, al hallarse el remedio legislativamente previsto en el código procesal civil— las necesidades de la vida de relación, precisamente, permite concluir la controversia jurídica y arrojar luz allí donde había dudas⁶¹, lo que no sería posible sin la cualidad de cosa juzgada de la sentencia que dirima el conflicto.

⁵⁹ ALLORIO, Enrico. *Naturaleza de la cosa juzgada*, en ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Buenos Aires, EJE, 1ª ed., 1963, tomo II, págs. 130 y 131.

⁶⁰ BIDART CAMPOS, Germán J. La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987, pág. 184.

⁶¹ BORCHARD, Edwin M. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª, pág. 576.



Esto se vincula íntimamente con el concepto de seguridad jurídica, por cuanto el instituto se relaciona directamente con la necesidad de dar estabilidad a las relaciones jurídicas —lo cual es notoriamente necesario también en el marco del derecho público— objetivo ciertamente no secundario de la actividad jurisdiccional. La autoridad de la sentencia se extiende, así, a todos los órganos del Estado, y no puede menoscabarse ni siquiera por la actividad legislativa⁶². Tal seguridad jurídica —se ha dicho en el ámbito específicamente constitucional— reposa sobre la certeza de que es solamente una interpretación la finalmente posible⁶³, que obviamente es la proveniente del órgano destinado a tal función.

Estos principios se relacionan incluso con la intangibilidad del patrimonio, toda vez que la sentencia con autoridad de cosa juzgada se incorpora definitivamente al bagaje de derechos del beneficiario. En tal sentido, entendida la concepción constitucional de propiedad como los intereses que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y libertad, el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que se incorpora al patrimonio del destinatario del pronunciamiento, del cual no puede ser privado sin menoscabo del derecho constitucional de propiedad⁶⁴.

De esta manera, vistos los principios que justifican la cosa juzgada, no puede dudarse, de modo serio, que la misma ampara también a los pronunciamientos de índole constitucional, entre los cuales se encuentra el de la acción meramente declarativa. Tal principio ha sido extendido, en aplicación jurisprudencial, incluso a las decisiones administrativas, indicando que es un principio de derecho público, reiteradamente afirmado, que las resoluciones administrativas, dictadas a solicitud de parte, que definen o reconocen derechos individuales, son irreversibles, porque así lo aconseja el interés público, que en el caso se confunde con el de la certidumbre del derecho⁶⁵. Por eso, trátase de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada⁶⁶;

⁶² ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 2ª ed., 1961, tomo IV, pág. 134.

⁶³ DERMIZAKY P., Pablo. Justicia constitucional y cosa juzgada, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2004, pág. 297.

⁶⁴ PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2011, tomo V, pág. 471.

⁶⁵ JA 68-623.

⁶⁶ LL 10-439; JA 9-821; 17-11, entre otros pronunciamientos.

o de resoluciones administrativas que incorporan al patrimonio o a la esfera de los intereses personales un derecho con carácter de definitivo⁶⁷, la jurisprudencia ha reconocido la importancia y la aplicabilidad irrestricta de la cosa juzgada como un derecho incorporado al patrimonio de su titular.

En definitiva, la cosa juzgada no puede ser ajena a la jurisdicción constitucional y a las acciones de mera certeza, ya que *“el principio de la cosa juzgada es inherente a la función del juez constitucional, toda vez que sus fallos han de tener un carácter definitivo que resguarde la intangibilidad de la Constitución y que sancione las normas que pretendan oponérsele, por lo cual no sería indispensable que fuera explicitado normativamente”*⁶⁸.

Referencias

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, autocomposición y defensa*. México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., 2000 (reimpresión).
- ALLORIO, Enrico. *Naturaleza de la cosa juzgada*, en ALLORIO, Enrico. *Problemas de derecho procesal*. Buenos Aires, EJE, 1ª ed., 1963.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires, EDIAR, 2ª ed., 1956.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 2009.
- AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2015.
- BIANCHI, Alberto B. *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, en CASSAGNE, Juan Carlos (director). *Tratado general de derecho procesal administrativo*. Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2011.

⁶⁷ JA 57-629; JA 60-732; 67-874.

⁶⁸ HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Cosa juzgada y control de constitucionalidad, en La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008, tomo V, pág. 440.



- BIDART CAMPOS, Germán J. *El derecho constitucional del poder*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1967.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *La acción declarativa de certeza y el control de constitucionalidad*, nota al dictamen del Procurador General de la Nación, en LL 154, sección jurisprudencia.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1987.
- BORCHARD, Edwin M. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires, EJE, 1ª ed., 1959.
- CASCO PAGANO, Hernán. *Código Procesal Civil comentado y concordado*. Asunción, La Ley Paraguaya, 4ª ed., 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Azione di mero accertamento*, en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano, Giuffrè, 1ª ed., 1993, tomo III.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Azioni e sentenze di mero accertamento*, en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano, Giuffrè, 1ª ed., 1993, tomo III.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Fallos institucionales*. Asunción, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 1ª ed., 2000.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretación de las leyes procesales*, en *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires, EDIAR, 1ª ed., 1950, tomo III.
- DERMIZAKY P., Pablo. *Justicia constitucional y cosa juzgada*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*. Montevideo, 2004.
- FALCÓN, Enrique M (director). *Tratado de derecho procesal constitucional*. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., 2010.
- FALCÓN, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1ª ed., 1994.
- FENOCCHIETTO, Carlos E. y ARAZI, Ronald. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 1993.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona, Labor, 1ª ed., 1936.
- GOLDSCHMIDT, Roberto. *La sentencia declarativa*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, IV, parte 1ª.

- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El derecho procesal constitucional como ciencia. Alcance y contenidos*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La justicia constitucional*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1994.
- HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Cosa juzgada y control de constitucionalidad*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Samudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Ciudad de México, Marcial Pons, 1ª ed., 2008.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. *Tratado de interpretación constitucional*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2007.
- MALAYER, Alberto M. *El juicio declarativo en el derecho angloamericano*, en JA 1944-III, sección doctrina.
- MENDONCA, Daniel. *Sentencia declarativa de certeza constitucional*, en La Ley Paraguaya, 2012.
- MORELLO, Augusto Mario. *La recepción de la acción declarativa de certeza en el marco del contralor de constitucionalidad*, nota a fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina, 20 de agosto de 1985; en JA-1985-IV, sección jurisprudencia.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabajo del derecho constitucional*. Traducción de GÓMEZ DE ARTECHE Y CATALINA, SALVADOR. Madrid, Marcial Pons, 1ª ed., 2006.
- PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª ed., 1993.
- PALACIO, Lino Enrique. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2011.
- RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús. *Derecho constitucional paraguayo*. Asunción, edición del autor, 2000.
- ROSENBERG, Leo. *Las sentencias declarativas*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1947, V, parte 1ª.
- SAGUÉS, Néstor Pedro. *Recurso extraordinario*. Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 2002.



- SEALL-SASIAIN, Jorge. *Interpretación asistemática sobre la acefalía coexistente de presidente y vicepresidente (crítica al fallo sobre el art. 234 de la Constitución)*, en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2000.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. *El juicio de jactancia*, en *Revista de derecho procesal*, dirigida por Hugo Alsina. Buenos Aires, 1943, II, parte 2ª.
- SERRA RAD, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Buenos Aires, Depalma, 1ª ed., 1992.
- VERDAGUER, Alejandro C. *Acción meramente declarativa (su alcance como acción de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)*, en LL-1991-A, sección doctrina.



EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO DE DERECHO PROCESAL

The best interests of the child as a principle of procedural law

IRMA ALFONSO DE BOGARÍN ¹
JORGE VASCONSELLOS ²

RESUMEN

Desde la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, a principios de este siglo, se ha incorporado formalmente a la legislación positiva nacional la expresión “interés superior del niño”, cuyo germen se había instalado poco más de setenta y siete años antes, con la *Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños*, y posteriormente es recogida en la Declaración de los derechos del Niño, y finalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹ Presidenta del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia, sede Capital. Miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya, especializada en la Protección Internacional de la Niñez. Representante de la Corte Suprema de Justicia como operadora de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica (IberRed). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA) y de la Escuela Judicial del Paraguay. Profesora invitada a seminarios y congresos en distintas universidades del país y exterior. Ex-Presidenta de la Asociación Internacional MERCOSUR de Jueces de la Infancia y juventud.

² Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Posgrados en Derecho Procesal Penal, litigación en juicio oral, destrezas en el proceso acusatorio y didáctica universitaria. Se desempeña como encargado de cátedra de “Taller de jurisprudencia”; de la Facultad de Derecho UNA, de la filial de Benjamín Aceval. Auxiliar de la cátedra de Derecho Romano I, tercera cátedra, turno noche, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNA) sede Central.



La proclamación del “interés superior del niño”³ en nuestro derecho interno, nada más que al inicio mismo de ella, hace que sus disposiciones se proyecten a todo su contenido, incluyendo, no solo los aspectos relacionados a las cuestiones de fondo, sino que – además – las de naturaleza procesal, que también son materia de regulación en el mismo cuerpo legal.

A partir del texto de la norma, redactado en términos generales, resulta indispensable procurar la adecuada comprensión de su propósito, sus alcances y significado, como condición indispensable para hacer efectiva su vigencia, en todas y cada una de las decisiones judiciales y/o administrativas, que vayan a adoptarse en cuestiones o materias que involucren directa o indirectamente derechos e intereses de niños y adolescentes.

Ello hará posible brindarle un contenido preciso al principio consagrado por la norma, evitando distorsiones interpretativas, que – en algunos casos se han registrado – permitiendo el desconocimiento o detrimento de otros principios.

El sistema legislativo internacional, al igual que el interno, constituyen un todo armónico, cuya interpretación no tolera contradicciones o menoscabos, y desde esta perspectiva la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “...*a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma CDN (Convención de los Derechos del Niño), por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos...*”.

En este trabajo pretendemos adentrarnos en el estudio y el análisis del tema, con el objetivo de procurar una interpretación acorde a las orientaciones internacionales, que permita lograr una aplicación de la norma, consistente con su naturaleza y propósito.

Palabras clave: principio- interés superior- niño- adolescente

³ Artículo 3. Código de la Niñez y la Adolescencia. Ley N° 1680/01.

ABSTRACT

Since the Code of Childhood and Adolescence, at the beginning of this century, the expression “the best interest of the child” has been formally incorporated into national positive legislation, whose germ had been installed a little more than seventy-seven years before, with the Geneva Declaration on the rights of children, and later it is included in the Declaration of the Rights of the Child, and finally in the Convention on the Rights of the Child.

The proclamation the “best interests of the child” in our internal norm, only at the very beginning of it, with the third article dealing with it, means that its provisions are projected to all their content, including, not only the aspects related to the substantive issues, but also - those of a procedural nature, which are also matters of regulation in the same legal body.

From the text of this law, written in general terms, it is essential to seek an adequate understanding of its purpose, scope and meaning, as an indispensable condition to make effective its validity, in each and every one of the judicial and / or administrative decisions, that will be adopted in matters or issues that directly or indirectly involve the rights and interests of children and adolescents.

This will allow to provide an accurate content to the principle enshrined by the rule, avoiding interpretive distortions, which - in some cases have been documented - has allowed the ignorance or impairment of other principles.

The international legislative system, as the internal one, constitutes a harmonious whole, whose interpretation does not tolerate contradictions or impairments, and from this perspective the Inter-American Commission of Human Rights has maintained that “... based on the doctrine of integral protection, sustained In the same CRC (Convention on the Rights of the Child), the best interests of the child must be understood as the effectiveness of each and every one of their human rights ... “.

In this chapter we intend to delve into the study and analysis of the topic, with the objective of work toward an interpretation according with international guidelines, in order to let us achieve an application of the norm, consistent with its nature and purpose.

Keywords: *principle-higher interest- child- adolescent.*



1. Introducción

El Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley N° 1680/01), incluye en su texto normas de carácter sustancial que tienen como propósito la regulación de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, y en los Libros IV y V incluyen reglas de carácter procesal. En el primero de ellos organiza la jurisdicción especializada, define su integración y competencia, y seguidamente establece los distintos procedimientos admitidos en la jurisdicción especializada, y regula el diseño de cada uno de ellos. El segundo, incluye normas de carácter procesal penal, aplicables en las causas seguidas a menores infractores⁴.

Esta suerte de introducción al tema, tiene como propósito dejar en evidencia, la ausencia de una separación o división clara, en materia legislativa, entre el derecho sustantivo y adjetivo, es decir, entre aquellas que establecen derechos y garantías de los sujetos de protección, y las que tienen como propósito regular el procedimiento para hacerlas efectivas.

Como consecuencia de ello, en algunos casos resulta difícil distinguir si nos encontramos ante normas de fondo o de forma, resultando esto más notorio, en los casos de los Artículos 94 (De la restitución), 102 del CNA (Autorización Judicial para contraer matrimonio), entre otros.

A su vez, el examen general de las normas procesales contenidas en los Libros IV y V del Código de la Niñez, nos permite concluir, que nos encontramos ante una regulación procesal que pretende ser autónoma de las demás disciplinas procesales, aunque aún está lejos de lograrlo.

La parquedad de normas específicas de regulación de la forma, contenido y requisitos de la demanda, de la contestación, los casos en que procede la recusación y/o excusación de magistrados, fiscales y demás funcionarios, del régimen de las notificaciones, de los presupuestos de las medidas cautelares, de la actividad probatoria, determinando las pruebas admisibles y las prohibidas, las pruebas de oficio o medidas para mejor proveer, como igualmente una amplia y necesaria regulación de las

⁴ Desde el Artículo 192 en adelante.

formas, modos y requisitos de las resoluciones judiciales, tanto en lo que hace a los procesos seguidos en la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, como en la Jurisdicción Penal del Adolescente, hacen que las normas de aplicación supletoria (Código Procesal Civil y Código Procesal Penal), definidas por el mismo Código, adquieran un carácter trascendente y tengan un impacto importante al momento de desarrollar la labor interpretativa del sistema procesal establecido por el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Esta situación se traduce en la inexcusable necesidad de recurrir permanentemente a principios propios del procedimiento de la jurisdicción especializada, que en algunos casos reconoce la existencia de tensiones, que nos obliga a buscar el modo más adecuado de conjugar la vigencia de principios que aparecen como contrapuestos, tales como el de disponibilidad de la acción, de contradicción, tercero excluido y varios otros, frente al del interés superior del niño y el principio pro homine que dimana de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuya fuerza jurídica en el ordenamiento interno en la actualidad es indiscutible.

2. Concepto

Desde el punto de vista gramatical, *principio* (del latín *principĭum*), se define por la Real Academia de la Lengua Española, en sus seis primera acepciones, como: 1. m. Primer instante del ser de algo: 2. m. Punto que se considera como primero en una extensión o en una cosa: 3. m. Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia: 4. m. Causa, origen de algo: 5. m. Cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes: 6. m. Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta. U. m. en pl.

En atención a lo señalado por el organismo rector del lenguaje español, cualquiera de estas acepciones, resulta válida para concluir que los principios son el punto de partida o la idea fundamental que deben regir en el desarrollo de una actividad cualquiera.



Pérez Pinzón⁵, sostiene que “...desde el ángulo epistemológico, es una proposición universal que domina todas las ciencias o una proposición general que domina una teoría...”, y agrega que “...según el criterio de los estudiosos de la teoría general del derecho, un principio es una norma muy general, vaga, programática o finalística, representativa de los valores supremos del ordenamiento jurídico, dirigidas a los aplicadores del derecho, equivalente a regla legal (regula iuris), es decir, un enunciado o máxima del derecho, caracterizado por su considerable grado de generalidad; y estándar – modelo, patrón, tipo muy extendido –, motivo por el cual debe ser observada o cumplida en cuanto es una exigencia de justicia y equidad...”.

El Profesor argentino Alvarado Velloso⁶, aborda el punto señalando que “...Para comprender el planteo del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar que se entiende por principio, se trata simplemente de un punto de partida. Así como nadie puede caminar hacia ninguna parte (siempre que lo haga tomará una dirección hacia adelante, hacia atrás, etc.), este punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr...”, precisando que “...Si lo que se desea es un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza) ante un tercero (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que heterocompondrá el litigio si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los principios necesarios para lograrlo implica también como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema...”.

En el sistema jurídico nacional, el interés superior del niño, ha abandonado el plano meramente teórico, y ha sido consagrado por las normas escritas, aunque, sin abandonar su carácter de “...norma muy general, vaga, programática o finalística...” como lo señala Pérez Pinzón, ni su condición de “...líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia...”, al decir de Alvarado Velloso.

⁵ Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Los principios generales del proceso penal; Edit. Universidad del Externado de Colombia; 2004; pág. 19.

⁶ Adolfo Alvarado Velloso; Introducción al estudio del Derecho Procesal; Primera Parte; Rubinzal-Culzoni Editores; pág. 259.

3. El interés superior del niño como principio, análisis y desarrollo

La consagración del “interés superior del niño”, como norma general y línea directiva fundamental, se encuentra en el cuerpo del artículo 54 de la Constitución Nacional de 1992, cuando atribuye como responsabilidad del Estado “...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...”⁷, en perfecta sintonía con las disposiciones normativas internacionales, que reconocen en la Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños⁸, su primera regulación explícita y específica, que posteriormente se recogen en Declaración de los derechos del Niño⁹, y finalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰ de un modo más específico y taxativo, en el plano normativo interno, a los efectos de hacerlo operativo y obligatorio en el artículo 3 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que dice:

Artículo 3°.- Del principio del interés superior.

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.

Para determinar el interés superior o prevaleciente se respetarán sus vínculos familiares, su educación y su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Se atenderá además la opinión del mismo, el equilibrio entre sus derechos y deberes, así como su condición de persona en desarrollo.

⁷ Artículo 54. DE LA PROTECCIÓN AL NIÑO.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores.

Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.

⁸ 20 de diciembre de 1924.

⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1959.

¹⁰ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.



Esta disposición normativa, incluida dentro de las disposiciones generales del Código de la Niñez y la Adolescencia, que precede al desarrollo de las normas sustantivas y adjetivas o procesales, nos llevan a sostener que la misma constituye la línea directiva fundamental que debe ser imprescindiblemente respetada en la consideración, interpretación y aplicación de las demás normas que integran el ordenamiento legal especializado.

En el plano estrictamente procesal, este principio no es único, debe convivir con otros que son propios del sistema jurídico en general y del procesal en general.

La misma Constitución Nacional enuncia la vigencia de otros principios de carácter procesal, tal como el que surge del Artículo 16¹¹, que consagra el derecho ciudadano a ser juzgado por jueces y tribunales “...*competentes, independientes e imparciales*...”.

La idea de la imparcialidad del juez, supone la condición de este como tercero, extraño a la controversia, tal como enseña *Rita Mill*, al desarrollar su análisis sobre este aspecto, vinculado con el juez en la Jurisdicción Penal, cuando sostiene que “...*La imparcialidad es la condición de “tercero desinteresado” (independiente, neutral) del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses(del demandante o del demandado)... ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con estos; y la actitud de mantener durante todo el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia...*”¹².

A partir del principio de la imparcialidad del juzgador, se entiende y resuelven otros principios, como el de la igualdad de las partes litigantes, tal como lo afirma *Binder*, cuando sostiene que “...*la estructura adversarial significa la primacía del litigio*

¹¹ Artículo 16. DE LA DEFENSA EN JUICIO.

La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

¹² Manual de Derecho Procesal Penal de las Cátedras A, B y C de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, Ed. Ciencia, Derecho y Sociedad, Córdoba, 2003, p. 144; cit. por *Rita Mill*, Principios del Proceso Penal, XXVI Congreso de Derecho Procesal, Santa Fé, Argentina, junio 2011.

por sobre el trámite y el litigio presupone la “igualdad de armas” entre los contendientes. Esta igualdad de armas no sólo tiene un valor en sí misma, sino que ella es condición para que la imparcialidad deje de ser una mera fórmula, muchas veces confundida con virtudes morales abstracta y no con una posición concreta frente al caso también concreto...”¹³.

Del principio de imparcialidad del juzgador, se deriva igualmente el principio de congruencia procesal, que impide al juzgador fallar sobre cuestiones o puntos que no han sido objeto de la pretensión expuesta por los litigantes.

El aforismo latino que reza “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*” y que se traduce el juez debe juzgar según lo alegado y probado por las partes, constituye principio rector del Derecho Procesal moderno, que ha evolucionado desde la concepción medieval del juez que abandonando su rol de juzgador, para dedicarse a la búsqueda de la “verdad real” mediante la incorporación de pruebas de oficio, y determina los límites de la labor judicial en la sustanciación y resolución de procesos. La violación o trasgresión de estas limitaciones se traducen en la emisión de resoluciones que reconocen vicios de incongruencia, que se conocen como *extra petita*, *ultra petita* o *citra petita*, de las que derivan usualmente declaraciones de nulidad.

Esta misma situación de aparente dicotomía, entre principios procesales consagrados por nuestro ordenamiento jurídico interno, según se trate de fuero, jurisdicción y/o materia, es nada más que el reflejo de las normas internacionales sobre la materia.

Así, el texto del artículo 14 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, adoptado durante el XXI Periodo de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, expresa: “...*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...*”, en concordancia y coincidencia con las disposiciones previstas en la norma internacional de carácter regional que nos rige en materia de Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa

¹³ Alberto M. Binder; La fuerza de la inquisición y la debilidad de la Republica.



Rica), cuyo artículo 8, consagra, el derecho a contar con jueces competentes, independientes e imparciales “...*en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter...*”.

Estas disposiciones internacionales – conforme es posible advertir – consagran y garantizan la vigencia de los principios procesales referenciados en este análisis, lo que en apariencias pondría al margen del sistema procesal al juez activista, publicista o como quiera denominarse a aquel que, escapándose de las limitaciones que imponen dichos principios, ordenan la producción de pruebas de oficio, deciden otorgar más de lo demandado, algo distinto a ello.

En la órbita del sistema procesal del niño y el adolescente, pareciera levantarse un paradigma distinto, en contradicción con el anterior, que por encima de los principios de neutralidad o imparcialidad, es decir, de tercero excluido, autoriza al magistrado a desprenderse de las pretensiones de las partes y de la actividad probatoria de éstas, para privilegiar un “interés superior del niño” enunciado en términos etéreos, vagos e imprecisos, tal como está presente y enunciado, no solamente en el Código de la Niñez y la Adolescencia, sino en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989, cuyo artículo 3º, reza:

Artículo 3

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

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

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cum-

plan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

La lectura de este artículo permite obtener una garantía, dado que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos haciendo referencia específica a los tribunales, como sujetos obligados al compromiso de “atender” con carácter primordial “el interés superior del niño”.

Del total de cincuenta y cuatro artículos de la Convención, en siete (Arts. 3; 9; 18; 20; 21; 37; 40 y 41), se hace mención expresa al interés superior del niño, tanto en la consideración, promoción y protección de los derechos sustanciales reconocidos, como en cuanto a los criterios procesales que habrán de aplicarse en la tramitación de las causas judiciales en las que ellos se encuentren involucrados, sean de orden civil y/o penal.

Entonces, ¿cómo conciliar estos principios del Derecho Procesal en general (la imparcialidad del juez, la igualdad de armas y la congruencia procesal), con el principio específico del régimen procesal del menor? ¿Es posible hacerlo?

Ensayar una respuesta coherente y razonable no es tarea fácil, sobre todo si se considera que en el plano normativo internacional conviven las mismas aparentes contradicciones. Sobre todo, cuando los principios de carácter general forman parte esencial de ese conjunto de principios procesales que caracterizan lo que la doctrina denomina “debido proceso legal” o “proceso legal debido”.

La interpretación y aplicación adecuada de los postulados del artículo 40.2.b.iii, de la Convención sobre los Derechos del Niño, constituye un gran desafío y marca el verdadero fundamento de la coexistencia de todos los principios hasta aquí reseñados.

La norma mencionada expresa “...Que la causa será dirimida sin demora por una **autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial** en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al **interés superior del niño**, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales...”.



Como es posible advertir, en una misma disposición normativa se reafirman la vigencia del principio de la imparcialidad del juez, junto con el del interés superior del niño, proyectando un mensaje claro que representa el criterio rector que debe seguirse en la labor de interpretación y aplicación de la Convención toda, al igual que, de las normas internas que corresponden a los Estados dictar sobre la materia.

En el afán de ir decantando la respuesta adecuada al planteamiento, lo primero que debemos considerar es que, en términos reales, objetivos y formales, en las contencidas judiciales en el fuero ordinario de la niñez, el niño o adolescente no es parte. Para que se entienda mejor, no es litigante, sino sujeto y objeto del derecho respecto al cual se desarrolla la controversia.

La circunstancia de que la ley determine su derecho a “ser parte” ⁽¹⁴⁾ del procedimiento, más allá de su participación al solo efecto de “ser oído” permite que el niño y el adolescente puedan colocarse en la posición procesal de litigante, al reconocerle el derecho al ejercicio de la acción, de manera autónoma a la decisión y voluntad de sus padres, tutores o guardadores, sin perjuicio de la asistencia y acompañamiento que se le pudiera proveer desde la Defensoría de la Niñez, el Ministerio Público, e inclusive aquellos nombrados, que —en principio— ejercen su representación legal para estar en juicio, aunque ya no más de modo absoluto, sino relativo, como resulta de la redacción del artículo 167 ¹⁵ del Código de la Niñez y la Adolescencia, sobre

¹⁴ Artículo 168.- DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO.

Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los tutores, los Defensores, y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas, sin perjuicio de los casos de adopción, pérdida de la patria potestad y maltrato, en los que los Defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención.

¹⁵ Artículo 167.- DEL CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO.

El procedimiento tendrá carácter sumario y gratuito, respetando los principios de concentración, intermediación y bilateralidad.

Podrá ser iniciado a instancia del niño o adolescente, sus padres, tutores o responsables, la Defensoría de la Niñez o Adolescencia, el Ministerio Público o quienes tengan interés legítimo. Podrá igualmente ser iniciado de oficio por el Juez.

El Juez, para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función de su edad y grado de madurez.

Las sentencias del Juez serán fundadas y no tendrán carácter de definitivas, pudiendo ser modificadas y aun dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, toda vez que cesen las condiciones que las motivaron.

todo en controversias o conflictos que pueden presentarse entre sus intereses y los del menor.

El anterior criterio interpretativo de que el interés superior del niño se limita a consultar su opinión respecto a las decisiones judiciales que podrían afectarle, que pareciera sugerir la *Declaración y Programa de acción de Viena*, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos¹⁶ encarece a los Estados Partes “...*La no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados...*”, ha evolucionado hacia el reconocimiento de su legitimación procesal, es decir de su derecho a estar en juicio.

Desde esta doble mirada (el niño como sujeto de protección y el niño como litigante), se impone —en consecuencia— la necesidad de compatibilizar y armonizar los principios generales del Derecho Procesal, frente al principio que proclama el interés superior del mismo.

*Gonzalo Aguilar Cavallo*¹⁷, citando a *Diego Freedman*¹⁸, el Principio del Interés Superior del Niño expresa “...en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar los derechos de los niños conlleva una diversidad de opiniones en la doctrina acerca de si este deber de protección es absoluto, esto es, prevalece sobre todos los demás derechos o es relativo...” y agrega seguidamente que “...en realidad cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo menor para el niño, sino que cuando hablamos del interés superior, del interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos del niño...”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° 17/02 de 28 de agosto de 2002¹⁹ y en el Caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales*

¹⁶ 25 de junio de 1993.

¹⁷ *Aguilar Cavallo, Gonzalo*; El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Estudios Constitucionales, Año 6; N° 1, 2008, pp. 223-247

¹⁸ *Freedman, Diego*; “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Ius Gentium*, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, en <http://www.urgentium.unifi.es/surveys/latina/Freedman.htm>

¹⁹ Serie A N° 17, párrs. 37 y 53;



y otros) vs. Guatemala. Fondo ²⁰, ha sentado el criterio de compatibilidad entre el Principio del Interés Superior del Niño y los demás principios y garantías establecidos en otros instrumentos normativos internacionales de protección y promoción de derechos humanos, de alcance general, expresando: “...*Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño, forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 ²¹ de la Convención Americana...*”.

Entonces, a partir de lo expresado por la Corte IDH, debemos entender que las disposiciones contenidas en la Convención sobre los derechos del niño, en cuyo texto se inserta el reconocimiento del interés superior del niño, forman un todo armónico, correspondiendo a ésta última como instrumento destinado a fijar el contenido y alcances de las reglas y principios de carácter general, que se establecen en los demás instrumentos supranacionales sobre la materia.

En “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” ²², elaborado por la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se aborda –también– el punto dejando en claro que “...*la Comisión ha considerado que, a partir de la doctrina de la protección integral, sustentada en la misma CDN, por interés superior del niño debe entenderse la efectividad de todos y cada uno de sus derechos humanos...* (Párrafo 23).

El mismo documento enumera y analiza los “principios generales del sistema de justicia juvenil” desde la perspectiva de la complementariedad de las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño, y la Convención Americana de los Derechos Humanos, incluyendo en el catálogo elaborado, las garantías en el sistema de justicia, en cuyo desarrollo señala que “...*la Corte ha considerado que, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y*

²⁰ Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 194.

²¹ Artículo 19. Derecho del Niño. Toda persona tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

²² OEA/Ser.L/V/II.; Doc. 78; 13 julio 2011; Original: Español.

*garantías...*²³ (párrafo 146), agregando poco después, que “...*La Corte ha resuelto con absoluta claridad que la obligación de observar las normas y principios del debido proceso legal en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños abarca: [...] las reglas correspondientes a juez natural competente, independiente e imparcial, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos...*”²⁴ (Párrafo 149).

En estas condiciones, y a partir de los criterios claramente expuestos por los órganos supranacionales de protección de Derechos Humanos, no pueden caber dudas o especulaciones respecto a la complementariedad y especificidad de los principios consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, respecto a los recogidos con carácter general por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo tanto, en el plano procesal, no puede pretenderse el establecimiento de gradaciones ni la negación o mengua de éstos, respecto a aquellos.

Desechada la hipótesis de dicotomía, corresponde adicionalmente señalar que el reconocimiento y protección de los derechos del niño constituyen objeto del proceso, del cual éste participa como sujeto titular de los derechos en disputa, permite comprender la posibilidad de convivencia armónica entre el principio de imparcialidad del juzgador y el principio del interés superior del niño que aquel debe atender en todo momento, sin que ello signifique o autorice el desconocimiento, relativización o mengua de los principios, derechos y garantías, reconocidos a este y a los demás litigantes, por la legislación procesal interna y/o los Tratados y Convenciones Internacionales de carácter general.

En efecto, cuando el Código de la Niñez y la Adolescencia autoriza al juez a ordenar “...*de oficio la producción de otras pruebas que considere necesario...*”²⁵, debe

²³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 98.

²⁴ 150 Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, punto resolutivo N° 10.

²⁵ Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 174, penúltimo párrafo.



entenderse que dicha facultad está concebida (y concedida) en beneficio del menor, en protección de sus intereses. No como una autorización legislativa destinada a romper el equilibrio de oportunidades procesales de los litigantes, ni como medio lícito para reparar la negligencia de alguna de las partes, en beneficio de ésta, en perjuicio de la otra, sino como instrumento normativo que, utilizado adecuada y prudentemente por el magistrado, permitirá dictar una sentencia justa y equitativa que atienda los derechos y necesidades del menor, y no las pretensiones personales de los litigantes.

4. Conclusión

El principio del interés superior del niño en consecuencia, no es otra cosa que, parafraseando a Alvarado Velloso, citado más arriba, un punto de partida que debe ser visto “...*en función de lo que se pretende hallar o lograr...*”.

Lo que se pretende hallar o lograr mediante los procesos litigiosos que afectan de modo directo los derechos o intereses del menor, es precisamente que ellos tengan una posición privilegiada en la consideración del Magistrado, tanto en la tramitación de las causas judiciales, como en la solución y resolución de dichos conflictos.

Si en los pleitos ordinarios, uno gana y el otro pierde, en los procesos judiciales relacionados con menores, este concepto es mucho más amplio, pues los efectos del juicio, y de la sentencia, repercutirán indefectiblemente en el nivel de bienestar del niño. En todo caso, independientemente cuál de las partes en litigio gane o pierda, los derechos, intereses y el bienestar del menor sufrirá un impacto que merece ser medido con otros parámetros.

Así entendido, el principio del interés superior del niño no es excluyente de los otros principios procesales relacionados en este análisis, sino por el contrario, constituye una herramienta poderosa que permite su adecuación a las necesidades del sujeto objeto de protección en función de la edad y madurez del niño.

Piero Calamandrei, sostenía “...*El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego, es un tercero inter partes, o mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en connivencia o amistad con uno*

o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente..."²⁶.

En las enseñanzas del ilustre italiano se condensa con claridad la idea de un juez imparcial, despegado, extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto del proceso, aunque constreñido por intereses superiores, que —agregamos nosotros— afectan de manera directa o indirecta los derechos de niños se suma, con carácter prevalente, el interés superior de éste, independientemente de las pretensiones procesales defendidas por las partes.



²⁶ Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia*; Ara Editores; pág. 52.

REFLEXIONES DE ACTUALIDAD: RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL ESTADO

Current reflections: State social responsibility

LUIS FERNANDO SOSA CENTURIÓN ¹

RESUMEN

Debido a la creciente intervención en el Estado por el Poder Ejecutivo, consecuencia de la estructura tripartita de los poderes, y debido al desarrollo de actividades complejas que tiene por finalidad la satisfacción de las necesidades públicas y el fortalecimiento de los servicios por medio de los recursos necesarios para la ejecución estratégica del desarrollo socio-económico del país, es preciso analizar el contexto normativo que da sustento a la atribución de emitir y colocar títulos de deuda pública por parte del Poder Ejecutivo. El presente artículo es producto de una investigación realizada en la cátedra de Finanzas Publicas motivada por dicha situación.

Palabras clave: *deuda pública – bonos soberanos – presupuesto público – administración financiera.*

ABSTRACT

Due to the increasing intervention in the State by the Executive Power, as a consequence of the tripartite structure of the powers, and due to the development of complex activities whose purpose is the satisfaction of public needs and the strengthening of services through resources necessary for the strategic execution of the socio-economic development of the country, it is

¹ Profesor Titular de Finanzas Públicas, Profesor Titular de Derecho Agrario Asistente de Derecho Constitucional (Notariado), Coordinador General de Cursos de Postgrado y Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA y Ambiental,



necessary to analyze the normative context that supports the attribution of issuing and placing public debt securities by the Executive Branch. This article is the product of an investigation carried out in the Chair of Public Finance motivated by this situation.

Keywords: *public debt - sovereign bonds - public budget - financial administration.*

La teoría de la Responsabilidad del Estado en el nivel de ingreso nacional, antecede a la concepción del Estado para dar cumplimiento a los fines por medio de la Constitución Nacional que le son encomendados, requiere de la captación de recursos, en este sentido, la Economía Social de Mercado² sostiene dentro de la economía actual de los Estados los medios para lograr finanzas estables como fuente de desarrollo de actividad industrial o comercial por medio de las rentas que se perciben.

En cumplimiento de los fines que por medio de la Constitución Nacional (1992), le son encomendados en una economía funcional del Estado, y se efectúan actividades financieras, en tres procesos:

1. Obtención de ingresos aplicados al desarrollo económico-social.
2. Manejo de los recursos obtenidos y la administración y explotación de los bienes patrimoniales.
3. Realización de conjunto de erogaciones para el sostenimiento de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos.

Véase Alesina A. y R. Perotti – 1990 – Fiscal Adjustment in OECD Countries: Composition and Macroeconomics effects. IMF Staff papers 44 (2), 210 – 248.

² **Economía Social de Mercado:** La organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa. Alfred Muller Armack en su obra “*Dirección económica y economía de mercado*” (Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft), escrita en 1946. Post Keynesiano.

Cualquier economía de riesgo en sus cálculos, debe ser responsable y generada en una política económica que sea productiva en aumento y constante dinámica, reducción del desempleo, libre de presiones inflacionarias y por sobre todo estable en su proyección de desarrollo social.

Es así, que cuando el Estado carece de Recursos Financieros-presupuestarios, se puede recurrir a la emisión de Bonos (para obtener fondos económicos de su emisión y colocación).

La Ley 1535/99, de Administración Financiera del Estado Paraguayo, Art. 40, determina que “los fondos provenientes de la deuda pueden ser utilizados exclusivamente en pago de deudas o en inversiones”.

Título fiduciario de deuda pública ³

BONO/S: Es un papel Fiduciario de deuda. Cuando es emitido por un Gobierno-Estado, suele ser para financiación de determinados proyectos públicos (Bonos del Tesoro sobre la Deuda Pública).

Dino Jarach, dice que “la Deuda Pública es la deuda del Estado o de Entes Públicos descentralizados o territoriales”. La Deuda Publica es la que contrae el Estado. Un empréstito público, cuando es objeto de contrato, se puede clasificar la Deuda Pública y sus variantes según plantean modalidades de emisión (origen de la deuda, cláusulas de contratación, condiciones de legalidad, etc.).

Los Estados Soberanos suelen ajustar las condiciones de emisión y negociación a los Acuerdos monetarios y financieros de BRETTON WOODS (Fondo Monetario Internacional – FMI). Empréstitos externos de los países miembros, con modalidades especiales. Bonos soberanos.

³ **FIDUCIARIO:** (Acepción), circulación fiduciaria. “Que depende del crédito y confianza que merezca”. (Dicc. Real Acad., Diccionario OMEBA).



LA EMISIÓN DE BONOS⁴, pueden reportarse como: Regulares e irregulares. Se tornan “irregulares” cuando la aprobación legislativa resulta incierta, dudosa al momento de la exigencia de pago (colocación en moneda extranjera, con regulaciones legales extranjeras y otras jurisdicciones).

Tratándose de recursos presupuestarios, los créditos vía empréstitos, deben ser integrados al Presupuesto General de la Nación (Art. 216 y 217 de la Constitución Nacional), donde es concordante al art. 19 inciso c) de la Ley N° 1535/99. Determina que seguirá vigente el presupuesto del año en curso “cuando producida la objeción total, ambas cámaras no confirmaron la sanción inicial del Congreso”. Véase, el art. 185 de la Constitución Nacional, y art. 195 del Código Penal vigente.

Normativa aplicable

– La Constitución Nacional es la Ley suprema de la República y Principio de la legalidad. (Art. 137). Y el art. 202 de la Constitución Nacional inciso 5) dice “SANCIONAR anualmente la Ley del presupuesto General de la Nación” Inciso: 10) Aprobar o rechazar la contratación de empréstitos. Inciso 12) dictar Leyes para la organización de la Administración de la República... y para el ordenamiento del Crédito Público. Concuerda con el Art. 3 de la Constitución Nacional: “El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El Gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control”.

– Aprobación por todos los instrumentos legales de un Estado (Paraguay).

La evolución histórica del saldo de la deuda externa se encontraba estable hasta el 2012. En el 2013 comenzó el aumento progresivo y llegó a duplicarse para el 2015. Si la tendencia continua, la deuda externa podrá triplicarse para el año 2018. La deuda interna también ha sufrido aumentos, ya que en la actualidad ha sobrepasado el doble del valor de la deuda existente en el 2011.

La ley de Mercado de Valores N° 1284 promulgada el 28 de julio de 1998, regula la oferta pública de los valores y sus emisores, los valores de oferta pública, de las

⁴ Es un valor debido como obligación de pago por la confianza que representa un Estado Soberano.

bolsas de valores y la Comisión Nacional de Valores. En la referida Ley se establece que toda oferta pública requería la autorización previa de la comisión y su respectiva inscripción en el registro del Mercado de Valores.

En su Art. 49 se dispone en cuanto los bonos que la oferta pública de valores representativos de la deuda se podrá efectuar mediante bonos, en concordancia con las demás disposiciones de la Ley, en las resoluciones dictadas por la comisión y en forma supletoria, en aquellas disposiciones que no contravengan sobre obligaciones negociables o debentures contenidas en el Código Civil Paraguayo.

La Ley 5097/13 dispone medidas de modernización la Administración Financiera del Estado y establece el régimen de cuenta única y de los títulos de deuda del Tesoro Público. Determina en su Artículo 11 que los Títulos de Deuda del Tesoro Público "... deberán ser emitidos, previa autorización por la Ley del Presupuesto General de la Nación y se clasificarán en las siguientes categorías: a) Letras del Tesoro Público ... b) Bonos del Tesoro Público". Los recursos obtenidos por la colocación de Bonos del Tesoro Público serán destinados para el financiamiento de inversiones públicas **Productivas** y el principal del servicio de la deuda pública.

Además, la legislación establece que es función del Poder Ejecutivo, como administrador del Estado, a través del Ministerio de Hacienda, emitir, negociar, colocar, mantener en circulación y rescatar estos títulos de deuda (Ley 5097/13, Art. 12). Los Bonos soberanos constituyen obligaciones soberanas que gozan de la garantía del Estado Paraguayo, siempre y cuando sean emitidos conforme a los requisitos legales exigidos, es decir, aprobados por el Congreso y emitidos-negociados por el Ministerio de Hacienda.

La colocación de los Títulos de Deuda del Tesoro Público se realiza a través del Banco Central del Paraguay, Bolsa de Valores u otros agentes financieros autorizados, o directamente por el Ministerio de Hacienda en el país o en el exterior.

Una vez que los títulos son colocados, los tenedores de títulos reciben los intereses y los pagos del principal, de acuerdo con los procesos que implementados bajo el sistema electrónico o conforme resultan del sistema de emisión y administración de títulos públicos establecidos por reglamentación del Poder Ejecutivo.

La LEY 1.421/99 QUE AUTORIZA AL PODER EJECUTIVO A EMITIR BONOS DEL TESORO NACIONAL EN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EN GUARANÍES A LOS EFECTOS DEL SANEAMIENTO FINANCIERO. EL CONGRESO DE LA



NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE LEY. CAPITULO I BONOS EN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Artículo 1º.- Autorización de emisión. Autorízase al Poder Ejecutivo a emitir bonos del Tesoro Nacional denominados en dólares de Estados Unidos de América hasta el equivalente de capital de USD 400.000.000, (cuatrocientos millones de dólares estadounidenses). Los títulos deberán llevar la firma impresa del Ministerio de Hacienda y el Director General del Tesoro. Ampliando por la Ley 1.441/99.

LEY 1.441/99 QUE MODIFICA Y AMPLIA LOS ARTÍCULOS 1º, 3º, 8º, Y 9º DE LA LEY Nº 1.421, QUE AUTORIZA EL PODER EJECUTIVO A EMITIR BONOS DEL TESORO NACIONAL EN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EN GUARANÍES, A LOS EFECTOS DEL SANEAMIENTO FINANCIERO EL CONGRESO DE LA NACIÓN PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE LEY.

Artículo 1º.- Modifícase los artículos 1º, 3º, 8º y 9º de la Ley Nº 1.421 del 10 de mayo de 1999, QUE AUTORIZA AL PODER EJECUTIVO EMITIR BONOS DEL TESORO NACIONAL EN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EN GUARANÍES, LOS EFECTOS DEL SANEAMIENTO FINANCIEROS, cuyos textos quedan relacionados de la siguiente manera “Artículo 1º.- Autorización de emisión. Autorízase al Poder Ejecutivo a emitir Bonos del Tesoro Nacional denominados en dólares de los Estados Unidos de América hasta el equivalente de un capital USD 400.000.000 (cuatrocientos millones de dólares estadounidenses).

Ley 1535/99, de Administración Financiera, exige que el financiamiento a través de “Bonos” estén aprobados por la Ley del Presupuesto vigente en el año respectivo (Art. 40 y sgte.).

Consideraciones de Doctrinas:

El tratadista *Giuliani Fonrouge* dice: Respecto a la reconducción tacita del Presupuesto de la Nación, que: “... *no alcanza a los créditos sancionados por una sola vez, cuya finalidad hubiera sido satisfecha*”.

En concordancia al art. 195 del Código Penal vigente (Promoción fraudulenta de inversiones), el tratadista *Giuliani Fonrouge*, expresa: en relación a las actuaciones del Poder Administrador, lo siguiente: “*Giuliani Fonrouge*: ... en los últimos tiempos se ha manifestado una tendencia a disminuir la autoridad del Poder Legislativo, colocándola en una situación de pasividad con respecto al ejecutivo, contraria a los

principios del derecho público... Ello obedece, por una parte, a la tendencia al cesarismo tan funesta en América Latina y que se manifiesta por la absorción de facultades por parte del Poder Ejecutivo, y por otra, a la pasividad del Congreso frente a los avances de aquel, ya que, por una mal entendida solidaridad política, consiente la transferencia de facultades indelegables... Por ello rechazamos el concepto de *que en los empréstitos irregulares no puede hablarse de consecuencias jurídicas, sino de problemas de responsabilidad política del Ejecutivo ante el Poder Legislativo*... y ... ante los suscriptores víctimas de la inobservancia de los requisitos legales. Estas responsabilidades son amplias, civiles y penales; de orden jurídico con respecto a los particulares tenedores de títulos públicos y de orden político frente al cuerpo legislativo”.

El artículo 43 de la Ley 1535/99 concordante con el artículo 202, numeral 10), de la Constitución Nacional establece: “Los contratos de empréstito serán válidos y exigibles solo en caso de ser aprobados por ley del Congreso”.

En el Paraguay, recientemente, el Poder Ejecutivo ha vetado totalmente el Presupuesto General de la Nación para el año 2017, ello ha creado dudas, e incertidumbre sobre el carácter “regular-legal”, de la calidad y facultad de emitir “Bonos públicos” ya contemplados y **utilizados en el presupuesto del año 2016.**

Infografía del veto al Presupuesto 2017

15-XII-2016; se sanciona la Ley del Presupuesto General de la Nación.

26-XII-2016; Poder Ejecutivo veta totalmente el Presupuesto General de la Nación.

29-XII-2016; la Cámara de Diputados acepta el veto del Poder Ejecutivo.

30-XII-2016; El Ministerio de Hacienda recurre a la Corte Suprema de Justicia.

14-II-2017; Sala Constitucional de la C.S.J. emite el Ac. y Sent. N° 81 del 24-II-2017 s/ Declaración de Certeza Constitucional. Arts. 217 y 202 inc. 10) de la Constitución Nacional, y resuelve:

“Hacer lugar a la Acción Declarativa de Certeza Constitucional promovida por el Ministerio de Hacienda, dejando establecido que la Ley N° 5.554/2016 “Que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2016” se encuentra plena e íntegramente vigente en el presente Ejercicio Fiscal 2017, incluyendo la previsión del art. 73, siguientes y concordantes de la citada Ley, conforme a los fundamentos



expuestos en el exordio de la presente resolución”. Fdo: Raúl Torres Kirmser, Miriam Peña Candia y Antonio Fretes (Ministros). Ante mí: Abog. Julio C. Pavón Martínez (Secretario).

Evolución de las colocaciones de Bonos Soberanos de la República del Paraguay.

En 2015, el Ministerio de Hacienda lanzó la reapertura realizada en el 2013 con el gobierno de Federico Franco de USD 280 millones de bonos soberanos con vencimiento al año 2023 a 4,15% de interés a través de las entidades colocadas Bank of América Merrill Lynch y JP Morgan.

En 2016, colocó por USD 600 millones, a tasa de interés de 5% y vencimientos en 2026; y en marzo del actual ejercicio emitió USD 500 millones, a tasa de interés de 4,7% y vencimientos en 2027.

El plazo para la devolución de la totalidad de dinero es de 10 años y se habla de un interés del 4,7%.

El Gobierno Nacional planea realizar el próximo año su quinta colocación de bonos soberanos y, para ello, incluir en el proyecto de Presupuesto General de la Nación 2018 una emisión de alrededor de USD 500 millones. Este monto se maneja a nivel técnico del Ministerio de Hacienda, aunque todavía falta la definición final, pues el proceso de elaboración del plan de gasto entra en etapa de consolidación en agosto/2017.

La nueva emisión proyectada servirá en gran parte para refinanciar la deuda que vence y a una menor parte se destinará a inversiones en infraestructura, llevada a delante principalmente por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC).

La colocación de Bonos Internacionales que el Paraguay realizó el 22 de marzo/2017, registró el menor Spread Soberano (nivel de riesgos país) de todas las emisiones con el mismo plazo de madurez de 10 años, según comunicó el Ministerio de Hacienda.

Además, destaca el Ministerio de Hacienda “el apetito de los inversionistas por los bonos paraguayos, expresado en una demanda de 3.018 millones de dólares, fue 6 veces superior al monto de la emisión de 500 millones de dólares” (ultima colocación).

El análisis que antecede es producto de una investigación realizada en la cátedra de Finanzas Publicas, debido a la creciente intervención en el Estado por el Poder Ejecutivo, consecuencia de la estructura tripartida de los poderes, y debido al desarrollo de actividades complejas que tiene por finalidad la satisfacción de las necesidades públicas y el fortalecimiento de los servicios por medio de los recursos necesarios para la ejecución estratégica del desarrollo socio-económico del país.

Véase veto del Poder Ejecutivo al Presupuesto aprobado para el año 2017, y la aplicación del art. 217 de la Constitución Nacional.



EL MANDATO, LA REPRESENTACIÓN, Y EL PATROCINIO EN EL PROCESO PENAL

The mandate, the representation, and sponsorship in the criminal procedure

CARLOS LUIS MENDOZA PEÑA¹

RESUMEN

El presente trabajo pretende influir la correcta aplicación e interpretación de la representación procesal en el proceso penal, mejorando la mala praxis evidente de los procesos penales en cuanto a la participación y aceptación de poderes sin los requisitos mínimos de la práctica notarial en concordancia con el código civil y su regulación, ya que incluso los profesionales afirman que supuesta jurisprudencia de la Corte acepta “*Poder General Con Cláusulas Especiales*” para llevar adelante un proceso penal, existiendo resoluciones judiciales de jueces en ese sentido, circunstancia a mi criterio ilegal.

Palabras clave: *poder especial, poder general, mandato, convención.*

ABSTRACT

This paper aims to influence the correct application and interpretation of procedural representation in the criminal process, improving the evident malpractice of criminal proceedings in terms of participation and acceptance of

¹ Abogado (UNA), N. y E. Público UNA), Magister CMPCEN, Doctor en Ciencias Jurídicas (UNA), Auxiliar del Comercio (Despachante De Aduanas y Agente De Transporte), Profesor Adjunto de Procesal Penal en la Jefatura de la 1ra. Cátedra Turno Noche (UNA) Sede Central, Profesor Adjunto Criminología en la jefatura de la 2da. Cátedra Turno Mañana (UNA) Sede Central, Coordinador del Consultorio Jurídico (DER/UNA), Asambleísta Representante por el Estamento Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales ante el Rectorado de la UNA.



powers without the minimum requirements of notarial practice in accordance with the code civil and its regulation, since even the professionals affirm that supposed jurisprudence of the Court accepts “General Power with Special Clauses” to carry out a criminal proceeding, existing judgments of judges in that sense, circumstance in my illegal criterion.

Keywords: *special power, general power, mandate, convention.*

El mandato, la representación, y el patrocinio en el proceso penal

En cualquier proceso judicial o mejor dicho en la mayoría de los procesos judiciales, es requisito necesario el patrocinio de un abogado para las presentaciones, en especial para los que reclaman algún derecho que a su criterio le corresponde, esto surge en general del Código de Organización Judicial² en principio en concordancia con el Art. 73³ del C.P.P., es así que en la generalidad se exige el patrocinio por un profesional, inscripto en la matrícula de la Corte Suprema De Justicia, excepto en los procesos ante los Juzgado De Paz, Garantías Constitucionales y Procedimientos Especiales. Esto no quiere decir que el abogado no pueda patrocinar escritos en estas excepciones y que no pueda regular sus honorarios⁴, ya que no se presume la gratuidad en el ejercicio de la profesión o trabajo.

² **Art. 87.-** Toda persona física capaz puede gestionar personalmente en juicio, bajo patrocinio de abogado, sus propios derechos y los de sus hijos menores, cuya presentación tenga. Fuera de estos casos quien quiera comparecer ante los Juzgados y Tribunales de la República debe hacerse representar por procuradores o abogados matriculados.

Art. 88.- Los Jueces y Tribunales no darán curso a los escritos que se presentaren sin cumplir este requisito. Quedan exceptuadas las actuaciones ante la Justicia de Paz y los del recurso de Habeas Corpus, y del Amparo, y otros casos establecidos por leyes especiales.

Art. 89.- Para ejercer la abogacía ante Jueces y Tribunales se requiere:

- a) Título de abogado expedido por una Universidad Nacional, o extranjera debidamente revalidado; y
- b) Mayoría de edad, honorabilidad y buena conducta debidamente justificadas.

³ **Artículo 73. ABOGADO MATRICULADO.** La querella deberá ser patrocinada por un abogado matriculado quien podrá ejercer directamente las facultades del querellante, salvo las de carácter personal o cuando exista una reserva expresa en la ley o en el mandato.

⁴ El proceso puede ser gratis, pero si la persona requiere la participación de un profesional debe abonar sus honorarios, o sea el proceso en cuanto a tasas judiciales, es gratis, a lo

Desde este momento debemos de tener claro que “*el patrocinio*” es una función de los Códigos, generalmente procesales, es un requisito, de que ese escrito, de la persona que acude a solicitar él o su derecho, está controlado (asesorado) por el profesional de la matrícula, en el ejercicio de la técnica judicial que le otorgó el estudio de su formación en la profesión de abogado y autorizado legalmente para dicho ejercicio, esto de manera a no realizar ningún acto que pudiera derivarse en mala praxis o abuso del ejercicio de su profesión o en el escrito mismo, por la utilización de palabras o frases indecorosas⁵, en el Código Procesal Civil mala fe⁶, entendiéndose que el patrocinio acarrea participación subsidiaria (para el profesional del foro)

mejor la constitución del juzgado o secretarios, etc. Pero los honorarios profesionales de profesionales liberales no son gratis incluso cuando no se requiere el patrocinio para dichos procesos, pero al ser patrocinado el profesional ya ha efectuado se supone un servicio.

⁵ DEBERES DE LAS PARTES

Artículo 112. BUENA FE. Las partes deberán litigar con buena fe, evitando los planteos dilatorios y cualquier abuso de las facultades que este código les concede. No se peticionará la prisión preventiva del procesado cuando élla no sea absolutamente necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento.

Las partes no podrán designar durante la tramitación del procedimiento, apoderados o patrocinantes que se hallaren comprendidos respecto del magistrado, en una notoria relación para obligarlo a inhibirse por cualquiera de las causales enumeradas en el artículo 50 de este código. Los jueces cancelarán todo nombramiento o patrocinio que se haga infringiendo esta prohibición, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en este código. Los abogados designados por el imputado en su primer acto de intervención en el procedimiento, estarán exentos de esta prohibición.

Artículo 113. PODER DE DISCIPLINA. Los jueces velarán por la regularidad del litigio, el ejercicio correcto de las facultades procesales y la buena fe. No podrán, bajo pretexto de incurrir en faltas disciplinarias, restringir el derecho de defensa o limitar las facultades de las partes.

En todo lo demás serán aplicables a la naturaleza del procedimiento penal, las normas previstas en el Código Procesal Civil.

Artículo 114. SANCIONES. Cuando se compruebe mala fe o se litigue con temeridad, los jueces podrán sancionar hasta con cien días multa en casos graves o reiterados y, en los demás casos, con hasta cincuenta días multa o apercibimientos. Para la aplicación de la multa regirá lo establecido en el Código Penal.

Antes de imponer cualquier sanción procesal se oír al afectado.

Las sanciones procesales son apelables con efecto suspensivo.

⁶ **DE LOS DEBERES DE LAS PARTES** Art. 51.- Buena fe y ejercicio regular de los derechos. Las partes deberán actuar en juicio con buena fe, y no ejercer abusivamente los derechos



en las responsabilidades del ejercicio del derecho Art. 55⁷ C.P.C.

Sin embargo “el poder”, ya sea *general* o *especial*, es la función que cumple un profesional del derecho o cualquier otra persona para actuar en nombre y representación de otro (del poderdante), allí surge del mandato previsto en el Código Civil, Capítulo VII; a partir del art. 880 del referido código.

El mandato es un contrato bilateral, generalmente donde una persona autoriza a otra a realizar actos específicos o generales, de ahí la discriminación entre poder “*especial*” o “*general*” y regulado por el código civil, el cual lo encontraremos en un capítulo VII, desde el artículo 880.

En efecto, dicho artículo determina: “*Por el contrato de mandato una persona acepta de otra, poder para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos.*”

El mandato tácito resultará de hechos inequívocos del mandante, de su inacción o silencio, o cuando en conocimiento de que alguien gestiona sus negocios o invoca su representación no lo impidiere, pudiendo hacerlo”.

El proceso penal⁸ es un proceso especial, que se aparta del proceso civil, que es la rama principal y que proviene del Derecho Romano, como yo suelo definir para explicar las diferencias en cuanto a su aplicación e interpretación, ya que en el Proceso Civil, las partes se encuentran en un mismo pie de igualdad, sin embargo en el proceso penal, donde está en juego la libertad de la persona, a quien el derecho le ha otorgado el segundo valor jurídico protegido después de la vida, el propio Estado le otorgó un poder coercitivo al Ministerio Público⁹, que es el órgano extra poder de

que les conceden las leyes procesales.

⁷ **Art. 55.- Responsabilidad conjunta.** Los profesionales que haya intervenido como apoderados o patrocinantes, serán responsables conjuntamente con sus representantes o patrocinados, por las consecuencias emergentes de la admisión de la mala fe o del ejercicio abusivo de derechos, salvo que de las constancias de los autos respectivos resulte que el motivo en el cual se fundó la imputación, no le sea atribuible y así se declare.

⁸ El proceso penal, es un conjunto de normas que utiliza el estado para aplicar el IUS PUNIENDI, mediante el debido proceso garantizando la participación democrática, digo que es especial porque el estado puede una vez ejercitado la investigación imponer una pena contra uno de los valores protegido (el Segundo después del valor jurídico vida) que es la libertad.

⁹ Órgano extra poder, Constitución Nacional art. 268 legitimación social.

representación social para perseguir los delitos que afectan la convivencia social, otorgándole la legitimación activa, dicho de otro modo la propia víctima¹⁰, dentro del proceso penal, participa con una querella adhesiva¹¹ que como su nombre lo dice, “*se adhiera*” a la pretensión punitiva estatal que tiene el Ministerio Público en su rol y de característica Constitucional¹², el imputado es la persona más débil de la relación procesal y se le otorga una desigualdad objetiva (participa con una “**carta poder**” parafraseando al *Dr. Irala Burgos basta simple cara poder*).

Ahora bien, el proceso penal, al igual que cualquier proceso, puede ser ejercido directamente por la persona quien tiene legitimación, ya sea activa o pasiva, sin embargo existe en el proceso penal, una calidad y condición específica, como he dicho antes, dentro de un proceso especial donde está en juego primero la convivencia social, luego la libertad de locomoción de las personas, en ese contexto el legislador considero que para ejercer el mandato, se debe utilizar un Poder Especial¹³ y como decía el profesor Encina parafraseando al Dr. Jerónimo Irala Burgos un “*poder especialísimo*”.

¹⁰ **Artículo 67. CALIDAD DE VÍCTIMA.** Este código considerará víctima a:

1) La persona ofendida directamente por el hecho punible;

¹¹ **Artículo 291. QUERELLA.** La querella adhesiva o autónoma, según el caso, se presentará por escrito, ante el juez penal, y contendrá:

¹² Artículo 268. DE LOS DEBERES Y DE LAS ATRIBUCIONES.

Son deberes y atribuciones del Ministerio Público:

1) Velar por el respeto de los derechos y de las garantías constitucionales;

2) Promover acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas;

3) Ejercer acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la Ley;

4) Recabar información de los funcionarios públicos para el mejor cumplimiento de sus funciones, y

5) Los demás deberes y atribuciones que fije la Ley.

¹³ **Artículo 71. REPRESENTANTE CONVENCIONAL.** La querella podrá ser ejercida por mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales. El representante convencional deberá presentar el instrumento que acredite el mandato al pedir su intervención.



Porque “*Poder Especial*”, recordando la explicación Dr. Encina, que en dicho poder, es especial porque en el instrumento deben de constar expresamente las autorizaciones y actos autorizados, de manera a que el profesional del foro no se aparte de las atribuciones y autorizaciones referentes a los actos y los hechos denunciados y/o autorizados, es así que se deben determinar concretamente cuales son los hechos que deberán debatir eventualmente con las pruebas obtenidas o diligenciadas por las partes, por ese motivo, en el poder especial debe existir de ser posible un relato de los hechos, por supuesto sin adecuar al derecho (tipo penal según el artículo del C.P.), con estos parámetros el abogado mediante la convención hará su labor profesional asistencia técnica jurídica, y no podrá apartarse de la autorización concedida en dicho instrumento.

En el ejemplo de clases recuerdo que decía que: “...se le otorgó un poder especial a un profesional para querellar por “homicidio culposo”, y en el relato de los hechos de la querella, el profesional relato que el autor mató a la víctima en forma “alevosa”, **alevosía es indefensión de la víctima** y en sus 2 modalidades aguato y proditorio ocultación moral y material respectivamente, y en homicidio culposo no puede existir alevosía, ya que antes cuando se hablaba de culposo, eran actos ejecutados con negligencia, impericia, o imprudencia y no con indefensión, por ese motivo y extralimitándose de su autorización convencional la causa se perdió, ya que no se pudo probar la alevosía invocada por el profesional (es el extremo pero valga el ejemplo).

Para una mejor explicación y para comprender lo que es el poder especial, alcance y características debemos recurrir al Código Civil y su regulación, así entenderemos en primer lugar qué es el poder y luego para qué se usan el *Poder General* y el *Poder Especial*, donde entra el poder especial previsto en la legislación procesal penal.

Al inicio ya apuntamos lo que expresa el Código en relación al mandato con características peculiares y de obligación y deberes por las partes, que participan como consecuencia del contrato del mandato o poder, entre ellas son: es una relación convencional, onerosa, con deberes y obligaciones de las partes, tanto otorgantes como otorgado, se puede inscribir en un registro, organizado por el Poder Judicial, reformable, revocable expresa o tácitamente, general o especial, entre otras características.

Como dijimos el poder puede ser “*General*” o “*Especial*” y a la vez estos pueden ser “*amplios*” o “*restringidos*”, esta circunstancia se dispone en el artículo 883¹⁴ del Código Civil y lo denomina de gestión libre, es importante también señalar aquí, que el Poder Judicial cuenta con un registro de poderes, de manera, a que en algún momento se pueda recurrir a él, en los procesos para buscar representación o verificar la vigencia del contrato conforme a dicho registro o inscripción teniendo en cuenta la rescisión o resolución y si esta es tacita o expresa, acorde a la fecha del proceso de inscripción y otorgamiento, para que surta efecto contra terceros, o si el poderdante ha otorgado otro poder sin revocar el anterior o bajo qué circunstancias ha otorgado un nuevo poder.

Algunos procesos como el penal requieren un poder especial y a la que me dirijo para determinar y exponer una postura preocupante, en el ejercicio profesional y la mala comprensión (mala praxis), a mi criterio, del uso de ese poder especial.

El poder especial tiene una característica muy relevante para la relación jurídica y en especial procesal, ya que dicho poder es y debe ser otorgado para un negocio en concreto y que una vez finiquitado dicho negocio o asunto dicho poder debe quedar sin valor alguno o hasta que con otro poder especial revoque o de lo contrario amplíe dicho poder y repito, *para cada caso particular*.

Es así que el Código Civil, establece taxativamente actos que necesariamente se deben de realizar con este tipo de *Poder Especial*, incluso a pesar de consentir la realización o representación con este mandato requiere la confirmación por el titular del derecho por resultar a criterio del legislador un acto personalísimo.

El **art. 884.-** expresa “Son necesarios poderes especiales, para los actos siguientes:

- a) Efectuar los pagos que no sean ordinarios de la administración;
- b) Novar obligaciones existentes al tiempo del mandato;
- c) Transigir, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicción, renunciar al derecho de apelar o a prescripciones adquiridas;

¹⁴ **Art. 883.-** El mandato concebido en términos generales, sólo comprenderá los actos de administración, aunque el mandatario declare que no se reserva ningún poder, o que el mandatario puede hacer cuanto juzgue conveniente, o existiere cláusula general y libre gestión.



- d) Hacer renuncia gratuita, o remisión, o quita de deudas, a no ser en caso de concurso del deudor;
- e) Efectuar cualquier acto a título oneroso o gratuito tendiente a constituir, transmitir, renunciar o extinguir derechos reales sobre inmuebles. El poder especial a que se refiere este inciso, no comprende la facultad de hipotecarlos o transferir derechos reales por deudas anteriores al mandato;
- f) Hacer donaciones, excepto las recompensas de pequeñas sumas al personal de la administración. El poder expresará los bienes que se donare y el nombre de los beneficiarios;
- g) Revocar las donaciones ya hechas, debiendo designarse al donatario;
- h) Dar o recibir dinero en préstamo, a no ser que la administración consista en realizar esos actos, o que ellos fueren consecuencia de la misma, o los exigiere la conservación de los bienes confiados al mandatario;
- i) Dar en arrendamiento por más de cinco años inmuebles que estuviere a cargo del apoderado;
- j) Constituir al mandante en depositario, a no ser que el poder consista en recibir depósitos o consignaciones, o que ellos fueren consecuencias de la administración;
- k) Obligar al mandante a prestar cualquier servicio, como locador, o gratuitamente;
- l) Formar sociedad; constituir al mandante en fiador;
- m) Aceptar o repudiar herencias;
- n) Reconocer o confesar obligaciones anteriores al mandato;
- ñ) Recibir en pago lo adeudado al mandante, a menos que el cobro pueda considerarse como medio de ejecutar el mandato; y
- o) Ejecutar aquellos actos del derecho de familia, susceptibles de realizarse por terceros. La escritura pública necesaria en el caso de este inciso, deberá especificarlos y mencionar la persona respecto de la cual se confirió el mandato.

Y el art. siguiente es lo que concierne al proceso penal

Art. 885.- El mandato especial *para ciertos actos de una naturaleza determinada*, debe limitarse a ellos, sin extenderse a otros análogos, aunque éstos pudieren considerarse consecuencia natural de los que el mandante hubiere encomendado.

Que según el C.P.P., en su **Artículo 71. REPRESENTANTE CONVENCIONAL**. La querella podrá ser ejercida por mandatario con poder especial, que cumpla con los requisitos legales. El representante convencional deberá presentar el instrumento que acredite el mandato al pedir su intervención.

Siguiendo con lo previsto en los artículos del Código Civil, tenemos que los poderes especiales como solía manifestar en clases el Dr. Encina Marín parafraseando al Dr. Irala Burgos, el “Poder Especial Del Proceso Penal” es un poder especialísimo, ya que en él debe estar el relato de los hechos y la autorización que otorga el poderdante, esto en principio, ya que si el poder se otorga en términos amplios, el abogado puede hacer todo lo que el código procesal¹⁵ lo autoriza en términos procesales se entiende, pero este poder aunque sea otorgado en términos amplios tiene vigencia limitada, o sea dicho de otro modo, hasta que el negocio, en este caso el conflicto social entre víctima e imputado haya terminado por alguna de las formas que el Código Procesal pone fin al proceso penal, valga la redundancia.

Ahora bien, si ese poder especial es otorgado en términos restringidos¹⁶ hay que tener cuidado qué actos procesales y en qué etapa esta otorgado al abogado a ejercer dichos actos en nombre y representación del que tiene la legitimación activa o pasiva.

Un caso en el que noté las características de descripción de actos por etapa del proceso penal, me llamó la atención, en primer lugar, que otorgó un Poder Especial

¹⁵ Es importante verificar algunas circunstancias de ese poder especial otorgado en forma amplia para realizar todos los actos procesales previsto en la ley procesal, cuando se plantea una acción o excepción de inconstitucionalidad que se rige por el código procesal civil y que no está en el artículo 329 del C.P.P., si es que esta circunstancia no está expresamente el abogado está restringido de utilizar dichos actos procesales que están en el código procesal civil

¹⁶ **Art. 891.-** El mandatario deberá:

a) Ejecutar fielmente el contrato de acuerdo con la naturaleza del negocio y dentro de los límites del poder, ajustándose a las instrucciones recibidas. No se juzgará que apartó de ellas, si lo hubiese cumplido en una forma más ventajosa que la indicada;



para querellar por un hecho punible previsto en *tal* artículo¹⁷ y además describió qué actos tenía que realizar en cada etapa, designando etapa preparatoria, etapa intermedia, tercera etapa, etapa recursiva y por último etapa de ejecución.

Me percaté, que presentó la denuncia y la querella y en ella solicitó un monto, y también acusó, sin embargo, en el poder estaba prevista la autorización para acusar en la etapa intermedia, lo que autorizaba en la etapa preparatoria es para presentar querella, pero conforme al 347 es, en la etapa preparatoria, en lo que también se debe acusar, de conformidad al precitado art. en concordancia con artículo 348, asimismo con relación a la reclamación de una suma por indemnización y cobro estaba en la tercera etapa, o sea la misma profesional ha solicitado sin derecho una suma en una etapa que no tenía autorización y ha acusado sin tener tampoco autorización, ya que su poder a pesar de ser especial, tenía autorización restringida de actos por etapa, por supuesto que el juez Penal ni las partes no comprendían (o mejor dicho no compartían mi criterio) el alcance de lo que autoriza el Código Civil en cuanto al contenido del “*poder especial*” y no me dio la razón (perdimos pero nos divertimos), es por tal motivo que a los que nos gustan la carrera o fuero penal, adecuar o estudiar la legislación o el estudio de ciertos requisitos que están en el código civil.

Otra vez estuve en un juicio oral donde el querellante adhesivo falleció, la querella fue patrocinada por un abogado de la matrícula y los herederos en el pazo previsto en el art. 25 inc. 2º no vinieron (no se presentaron), dentro del plazo a continuar con la querella ya iniciada, por lo que operó la representación con relación a la querella o mejor dicho abandono de la misma, pero como se trataba de un delito de acción penal publica el Ministerio Público continuó el proceso, planteado un incidente al inicio de conformidad al art. 365, los miembros del Tribunal le dieron la palabra al abogado patrocinante, quien manifestó que informaba el fallecimiento del querellante, sin embargo y aún así la Presidente, le solicitó que se exprese con relación a mí incidente, el abogado expresó que antes solicitaba que le retire su perso-

¹⁷ Siempre hay que poner el relato de los hechos no encuadrar en un tipo penal teniendo en cuenta las características de la acción y que la pretensión puede variar en el curso del proceso, por ejemplo comienza con “apropiación” y luego puede ampliarse por enriquecimiento ilícito, estafa, lesión de confianza u otros.

nería, y le manifesté, que **él** no tenía personería que el solo ejercía la asistencia técnica o el patrocinio, me respondieron tanto los Miembros del Tribunal como el profesional que el patrocinio era una personería.-

Como se suele decir donde manda capitán no manda marinero y ya no tenía herramienta procesal, entonces también me entró la duda, ya que en la práctica, suelo escuchar que los funcionarios siempre preguntan al profesional para exigirle cualquier expediente si tiene intervención, circunstancia que también es otra cosa y no representación, es así que consulté con el profesor Kronaweter para aclarar y mejorar mi comprensión o mejor dicho mi manera de entender, ya que nadie es el dueño de la verdad y podía estar en un error y esta fue su respuesta y que por suerte coincidía con la mía:

*El **patrocinio** es una exigencia profesional derivada de los códigos procesales que no permiten presentaciones particulares. El **mandato** es la intervención por un derecho que no es el propio y solo se admiten según las leyes por mandato general, especial o carta poder. Se exceptúa el caso de las intervenciones obligatorias o legales como el curador o tutor*¹⁸.

Por último, tenemos otro tipo de poder, el que cito el profesor Kronaweter, La “**carta poder**” que es un instrumento que sirve para los procesos y que son realizados sin las formalidades del poder general o especial, o sea sin la intervención del escribano o de la actuario judicial en función de notaria, tanto el Código Procesal Penal como el Código Procesal Laboral otorga la **carta poder** que presenta las característica de una igualdad objetiva, otorga la posibilidad a la persona más débil de la relación procesal a participar en el proceso con una “**Basta Simple**” Carta Poder.

Extensión del mandato (Salvat)

1798. Noción. – Es éste un punto que ha dado lugar a graves dificultades y controversias.- en nuestro Código Civil tenemos ante todo el siguiente principio general: El poder que el mandato confiere está circunscrito a lo que el mandante podría hacer, si él tratara u obrara personalmente (art. 1782).- la razón es que los actos jurídicos realizados por el mandatario se reputan hechos por el propio mandante (art. 1946) y, por consiguiente, sería ilógico

¹⁸ Prof. Enrique Alfredo Kronaweter Zarza.



que este último pudiera valerse de un mandatario para realizar actos que personalmente no podría ejecutar: así. El mandante no puede, valiéndose de un mandatario, realizar un acto que personalmente es incapaz de verificar. Lo mismo el mandatario no puede, en ejercicio de la representación judicial de su cliente, interponer un recurso que la ley no acuerda a este último, producir una prueba que no le es permitida, etc.¹⁹.

En segundo lugar, el Código hace una doble distinción a) Mandato general especial b) mandato concebido en términos generales o mandatos concebidos en términos especiales. estas dos distinciones en nuestro concepto, es preciso separarlas cuidadosamente, porque ambas responden a una idea diferente: el primer se relaciona con el objeto del mandato; la segunda, con las facultades del mandatario para la realización del objeto.

Mandato general y especial. el mandato es general o especial. El mandato comprende todos los negocios del mandante, y el especial uno o ciertos negocios determinados.- de acuerdo con el término de la ley, el mandato general es aquel que comprende todos los negocios del mandante: desde el momento que el mandato refiere a uno o varios órdenes de negocios, el mandato toma carácter especial, como lo dice la nota del codificador.- por ejemplo: mandato para vender bienes inmuebles del mandante; para realizar préstamos; para dirigir un establecimiento comercial determinado; etc.

El mandato especial, por consiguiente, puede aparecer en las dos formas que el propio texto de la ley enuncia: 1) mandato especial para un negocio determinado, es decir para otorgar en nombre del mandante un acto determinado, por ejemplo para vender una casa o el campo; para realizar tal operación de préstamo; para cobrar tal o cual crédito; etc.; 2) mandato especial para ciertos negocios determinados, es decir, para un determinado número de actos, como ocurre en los ejemplos dado anteriormente.

La distinción entre mandato general y especial ha sido materias de dificultades y controversias. La cuestión carece de interés jurídico, pues cualquiera sea la calificación del mandato, lo esencial está en saber para qué actos es requerido un “poder

¹⁹ El Artículo 1782 a que se refiere el comentario del autor tiene su fuente en Troplong, quien relaciona este principio con la capacidad del mandante. nosotros creemos que puede dársele una extensión más amplia y de allí los ejemplos que hemos agregados.

especial” y para qué proceso se requiere dicho poder, además de recalcar que dicho poder estará otorgado para ciertos negocios jurídicos y si además estos fueron otorgados en forma restringida o amplia, que como ya se dijo la amplitud vuelve a ser restringida para el proceso penal.

Ya que un negocio o proceso penal nace de un hecho previsto en la norma penal y la relación procesal penal surge de ese hecho punible, además, se supone que la norma penal es para proteger la convivencia social, y que dichos actos son la excepcionalidad, por lo tanto no podremos jamás prever quien o quienes y qué o cuáles hechos punibles van a realizar en contra de quién o de quienes, para establecer la víctima del art. 67 del código procesal penal y el imputado del artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Concluyo entonces

Que el “**Poder Especial**” a ser utilizado para el “*Proceso Penal*” debe ser, más que especial y para cada caso concreto, ya que en él debe figurar el nombre contra quien vamos a proceder a presentar una denuncia, querella adhesiva o autónoma y además debe decir o establecer que sobre qué “hechos” efectuó o realizó contra “la víctima” y es lo que vamos a solicitar por medio de la querella el amparo de la justicia art. 44 de la Constitución Nacional.

El negocio jurídico en una causa penal es el hecho jurídico relevante, el acto que aconteció en un momento y lugar y fecha determinado y el poder debe ser para ese caso concreto, ya que no es concebible en la lógica, tener un “**Poder Especial General**” por ejemplo: que me hubiese sido otorgado hace 10 años y el proceso penal solo dura 4 años y sobre un hecho incierto en cuanto al acontecimiento y al autor de ese supuesto hecho que ocurrirá en “algún momento” sería una especie de futurología, ahora bien, otra cosa es si el proceso duró más de 4 años por cualquier circunstancia y mi poder especial fue otorgado al o desde el inicio y para esa causa, en ese caso sigue, subsiste y surte su efectos, como he dicho al principio, hasta que finalice el proceso penal para el cual fue otorgada la representación convencional, de algunas de las formas previstas en la legislación penal.

Por último: 1) No existe **Poder General con Cláusula Especial**, en la práctica se utiliza pero el Código Civil nada dispone al respecto y mucho menos el Código Procesal Penal que exclusivamente dispone que debe ser utilizado el Poder Especial,



tampoco se puede otorgar “Poder Especial” para todos los actos jurídicos en forma genérica, es más, cuando se trate de personas jurídicas de elección temporal o periódica (caso de Cooperativas, Clubes, Asociaciones, etc.) en cada periodo y en especial con cambio de autoridades y siendo “la Asesoría Jurídica” generalmente de prestación de servicios en la mayoría de los casos, por lo tanto un cargo de confianza, debería de en caso de seguir contando con la aprobación otorgársele una prórroga del mandato por el mismo procedimiento, por las nuevas autoridades electas en especial para los poderes generales no así para los poderes especiales.

Referencias

Constitución Nacional.

Código Procesal Penal.

Código Procesal Civil.

Código Civil.

Apuntes Libro/Salvat Tema: *Extensión del Mandato*, págs. 211, 212, 213.



UN PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL NOMBRE

A name modification law project

JOSÉ A. MORENO RUFFINELLI ¹

RESUMEN

El tema del nombre de las personas físicas es de la mayor importancia. El Código Civil anterior vigente hasta 1987 era el de Vélez y no se ocupaba de esta institución. El nuevo Código Civil paraguayo sí lo hace en el Capítulo III del libro primero. Le dedica nueve artículos. Pero aun así la regulación quedó insuficiente, por lo que la nueva ley del Registro Civil de las Personas se volvió a ocupar de del tema reglamentando muchas situaciones que no estaban previstas en el Código. Con posterioridad, en el año 1992, se dictó la ley que lleva el N° 2 de ese año y volvió la misma a tocar la institución del nombre complicando aún más esta institución.

Está ahora en estudio en el Congreso de la Nación un nuevo proyecto de ley que modifica lo relativo al nombre. Este trabajo se ocupa de esta cuestión y

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Magister por el Instituto de Altos Estudios Estratégicos. Profesor Titular de Derecho Civil, Personas, y Derecho de Familia. Profesor Titular de Derecho Civil, Personas, y Derecho de Familia (Universidad Católica “Ntra. Sra. de la Asunción”). Profesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas (Teoría General del Contrato) Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Derecho Civil Personas, Curso de Postgrado. Fue Diputado de la Nación, Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay y Embajador del Paraguay ante la República Federativa del Brasil. Es presidente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Miembro de la Academia Paraguay de la Lengua Española desde 1996 y Ex Presidente de la Academia Paraguaya de la Lengua Española (2004-2011). Miembro Correspondiente de la Real Academia de la Lengua Española.



propone una regulación integral que resuelva de una vez por todas las incógnitas existentes con relación al tema.

Palabras clave: *Derecho Civil – Personas – Nombre.*

ABSTRACT

The issue of the name of natural persons is of the greatest importance. The previous Civil Code in force until 1987 was that of Vélez and did not deal with this institution. The new Paraguayan Civil Code does in chapter III of the first book. He dedicates nine articles to him. But even so the regulation was insufficient, so the new law of the Civil Registry of Persons was reoccupied on the subject regulating many situations that were not provided for in the Code. Subsequently, in 1992, the law that took the N° 2 of that year was issued and returned to touch the institution of the name further complicating this institution.

A new bill that modifies what is related to the name is now under study in the Congress of the Nation. This work deals with this issue and proposes an integral regulation that solves once and for all the existing unknowns related to the subject.

Keywords: *Civil Law - People – Name.*

Se ha presentado a consideración de la Cámara de Diputados de la República, un proyecto de Ley que “**Modifica y amplía el Artículo 12 de la Ley N° 1.185 del 1 de julio de 1992 de reforma parcial del Código Civil**”, que se refiere al nombre de las personas físicas.

No es la primera vez que se introducen modificaciones a este artículo, cuando que a mi criterio debería ser de los más inamovibles por tratarse de una cuestión que afecta directamente el orden público. No fue así el criterio en el pasado como se verá, lo que genera dudas, inconvenientes documentales para las personas y otras cuestiones que serán analizadas someramente en este trabajo.

Con relación al proyecto debo decir en primer lugar que me permitiré formular observaciones a todo el artículo y no solamente a la parte cuya modificación pretende

el proyectista, de manera a que cuando se estudie y apruebe en ambas Cámaras, quede definitivamente como debiera ser, según mi criterio, sin que se preste a confusiones o a discriminaciones innecesarias que deben ser evitadas.

En segundo lugar, observo que, en el proyecto presentado por el Diputado *Edgar Ortiz*, o se ha hecho una mala transcripción de la ley o se ha omitido una parte del artículo que se presentó a consideración de la H. Cámara de Diputados y que pretende modificar el vigente. Haremos la comparación correspondiente.

En efecto, el artículo 12, modificado por la **Ley N° 885/96** ha quedado redactado en los siguientes términos (ver siguiente cuadro):

ARTÍCULO 12 (Texto original):	ARTÍCULO 12 (Texto modificado por la Ley 885/96)
Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido de cada progenitor, y el orden de dichos apellidos será decidido de común acuerdo por los padres. Adoptado un orden para el primer hijo, el mismo será mantenido para todos los demás. Los hijos extramatrimoniales llevarán en primer lugar el apellido del progenitor que primero le hubiera reconocido. Si lo fuera por ambos simultáneamente tendrán la misma opción que en el párrafo anterior. El reconocido sólo por uno de los progenitores llevará los dos apellidos del que lo reconoció. Si ésta a su vez llevase uno solo, podrá duplicar dicho apellido. Los hijos al llegar a la mayoría de edad tendrán opción por una vez para	Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido de cada progenitor en el orden decidido de común acuerdo por sus padres. No existiendo acuerdo, llevarán en primer lugar el apellido del padre. Adoptado un orden para el primer hijo, el mismo será mantenido para todos los demás. Los hijos extramatrimoniales reconocidos simultáneamente por ambos progenitores llevarán el primer apellido de cada uno de ellos. El orden de los apellidos será decidido de común acuerdo por los progenitores. No existiendo acuerdo se aplicará la solución dispuesta en el párrafo anterior. El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores llevará los dos apellidos del que lo reconoció y si éste a su vez llevase uno



invertir el orden de los apellidos paternos.	solo, podrá duplicar dicho apellido. Si ulteriormente fuera reconocido por el otro progenitor, llevará el primer apellido de cada progenitor, en el orden que ellos determinen de común acuerdo. Si no hubiere acuerdo llevará en primer lugar el apellido del progenitor que lo hubiere reconocido en primer término. Los hijos, al llegar a la mayoría de edad y hasta los veintiún años, con intervención judicial y por justa causa, tendrán opción por una sola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar sólo uno cualquiera de ellos. En todos los casos de cambio o adición de apellidos se estará a lo dispuesto por el Artículo 42 del Código Civil”.
---	---

La propuesta del nuevo Artículo 12 presentada por el *Diputado Ortiz* es la siguiente, descompuesta en párrafos para su mejor interpretación:

Art. 12. Los hijos matrimoniales llevarán en primer lugar el apellido de cada progenitor y el orden de dichos apellidos será decidido de común acuerdo por los padres.

Como puede notarse se ha suprimido una frase del artículo vigente por la Ley 985/96 que dice:

No existiendo acuerdo, llevarán en primer lugar el apellido del padre.

Esta supresión que se hace en el proyecto afecta también al párrafo segundo de este artículo en la parte que dice:

El orden de los apellidos será decidido de común acuerdo por los progenitores. No existiendo acuerdo se aplicará la solución dispuesta en el párrafo anterior.

Es decir, en ambos casos la legislación vigente aplica el criterio de que la decisión del padre prima en caso de desacuerdo. Con la redacción del presente artículo se sugiere suprimir la desacertada redacción aún vigente, de que prima la opinión del padre.

Mi opinión es que me parece bien la supresión, porque creo que esta cuestión afecta a la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, ya que ¿cuál sería la razón para preferir el apellido del padre al de la madre?

En todo caso, para eso están los jueces, para decidir cuando hubiere controversias, aunque sea entre los padres. Claro está que es esta obviamente una situación incómoda para ambos progenitores, recurrir a la justicia, pero también creo que les obligará a deponer posiciones rígidas, a ser más flexibles, cuando se trata de una cuestión tan sensible como el nombre. Sin embargo, insisto, que debe agregarse que en caso que no haya común acuerdo decidirá al Juez.

El siguiente párrafo de la ley vigente me parece que puede quedar, pues es una suerte de sanción para el padre remiso a reconocer la paternidad de su hijo.

En cuanto al párrafo siguiente dedicado a la opción que da a los hijos para invertir el orden de los apellidos, formulo los siguientes comentarios:

Creo que no debe ponerse límites a la edad del cambio, pues puede haber situaciones en las que el hijo quiera hacerlo más adelante. Por ejemplo, si el caso fuera que luego de los 21 años entablara una acción de reconocimiento de filiación extramatrimonial y la ganare, de acuerdo a esta redacción ya no podría hacer el cambio. Y no veo razón alguna para ello. Con la justa causa, el Juez tiene la facultad de otorgar o no el cambio. En ese sentido y a fin de aclarar digo: ¿Qué se entiende por justa causa?

Alcance de la expresión *justa causa* utilizada por el Código

El Código deja enteramente librada a la apreciación judicial la expresión “*justa causa*”, sin dar parámetros dentro de los cuales los jueces pueden moverse. Para el cambio de nombre los tribunales deben ser bien estrictos, ya que existen intereses superiores que deben ser protegidos. Se debe recordar que, con el cambio, una persona podría inclusive llegar a eludir responsabilidades penales y civiles. Sería, pues, conveniente que sólo se autoricen cambios en los nombres ridículos, o contrarios a



las buenas costumbres, o que induzcan a una duda sobre el sexo de la persona; también podría prosperar el cambio de nombre o de apellido cuando éste fuera extranjero de difícil pronunciación, en cuyo caso se debería, en lo posible, tratar de castellanizar el apellido. Y agregó que en el caso del artículo es solamente para satisfacer un deseo personal de quien solicita el cambio.

Y entramos finalmente en la parte medular del planteamiento del proyecto de ley. Acá se establece que los hijos pueden pedir la supresión del apellido de cualquiera de los progenitores, cuando por orden judicial estos hubieran perdido la patria potestad del hijo. Las causales de la pérdida están especialmente previstas en el Artículo 73 del Código de la Niñez y la Adolescencia, cuando se trata de extremos ocurridos durante la minoría de edad.

Creo que la idea es buena y da a los hijos una herramienta válida para interponer la acción ya que desde luego el Código recién citado provee de todos los derechos de comparecer ante la justicia que tienen los niños, pero advierto que tratándose de una cuestión tan delicada como el cambio de nombre, la Fiscalía de la Niñez debe extremar los cuidados para comprobar que se traten de los hechos expresamente denunciados en el presente proyecto de ley.

La última parte del artículo no me queda bien en claro. No entiendo cómo puede haber pérdida de la patria potestad del hijo con relación al padre.

Pienso que lo que se pretende es que cuando el hijo incurra en hechos desdorosos para los padres, como ser por ejemplo atentar contra la vida de ellos, o algo similar podrían los padres pedir que el hijo deje de usar su apellido. Pero se debe ser bien cuidadoso siempre tratándose de niños o adolescentes que tienen un trato especial dentro del sistema legal.

Con lo cual se debe remarcar que es estos casos la cuestión de justa causa debe ser escrupulosamente analizada por los jueces. Yo, aun así, estaría por la supresión de esta parte del artículo.

Finalmente, mi propuesta de cómo quedaría redactado el Artículo sería la siguiente:

“Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido de cada progenitor en el orden decidido de común acuerdo por sus padres. No existiendo acuerdo, la decisión co-

responderá al Juez de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia de la jurisdicción del domicilio del niño. Adoptado un orden para el primer hijo, el mismo será mantenido para todos los demás.

Los hijos extramatrimoniales reconocidos simultáneamente por ambos progenitores llevarán el primer apellido de cada uno de ellos. El orden de los apellidos será decidido de común acuerdo por los progenitores. No existiendo acuerdo se aplicará la solución dispuesta en el párrafo anterior.

El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores llevará los dos apellidos del que lo reconoció y si éste a su vez llevase uno solo, podrá duplicar dicho apellido. Si ulteriormente fuera reconocido por el otro progenitor, llevará el primer apellido de cada progenitor, en el orden que ellos determinen de común acuerdo. Si no hubiere acuerdo llevará en primer lugar el apellido del progenitor que lo hubiere reconocido en primer término.

Los hijos, al llegar a la mayoría de edad **y una sola y única vez con intervención judicial y por justa causa**, tendrán opción por una sola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar sólo uno cualquiera de ellos.

En todos los casos de cambio o adición de apellidos se estará a lo dispuesto por el Artículo 42 del Código Civil”.

Se transcribe el proyecto de ley para una mejor comprensión de los comentarios formulados.



*Congreso Nacional
Honorable Cámara de Diputados*

LEY N°...

"QUE MODIFICA Y AMPLÍA EL ARTÍCULO 12 DE LA LEY N° 1 DEL 15 DE JULIO DE 1992, DE REFORMA PARCIAL DEL CODIGO CIVIL"

EL CONGRESO DE LA NACION PARAGUAYA SANCIONA CON FUERZA DE LEY

Artículo 1°.- Modifíquese el artículo 12 de la Ley N° 1 "DE REFORMA PARCIAL DEL CODIGO CIVIL", promulgada el 15 de julio de 1992, que queda redactado de la siguiente forma:

"Art. 12.- Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido de cada progenitor, y el orden de dichos apellidos será decidido de común acuerdo por los padres. Adoptado un orden para el primer hijo, el mismo será mantenido para todos los demás.

Los hijos extramatrimoniales reconocidos simultáneamente por ambos progenitores llevarán el primer apellido de cada uno de ellos. El orden de los apellidos será decidido de común acuerdo por los progenitores. No existiendo acuerdo se aplicará la solución dispuesta en el párrafo anterior.

El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores llevará los dos apellidos del que lo reconoció y si éste a su vez llevase uno solo, podrá duplicar dicho apellido. Si ulteriormente fuera reconocido por el otro progenitor, llevará el primer apellido de cada progenitor, en el orden que ellos determinen de común acuerdo. Si no hubiere acuerdo llevará en primer lugar el apellido del progenitor que lo hubiere reconocido en primer término.

Los hijos al llegar a la mayoría de edad y hasta los veintiún años, con intervención judicial y por justa causa, tendrán opción por una sola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar solo uno cualquiera de ellos.

Podrán igualmente los hijos optar por la supresión del apellido de cualquiera de los progenitores, con intervención judicial y por las causales de pérdida de la patria potestad previstas en el Artículo 73 de la Ley N° 1.680 del 30 de mayo de 2001, "CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA", cuando tales extremos hayan ocurrido durante la minoría de edad. En el proceso serán partes el hijo interesado en la supresión del apellido, el progenitor cuyo apellido se pretende la supresión y el Ministerio Público. Sera competente el juez de la niñez y la adolescencia del domicilio del interesado. Esta opción de supresión podrá también ser demandada por alguno de los progenitores cuando el hijo sea menor de edad y por las mismas causales.

En todos los casos de cambio o adición de apellidos se estará a lo dispuesto por el Artículo 42 del Código Civil."

Artículo 2°.- De forma.

5



FORMALIZACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DEL REGISTRO DE CONCUBINATOS

Formalization of de facto unions through the creation of the concubinage registry

NERI E. VILLALBA FERNÁNDEZ ¹
GUSTAVO VILLALBA BÁEZ ²

RESUMEN

El presente artículo toca un tema de actualidad dentro del Derecho de Familia, puesto que las uniones de hecho, reconocidas como instituciones de derecho por la mayoría de las legislaciones vigentes, y que constituye es una institución de carácter jurídico social, que en el Paraguay ha adquirido carácter constitucional. Sin embargo, y a pesar de tener dicho rango constitucional, al momento de plantear la acción judicial de reconocimiento resulta difícil de probar, salvo que existan hijos de por medio; todo esto podría ser simplificado si se implementara el Registro de Uniones de Hecho, tal como se diera ya en la Argentina y cuyo modelo se podría implementar para el Paraguay.

Palabras clave: *Derecho de familia – concubinato – uniones de hecho.*

¹ Profesor Adjunto Técnica Jurídica sede Central, Prof. Asistente Derecho Constitucional Nacional y Comparado en cursos de grado; Prof. De Derecho Electoral Nacional y Comparado en los cursos de Postgrado de la Facultad de Derecho UNA. Doctor en Ciencias Jurídicas. Magistrado Judicial.

² Profesor Auxiliar de Economía Política sede Central Facultad de Derecho U.N.A.



ABSTRACT

This article deals with a current issue within Family Law, since *de facto* unions, recognized as institutions of law by the majority of the legislation in force, and which constitutes an institution of a juridical social nature, that in the Paraguay has acquired constitutional status. However, and despite having such constitutional rank, at the time of raising the judicial action of recognition it is difficult to prove, unless there are children involved; all this could be simplified if the Registry of Unions of Fact were implemented, as it was already in Argentina and whose model could be implemented for Paraguay.

Keywords: *Family law - concubinage - de facto marriage.*

Sumario: Introducción.- 1. Origen etimológico de la palabra concubinato.- 2. Definición y Características.- 3. Breves referencias históricas.- 4. Requisitos para el reconocimiento de la unión de hecho.- 5. Registro de las uniones de hecho.- 5.1 Importancia del registro.- 5.2. El registro de las uniones convivenciales en la Argentina.- 5.3 Necesidad de existencia del registro de las uniones de hecho en el Paraguay.- Conclusiones.- Bibliografía.

Introducción

Las instituciones sociales o jurídicas van avanzando a medida que la sociedad va evolucionando, esto se da en diversos aspectos de la vida en sociedad, y la regla de la convivencia social es que no hay un *statu quo*, por el contrario, todo es un constante cambio social y una adaptación a nuevas situaciones que se van dando en el seno de la sociedad; estos cambios pueden implicar problemas sociales, problemas a los que debe responder el Estado, pues es el encargado de garantizar la paz social.

Desde antiguo ha existido la unión denominada de hecho, aunque para algunos es de derecho, también llamada barraganería, concubinato, etc., y el mismo ha sido un problema en el sentido de que algunas legislaciones –incluida la paraguaya, que hasta mitad del siglo pasado no lo reconoció como institución jurídica- no la han

reconocido como institución social-jurídica, por lo mismo no tenían el reconocimiento del Estado, con lo cual no surgía de este tipo de unión, ni derecho, ni obligaciones.

Sin embargo, hoy en día, las uniones de hecho son cada vez más comunes en la actualidad, lo cual no implica que antes no existieran, sino que al no constituir un hecho vergonzoso o inclusive ilegal, como lo fue en una época, entonces ya no existe ningún temor a que haya una sanción jurídica o moral a dicho acto jurídico, de hecho hoy es reconocido por las legislaciones y tiene casi —y hasta en algunos casos— igual categoría que el matrimonio como institución jurídico-social.

El mismo ha variado en el devenir de la historia, en efecto, desde la antigüedad ha existido este tipo de unión, sin embargo, su reconocimiento se daba en algunas legislaciones, pero otras no, así en Roma era una figura jurídica, pero en Francia fue prohibido por Napoleón, en España fue aceptada, pero había una prohibición de la Iglesia, en Paraguay no se dio el reconocimiento sino en la segunda mitad del siglo pasado; sin embargo y más allá de cuestiones legislativas, económicas, religiosas, etc., la institución ha subsistido y hoy en el Paraguay tiene rango constitucional.

Sin embargo, y a pesar de que esté establecido constitucionalmente, a la hora de probar su existencia, se deben recurrir a varios medios de prueba, entre ellos la existencia de uno o más hijos, si los hubiera, pero si no los hubiera, habrá que recurrir a testigos, realizándose una información sumaria de testigos —y los testigos fácilmente podrían indicar una fecha que no sea cierta—, esto implica una situación de inseguridad jurídica, lo cual ya ha sido notado en otros sistemas jurídicos, planteándose como solución, la creación de registros de uniones de hecho.

Tal es la situación que se plantea con las uniones de hecho o concubinato y la necesidad de la creación de registros de los mismos, para que pueda servir como prueba de la existencia de unión, dándole además de publicidad, fecha cierta, con lo cual se evita realizar otras pruebas para determinar el tiempo de duración de la unión de hecho, y con ello aportando a la seguridad jurídica.

1. Origen etimológico de la palabra concubinato

El origen etimológico de la palabra concubino reconoce raíz latina, puesto que el mismo provendría del vocablo *concubere* su significado es “amante”, a esta conclu-



sión se arriba debido a que *concubere* viene de *-con-* y *-cubere-* que significa acostarse con, de modo que hace referencia al simple yacimiento con alguien, y como la referencia siempre es a la mujer, es decir, la concubina, entonces la referencia etimológica hace referencia a la mujer que yace con un hombre sin estar unidos en matrimonio.

La referencia siempre es a la mujer que se acuesta o cohabita con el hombre, entendiendo que es ella la que decide acceder a tener una relación con un hombre sin que sea su marido, aunque algunos ya hacen referencia a una unión entre el hombre y la mujer, es decir, ya existe una relación, que sin ser matrimonio, implica una situación de común unión y por ende se puede pensar en la generación de derechos³, que por supuesto se discutió por mucho tiempo hasta llegar al desarrollo actual, en el que se ha reconocido a la unión y en muchos casos equiparándolo con el matrimonio.

2. Definición y características

Hay que partir de la base de que en el Paraguay la referencia, de acuerdo a la Ley N° 1/1992, es de forma indistinta “unión de hecho” o “concubinato”, lo cual ha generado críticas de parte de un estudioso del Derecho de familia, al plantear que una denominación poco feliz la de unión de hecho, puesto que, al estar reconocida por las normas jurídicas, la unión ya no es de hecho sino de derecho⁴. Por otro lado, y en contraposición a lo planteado por el Dr. *Pucheta*, se ha planteado que en realidad llamarlo unión concubinaria resulta lesivo del derecho, puesto que implica una denominación peyorativa que no colabora con el reconocimiento de la unión de hecho como uno que sea reconocido por el derecho⁵.

³ “(...) comunicación o trato de un hombre con su concubina; o sea, con su manceba o mujer que vive y cohabita con él como si fuera su marido (..)”. (*Ossorio, Manuel*. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Edit. Obra Grande, Montevideo Uy., 1986, p. 145).

⁴ “Hubiera sido más correcta y más precisa jurídicamente la expresión unión concubinaria que la de unión de hecho. Si esta unión está regulada por normas del derecho positivo, ella ya no es de hecho sino de derecho; (...)”. (*Pucheta Ortega, Justo*. “Manual de Derecho Paraguayo Social de Familia”. Edit. Edipar SRL, As. Py., 1993, p., 151).

⁵ “(...) llamar concubinato a la unión de hecho es erróneo, ya que esta expresión ha tenido desde hace mucho tiempo una carga peyorativa frente a la institución matrimonial, y no se

El concubinato es una institución que ha existido desde siempre, que no se lo haya visto en algún momento como una verdadera institución social, o que se los haya privado a sus miembros de la posibilidad de gozar de derechos, respondió más a una idea de moral propia de cada época, sin embargo, en la actualidad el mismo está reconocido y tiene sus propias características y consecuencias determinadas por normas jurídicas que la rigen.

“El concubinato como instituto social y jurídico se da cuando un hombre y una mujer con aptitud nupcial viven en forma pública, singular, estable, y se comportan entre sí y frente a terceros como si fueran esposos”⁶.

Surgen así las características fundamentales de la unión de hecho, puesto que la misma debe ser una unión pública, singular, estable, todo lo cual es también características del matrimonio, de ahí que se lo compare con un matrimonio, debido a que solo falta la realización del acto formal ante el Oficial del Registro Público y que el Estado lo reconozca como un matrimonio⁷, sin embargo, igualmente que no sea una unión matrimonial es reconocida por el Estado que lo regula y reconoce derechos y obligaciones a quienes formen este tipo de unión.

“La unión de hecho constituida entre un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimientes producirá efectos jurídicos conforme a la presente Ley” (Art. 83, Ley N° 1/1992).

Además de la unión de hecho o concubinato como lo denomina la Ley vigente, pero también en otros sistemas jurídicos es nombrado como unión libre, unión natural,

trata de una institución que merezca repudio social, y además según este autor, es necesario conocer que ya no se utiliza en el lenguaje común la expresión concubinato para referirse a las personas que viven en aparente matrimonio” (*Azpiri*, citado por *Moreno Ruffinelli, José Antonio*. “Derecho de Familia”. Tomo II, Intercontinental Editora, As. Py., 2005, p. 576)

⁶ *Moreno Ruffinelli, José Antonio*. Ob. cit., pp. 575 y 576.

⁷ “La forma ordinaria de celebración del matrimonio es la que se efectúa públicamente ante el Oficial del Registro Civil, en el despacho del mismo, y con la presencia de los futuros esposos, o sus apoderados, y de los testigos exigidos por ley. La práctica corriente en nuestro país sin embargo es que los futuros esposos soliciten al Oficial celebrar el matrimonio fuera de la oficina, lo cual es válido, según lo dispuesto por el art. 81 de la Ley del Registro Civil” (*Moreno Ruffinelli, José A.* Ob. cit. T.I., p. 214).



unión marital de hecho, unión convivencial –como lo establece el Código Civil argentino vigente-, etc., se habla así de que es una unión de derecho, y que el mismo al ser reconocido por las leyes, e incluso constitucionalmente como en el Paraguay⁸, el mismo es equiparado al matrimonio, aunque existe una posición crítica a dicha posibilidad, entendiendo que las uniones deben ser matrimoniales y no de hecho⁹.

Hay que partir de la base de que el concubinato o si se quiere la unión de hecho, es una institución social, y el Estado debe reconocer los hechos sociales, de ahí que esté, al igual que el matrimonio¹⁰, el mismo está reconocido en la Constitución y por lo mismo, como ya lo mencionara el Dr. *Pucheta*, es una unión de derecho, que una vez que se ha cumplido con los requisitos legales, es reconocido como una unión equiparada al matrimonio en sus efectos.

Se reconoce la importancia del matrimonio y, de hecho, la propia Constitución lo ha hecho, pero el Derecho debe regular realidades sociales, y es evidente que hoy existe una crisis de las uniones matrimoniales, cada vez menos personas deciden unirse en matrimonio y optan por la unión de hecho, las cuales pueden deberse a diversos aspectos o factores entre las que se puede citar las culturales, legislativas y económicas.

Es innegable que en el Paraguay existe un arraigado patriarcado, lo cual algunos dicen se debe a los acontecimientos de la pos Guerra contra la tríplice, la falta de hombres al término de la guerra hizo que los hombres tuvieran muchas concubinas, aunque algunos podrían decir que ello es una simple excusa para justificar al machismo, pero de algún modo generó una aceptación del concubinato como institución social.

⁸ “(...) Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley” (Art. 51, segunda parte de la Constitución).

⁹ “(...) en un sentido es correcto afirmar que el concubinato es inferior al matrimonio. Ello no implica desconocer la protección –especialmente a las mujeres e hijos– a través de una regulación acabada, tal lo ha hecho nuestro legislador. Pero el elemento central para una familia sana en una sociedad sana es la relación matrimonial legítima, y hacia ella debemos apuntar” (*Moreno Moreno Ruffinelli, José A. Ob. Cit. T. II, p. 577*).

¹⁰ “DE LA UNIÓN EN MATRIMONIO. La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia” (Art. 52, Constitución).

Algunos hablan de la cuestión educacional como factor determinante para la existencia de este tipo de unión, la ecuación sería que a más bajo nivel educacional, más uniones concubinarias; sin embargo, hay algunos autores que apuntan que dicha afirmación no tiene ningún asidero y de hecho, ni la religión ni el nivel educativo han influido en la merma de las uniones de hecho¹¹, más aun hoy en día en que se ha convertido en una opción de vida, sin importar la clase social —de hecho algunos lo quieren asociar con factores económicos, no quieren responsabilizarse de una familia¹²—; ya no es un estigma no estar unido en matrimonio.

En cuanto al factor legislativo se habla de que el hecho de que se haya tardado en implementar la institución del divorcio vincular, por lo que aquellos que se separaban no les quedaba otra opción que optar por una unión de hecho, ya que al permitirse solo la separación de cuerpos, las personas que hayan tenido que separarse, no podían optar por nuevas uniones matrimoniales, como sí se puede hoy en día al existir —desde el año 1991— la Ley N° 45, de Divorcio Vincular, recientemente modificada, simplificándose aun más el trámite de divorcio. El hecho de facilitarse el trámite de divorcio no ha significado un aumento de las uniones matrimoniales y la disminución de las uniones de hecho, es una opción de cada pareja.

3. Breves referencias históricas

El reconocimiento como institución tiene su desarrollo histórico y se puede dividir en etapas, lo cual no implica que no haya existido desde los albores de la civilización, de hecho, al ser una unión de hecho, el mismo puede ser incluso anterior al reconocimiento del matrimonio, pero en cuanto a la institucionalización, se puede partir así del derecho romano, luego pasar al Derecho español y de este modo llegar al Derecho paraguayo.

¹¹ “Ni la religión ni la educación pudieron desarraigar las uniones de hecho o concubinatos. Con frecuencia se oye decir a la mujer campesina que ella prefiere seguir libre antes que atada por la ley. Son manifestaciones francas y espontáneas, expresivas de una íntima convicción, por eso esas uniones perduran” (Vide: *Moreno Ruffinelli, José A. Ob. Cit.*, p. 585).

¹² Dicha situación es hoy casi inadmisibles, por el hecho de que la unión de hecho genera derechos y deberes igual que en la unión matrimonial, y la posibilidad de terminar la unión se da en el concubinato como en el matrimonio.



El Derecho romano no podía estar ajeno a realidades sociales, de hecho fueron creadores de Derecho, y en el caso del concubinato se puede observar que ha sido reconocido como una institución de derecho, pero considerado como una unión de característica inferior que el matrimonio, entendiéndose que no compartía ciertas características de aquel, como la “*affection maritalis*”, que era un elemento fundamental para que existiera una unión matrimonial, elemento que no aparecía en las uniones de hecho, por lo mismo no podía tener los mismos efectos.

Más allá de eso, lo importante era el reconocimiento —que antes que el Derecho romano ya se daba—, pues si bien pudo haber antecedentes más remotos, el Derecho romano fue el que influyó a las modernas legislaciones con tendencia romanista; de ahí que, siguiendo una línea histórica para llegar a su desarrollo en el Paraguay, se parte del Derecho romano para luego pasar el Derecho español.

El Derecho español tuvo una regulación que tenía que tener en cuenta por un lado una cuestión social, pero por el otro, debía atender a los mandatos de la Iglesia, que prohibía la barraganería¹³, la unión de hecho -barraganía- era reconocida como institución de lucha contra la prostitución¹⁴, pero por otro lado estaba la prohibición de la Iglesia, que tal como se dio en Paraguay —como lo expresa PAGRAZIO— no ha mellado en la existencia de estas uniones, y de hecho en el caso español, por una necesidad social, tuvo que ser reconocido por el Derecho.

Una cuestión, que si bien puede hablarse de casi una anécdota, puesto que no fue seguido por las legislaciones que la tomaron como una de sus fuentes, es que el

¹³ “*Barraganía*. Más propiamente barraganería, es la unión sexual caracterizada por la permanencia y la fidelidad, en el sentido matrimonial, de un hombre soltero con mujer también soltera. Hasta el siglo XIII, la barraganía estuvo tolerada entre los clérigos. En el antiguo Derecho español, los derechos de las barraganas, las mujeres que vivían en la casa del que estaba amancebado con ellas. Así como de los hijos nacidos de esas uniones, aparecen regulados en los Fueros de Zamora. Plasencia. Cuenca, Baeza, Sepúlveda y Burgos, en el Fuero Real y en las Siete Partidas. Sustancialmente se trataba de un concubinato” (Ossorio, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. Disponible en: https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf) (Visto por última vez: 25/09/2017).

¹⁴ Cfr. Ynsfrán Saldívar, Linneo A. “Derecho de Familia —Manual—”. Edit. Marven, As. Py., 2005, p. 201.

Código Civil francés no ha previsto el concubinato como institución de derecho, esto se debió a la expresa prohibición de Napoleón¹⁵; el Code fue fuente del Código de Vélez, por lo mismo, no fue reconocido como institución, además estaba muy arraigada la Religión Católica que en Paraguay fue religión oficial hasta el año 1991, por lo mismo, durante gran parte de la vigencia del Código Civil argentino en la República del Paraguay, no estuvo reconocido como institución jurídica.

De hecho, recién en el año 1954, a través de la Ley N° 236, el concubinato o unión de hecho fue reconocido por ley, a través de la figura del matrimonio aparente. Mucho se ha avanzado de aquel reconocimiento que se diera a través de la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, tanto que hoy está reconocido constitucionalmente y por lo mismo se puede decir que es una unión de derecho, que con algunos requisitos exigidos por ley, está equiparado al matrimonio en cuanto a sus efectos.

4. Requisitos para el reconocimiento de la unión de hecho

Los requisitos son aquellas condiciones exigidas por ley para la existencia de la unión de hecho, que de tal modo y al ser reconocido como tal, es una unión de derecho; el problema en el actual sistema es como lograr ese reconocimiento legal de la unión de hecho, se tiene que plantear una acción judicial, y para la probanza, debe acudirse a varios medios de prueba, incluyendo la información sumaria de testigos.

Volviendo a lo que hace referencia exclusiva a los requisitos, se debe partir de que la ley establece que, al momento de la unión, no haya habido impedimentos legales para contraer matrimonio, es decir, aquellos mismos impedimentos establecidos para contraer matrimonio, son los previstos para que pueda hablarse de la existencia de la unión de hecho, lo que refuerza la tesis de que se le ha dado un rango casi igual al del matrimonio.

Los romanos hablaban de la *affectio maritalis* como uno de los requisitos fundamentales para la existencia del matrimonio, en la actualidad sería lo que refiere -YNS-FRAN¹⁶- aptitud nupcial, esto mismo es lo que se debe observar en una unión de

¹⁵ Cfr. Moreno Ruffinelli, José Antonio. Ob. cit., p., 583.

¹⁶ Ynsfrán Saldivar, Linneo A. Ob. cit., p. 205.



hecho para que pueda ser reconocido como institución y gozar de la protección legal.

Además de la inexistencia de impedimentos, también deben darse otros requisitos entre los que se destaca la necesidad de que la unión sea pública, singular y estable, además de haber transcurrido cierto tiempo, lo que la ley ha determinado en cuatro años consecutivos, a partir de allí el concubinato genera ciertos derechos y obligaciones similares a los del matrimonio, pero al haber transcurrido diez años ininterrumpidos de unión, la misma ya se equipara al matrimonio; es importante mencionar que la jurisprudencia ha establecido que habiendo hijos de por medio, el plazo puede ser menos de cuatro años¹⁷.

5. Registro de las uniones de hecho

5.1 Importancia del registro

Los actos jurídicos voluntarios tienen validez para las partes desde el mismo momento en que dicha voluntad se plasma en un acuerdo de voluntades de modo escrito y es firmado en señal de conformidad por ambas partes¹⁸, sin embargo, para que puedan valer ante un tercero, es necesario que exista otra formalidad, que sea inscripto en el registro correspondiente, puesto que el registro¹⁹ implica la publicidad del acto que se ha celebrado y por lo mismo, su validez ante terceros.

¹⁷ “UNIÓN DE HECHO. Demostración del vínculo. Existencia de hijos. La sola existencia de tres hijos —no es solamente uno, sino tres— es una prueba más que suficiente de la estabilidad y extensión de la relación en el tiempo, demostrando, ya solo con esta circunstancia, la notoria existencia de una relación de pareja estable y permanente. (voto del ministro *Torres Kirmser*, mayoría)”. (Disponible en: <http://www.abc.com.py/edicion-impres/suplementos/judicial/jurisprudencia-de-la-corte-en-caso-de-union-de-hecho-1418461.html>) (visto por última vez: 27/09/2017).

¹⁸ “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas” (Art. 715, Código Civil).

¹⁹ “(...) *Oficina donde se registran actos y contratos de los particulares o de las autoridades.* (...)”. (Ossorio, disponible en: https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_

Un contrato privado tiene plena validez entre las partes que lo han firmado y los obliga al cumplimiento de lo establecido en ella, sin embargo, el mismo no puede hacerse valer ante un tercero, tendrá que darse redactarse la escritura pública y ser inscripto ante el registro correspondiente; de manera que la importancia del registro se dar por brindar seguridad a través de la publicidad de los actos jurídicos.

Se puede ver así la importancia del registro, puesto que además de dar publicidad, el mismo da certeza sobre un acto jurídico, en cuanto a su existencia y vigencia, de modo que es garantía de seguridad jurídica desde el mismo momento que se puede tomar como prueba fundamental de la existencia de dicho acto, el momento en que se ha tomado registro del mismo en la entidad correspondiente.

5.2. El registro de las uniones convivenciales en la Argentina

En la Argentina, luego de mucho tiempo hubo una reforma total del Código Civil, antes estaba en vigencia —con modificaciones que se han ido introduciendo— el Código de Vélez, que también estuvo vigente en el Paraguay hasta el año 1987; la modificación fue total y hubo varias novedades, ya que trataron de adecuar su normativa a las nuevas corrientes en boga en materia civil, reconociéndose derechos que antes no estaban reconocidos y creando instituciones que no estaban previstas en la ley anterior.

Dentro de estas modificaciones, se introdujo una novedad en lo que respecta a las uniones de hecho o concubinato, a las que ya no las llaman de tal modo, sino que la referencia es a uniones convivenciales, uniones que pueden ser registrados y con ello se evitan otros tipos de prueba, como la información sumaria de testigos al momento de discutirse sobre el tiempo de duración de la unión, así como también de darle una publicidad a la unión, pues esa es una de las finalidades del registro.

“Registración. La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja bayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.



La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes” (Art. 511, Código Civil argentino).

“Prueba de la unión convivencial. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia” (Art. 512, Código Civil argentino).

Como se puede notar, el registro es prueba suficiente de la existencia de la unión, no teniendo necesidad de recurrir a otros medios de prueba que a veces incluso resulta no idóneo para determinar la existencia de la unión de hecho, de ahí la importancia de esta regulación que se dio a través del nuevo Código Civil Argentino.

5.3 Necesidad de existencia del registro de las uniones de hecho en el Paraguay

Se ha avanzado mucho en materia legislativa en el país, y en lo que respecta a las uniones de hecho como institución jurídica, incluso hoy tiene rango constitucional, sin embargo, a la hora de solicitar el reconocimiento de la unión de hecho, surgen problemas para probar el tiempo de duración del mismo, o en otros casos, la existencia misma de la unión, para lo cual se recurren a varios tipos de pruebas que puedan dar fe de lo que se está demandando.

Existen varias pruebas a las que se puede acudir para dichos fines, incluso se puede corroborar la existencia de la unión con los hijos comunes habidos en la unión, sin embargo, no se puede acudir a dicha prueba si no existen hijos en común, entonces se acudirá a testigos u otros medios de prueba, los cuales pueden ser falseados o pueden no ser suficientes para probar la existencia de la unión²⁰; sin embargo, al

²⁰ “Del examen de las pruebas diligenciadas se concluye que no ha sido acreditada la existencia de una relación concubinar, con la correspondiente posesión de estado de esposos entre el actor y la occisa. Las aseveraciones de los testigos de la parte actora y demandada, dan cuenta de la existencia de una relación entre los mismos, pero no de una posesión de estado de esposos. Tampoco las pruebas instrumentales ni la confesoria han acreditado este requisito. El actor no ha demostrado la existencia de la unión de hecho cuyo reconocimiento reclama. Las pruebas rendidas no contienen información certera, precisa, capaz de crear convicción sobre la pública posesión del estado de esposos, requerida para la procedencia de este tipo de juicios. El requisito de notoriedad tampoco ha sido demostrado. Los testigos de la parte actora, si bien hacen referencia a un público relacionamiento social, no acreditan

existir un registro de las uniones de hecho o concubinatos, se evita todo el problema de la determinación de la existencia de la unión, puesto que ya está asentado en un registro público su existencia, lo cual también le da fecha cierta a dicha unión.

En algún momento en el Paraguay no se contaba con el registro de testamentos, su creación fue muy posterior²¹ a la creación de los Registros Públicos en Paraguay²², con ello se generaba el problema de que muchos testamentos no eran presentados en juicio, pues ni siquiera se sabía de su existencia, sin embargo, a partir de entonces, el Juez solo debe oficiar a la sección de los Registros Públicos en donde constan el registro de los testamentos y así corroborar si existe o no uno.

De igual modo, se puede crear un registro de las uniones de hecho o concubinatos, de modo que, al momento de entablar una acción judicial, el Juez solo deba oficiar a la Dirección General del Registro Civil, institución de la cual debe depender el “registro de las uniones de hecho o concubinatos”, y tendrá la constancia de su anotación y con ello, fe de su existencia y fecha cierta del tiempo de unión existente entre la pareja.

El Paraguay desde siempre en materia legislativa tuvo como modelo a la Argentina, de hecho, muchas de sus legislaciones —no solo el Código Civil de Vélez estuvo vigente en el país— rigieron por mucho tiempo en la República; entonces, hoy podría realizarse un acto similar y adoptar un sistema que ellos han previsto para modernizar su sistema de publicidad de las uniones de hecho, coadyuvando con ello a la seguridad jurídica, por supuesto la idea no es adoptar la legislación argentina como se hizo en el pasado, sino tomarlo como modelo.

una relación concubinaria pública; es decir la existencia de una verdadera relación marital notoria, mientras que los testigos de la parte demandada, en forma conteste, afirmaron el carácter secreto de la relación mantenida por el actor, debido a su relación concubinaria anterior. La pública notoriedad no puede ser deducida solamente de relaciones esporádicas o de meras relaciones íntimas accidentales. La comunidad de hecho se forma, se hace y es reconocida, si es producto de una efectiva convivencia, en el orden de la intimidad y de la vida común normal durante el tiempo mínimo indicado en la ley. Todo ello debe ser justificado por quien alega la existencia de tal matrimonio aparente” (Disponible en: <http://www.pj.gov.py/notas/6978-jurisprudencia-destacada> (visto por última vez: 27/09/2017).

²¹ A través de la Ley 105 del año 1990.

²² Con la promulgación de la Ley N° 879/1981, “Código de Organización Judicial”.



Conclusiones

Las uniones de hecho o concubinatos son instituciones de carácter social y jurídico, por lo mismo requieren de aprobación social y reconocimiento como institución jurídica, en cuanto al primer punto, desde hace ya mucho tiempo, las uniones de hecho no generan un estigma social, por el contrario, cada vez se opta más por este tipo de unión, en lo que respecta al reconocimiento como institución jurídica, también se ha avanzado mucho, estando incluso a nivel constitucional su reconocimiento, como en el caso del Paraguay.

El reconocimiento como institución jurídica, lo cual se dio después de la segunda mitad del siglo pasado, significó un avance importante en materia legislativa, sin embargo, hoy no es suficiente y se precisa de otras acciones legislativas que puedan hacer de dicho tipo de unión, que son verdaderas uniones de derecho, una institución dinámica, que pueda reconocerse sin acudir a medios probatorios no tan fiables, o que incluso no se pueda llegar a determinar el tiempo de unión o la existencia misma de la unión en concubinato, de modo que se hace necesaria la existencia de un registro de este tipo de uniones que pueda facilitar la prueba de su existencia o del tiempo de duración del mismo.

El Paraguay en su largo derrotero, ha tenido en vigencia muchas normativas extranjeras, de hecho el movimiento de emancipación legislativa recién se dio desde la segunda mitad del siglo pasado, comenzando la producción de normativas con características más o menos propias, lo cual ha sido muy bueno, sin embargo, no se puede dejar de mirar a otros sistemas jurídicos, por sobre todo los de los países limítrofes, con problemas similares a los nuestros y con la posibilidad de darles soluciones también similares.

Tal es la situación planteada con el registro de las uniones de hecho o concubinatos, tal como lo hicieron en la Argentina con su nuevo Código Civil, el que trae consigo como una novedad el registro de las uniones convivenciales, lo cual implica darles publicidad y fecha cierta a dichos tipos de uniones, facilitando el proceso de reconocimiento, ya que el Juez solo deberá oficiar a la oficina registral correspondiente para poder tener los datos que precisa para el reconocimiento.

La posibilidad de que se pueda crear un registro de uniones de hecho o concubinatos, es totalmente viable, ya se dio con el registro de testamentos, solucionándose con ello un problema en el Derecho Sucesorio, lo mismo sucederá en el Derecho de

Familia con la creación de dicho registro, colaborándose así con la seguridad jurídica sistema jurídico paraguayo.

Referencias

Moreno Ruffinelli, José Antonio. “Derecho de Familia”. Tomo II, Intercontinental Editora, As. Py., 2005.

Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Edit. Obra Grande, Montevideo Uy., 1986.

Ossorio, Manuel. “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”. Disponible en: https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf

Pucheta Ortega, Justo. “*Manual de Derecho Paraguayo Social de Familia*”. Edit. Edipar SRL, As. Py., 1993.

Ynsfrán Saldívar, Linneo A. “*Derecho de Familia –Manual–*”. Edit. Marven, As. Py., 2005.

Constitución de 1991.

Ley 1183/1985. Código Civil paraguayo.

Ley 897/1981. Código de Organización Judicial.

Ley 105/1990. De Creación del Registro de Testamentos.

Ley 26.994/2014. Código Civil Argentino.

<http://www.pj.gov.py/notas/6978-jurisprudencia-destacada>

<http://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/judicial/jurisprudencia-de-la-corte-en-caso-de-union-de-hecho-1418461.html>



DAÑOS NUCLEARES

Nuclear damages

BONIFACIO RÍOS ÁVALOS¹

RESUMEN

Los daños nucleares constituyen fenómenos recientes en el mundo e integran los derechos de daños con un tratamiento muy especial por el grado de nocividad de los efectos radioactivos de los materiales utilizados, sea en la construcción de reactores nucleares o en la producción de energías para el desarrollo. El interés de la física arrancó en los días previos de la Segunda Guerra Mundial para la fabricación de armas de alto poder destructivo, que fue experimentado en Hiroshima y Nagasaki. El interés del derecho por regular un acontecimiento tan destructivo surgió a partir de dicho momento, habiéndose elaborado sendos tratados a fin de establecer la responsabilidad civil del explotador, los límites de la responsabilidad y la prescripción de la acción que son temas candentes dentro del derecho cuyo debate continúa.

Palabras clave: *daño – daño nuclear – responsabilidad civil – energía nuclear.*

¹ Profesor titular de Derecho Civil (Obligaciones) y Derecho Comercial (Derecho Bancario) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Investigador de la Universidad Nacional de Asunción. Ex presidente de la Asociación de Magistrados Judiciales del Paraguay. Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el año 2003. Ex miembro del Consejo de la Magistratura. Miembro de número y secretario de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales. Académico correspondiente de la Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia, y de la academia de Nicaragua de Legislación y Jurisprudencia. Coordinador de los cursos de doctorado y maestría en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.



ABSTRACT

Nuclear damage are recent phenomena in the world and integrate damage rights with a very special treatment for the degree of harmfulness of the radioactive effects of the materials used, either in the construction of nuclear reactors or in the production of energy for development. The interest of physics started in the days before the Second World War for the manufacture of weapons of high destructive power, which was experienced in Hiroshima and Nagasaki. The interest of the law to regulate such a destructive event arose from that moment, having developed two treaties in order to establish the civil liability of the operator, the limits of responsibility and the prescription of the action that are hot topics within the law whose debate continues.

Keywords: *damage - nuclear damage - civil liability - nuclear energy.*

1. Antecedentes

Los estudios realizados por la física desde la primera década del siglo XX, sobre la fisión nuclear, ha llevado a una etapa de desarrollo insospechado a partir de la carta de Albert Einstein al presidente Franklin D. Roosevelt, de fecha 2 de agosto de 1939,² donde recomendó una experimentación de una reacción nuclear en cadena

² “En el curso de los últimos cuatro meses se ha hecho probable —a través del trabajo de Loiot en Francia, así como también de Fermi y Szilard en Estados Unidos— que podría ser posible el iniciar una reacción nuclear en cadena en una gran masa de uranio, por medio de la cual se generarían enormes cantidades de potencia y grandes cantidades de nuevos elementos parecidos al uranio. Ahora parece casi seguro que esto podría ser logrado en el futuro inmediato.

Este nuevo fenómeno podría utilizado para la construcción de bombas, y es concebible —pienso que inevitable— que pueden ser construidas bombas de un nuevo tipo extremadamente poderosas. Una sola bomba de ese tipo, llevada por un barco y explotada en un puerto, podría muy bien destruir el puerto por completo, conjuntamente con el territorio que lo rodea. Sin embargo, tales bombas podrían ser demasiado pesadas para ser transportadas por aire.

Los Estados Unidos tiene muy pocas minas de uranio, con vetas de poco valor y en cantidades moderadas. Hay muy buenas vetas en Canadá y en la ex-Checoslovaquia, mientras que la fuente más importante de uranio está en el Congo Belga”. Datos obtenidos de Internet.

de una gran masa de uranio, que finalmente concluiría con el proyecto Manhattan, sin embargo, también en Europa bajo el dominio Nazi, se venía estudiando la fisión nuclear, con la posibilidad de construir una bomba atómica.

En el momento de los primeros estudios, no se precisaba los diversos tipos de efectos que producían las radiaciones nucleares, que resultaron tremendamente destructivos en todos los aspectos. De las explosiones surgen efectos inmediatos o primarios y efectos retardados o secundarios.

Entre los inmediatos estarían la onda expansiva, el pulso de calor, la radiación ionizante y el pulso electromagnético entre los retardados estarían los efectos sobre el clima, el ambiente, así como el daño generalizado a infraestructuras básicas para el sustento humano. A pesar de la espectacularidad de los primeros son los daños secundarios los que ocasionarían el grueso de las muertes tras un ataque nuclear.

“Pocos acontecimientos han marcado la historia del hombre sobre la tierra con tanta intensidad como la liberación de la energía nuclear, a través del bombardeo atómico.

El dominio de la tecnología necesaria para liberar energía del átomo ha generado infinidad de episodios a lo largo del siglo XX —que van desde el espionaje, la carrera armamentista entre diversas potencias hasta el uso de dicha energía para fines médicos, de conservación de alimentos y de generación de electricidad— y seguramente lo seguirá generando por mucho tiempo más.

Como dijo COMAGNUCCI DE CASO, “El aprovechamiento económico de la energía nuclear abrió en los últimos decenios una fuente insospechada de posibilidad para el hombre. Ni hablar de los enormes peligros que encierra en los pocos sucesos en que fue utilizada con fines de guerra, sino del más interesante y útil: su uso con metas pacíficas. De cualquier manera, hay siempre un peligro latente en que una explosión de ese orden puede arrastrar consecuencias insospechadas y el horror y la muerte de muchos habitantes. El empleo de materias radioactivas y el riesgo de la radioactividad, con sus secuelas que perduran por años, como lamentablemente aún se pueden ver en las consecuencias producidas por las bombas atómicas.

Resulta obvio que un fenómeno así no podía ser ignorado por el derecho, el que desde hace décadas ha venido intentando, a través de convenciones internacionales



y de la legislación local, regular y proteger la seguridad, la vida y la salud de las personas, a través del dictado de normas preventivas y sancionatorias”³.

2. Desarrollo nuclear

Resulta difícil explicar la radioactividad como un fenómeno físico, por el cual los núcleos del átomo, emiten radiaciones que tienen propiedades diversas, como la de impresionar placas radiográficas, producir fluorescencia, atravesar cuerpos opacos a la luz ordinaria, por dicha razón se utiliza para estudios y diagnósticos de enfermedades, de allí aparece la denominación de medicina nuclear hoy muy difundida en el mundo, también se utiliza para la construcciones de plantas, con la finalidad de la producción de energías, la eléctrica entre otros, pero asimismo, superando la dosis tolerada por el cuerpo humano resulta extraordinariamente nocivo para la salud e incluso lleva a la muerte. Las radiaciones ionizantes son las más perjudiciales para la salud.

Este fenómeno físico que ocurre en los núcleos de ciertos elementos inestables, que son capaces de transformarse o decaer, espontáneamente, en núcleos atómicos de otros elementos más estables, en palabras más simples, un átomo inestable emite radiactividad para volverse estable.

Sin embargo, no debemos olvidar que tiene numerosas aplicaciones útiles en el campo científico y tecnológico; como por ejemplo: la determinación de la edad de los minerales, la investigación biológica, el tratamiento de enfermedades, diagnóstico dotado de gran precisión, las técnicas de microanálisis, la generación de energía, pero por otro lado, fuera del control científico representa una gran nocividad para la persona humana y para los seres vivos en general.

“Para producir esta energía artificial es preciso bombear intencionalmente el núcleo de un átomo determinado material. La fisión (división) del átomo se produce cuando se golpea el núcleo de un átomo de uranio con un neutrón a 16.000 km.

³ Trigo Represas, Felix A., López Mesa, Marcelo. Tratado de Responsabilidad Civil. T III, Ed. La ley, pág. 442.

Por segundo. El resultado de esa división es la liberación de una energía veinte millones de veces más potente, que muchas de la energía provenientes de los hidrocarburos que utilizamos asiduamente en el hogar.

Durante buena parte del siglo XX se advirtió que podía generarse energía aprovechable desintegrando el átomo de uranio: pero existían imposibilidades tecnológicas de hacerlo, de un modo conveniente.

Una vez superadas las limitaciones para generar energía nuclear aprovechable, en 1942 comenzó a funcionar en la universidad de Chicago el primer prototipo de reactor nuclear, construido por Enrico Fermi, dando inicio recién a finales de 1950 la utilización práctica de esta energía para producir electricidad, con las primeras centrales nucleares de fisión.

La generación de la energía nuclear mediante la fisión de uranio supuso un paso tecnológico trascendente para la humanidad, pero a un alto precio ecológico, debido a los residuos reactivos que ha venido produciendo en estos años; ellos deben ser manejados con extremo cuidado además de ser de complicado almacenamiento por el largo periodo de degradación que precisan. Pero esta dificultad se advirtió avanzado el tiempo.

A mediados del siglo XX todo era optimismo. Se confiaba acríticamente en la energía nuclear, a la que se veía como la fuente que traería consigo el fin de los problemas inherentes a la escasez de combustibles fósiles.

De esta época data una célebre frase del Presidente Truman, el día anterior al lanzamiento de la bomba atómica sobre Hiroshima: "El hecho de que somos capaces de liberar la energía atómica marca el comienzo de una nueva era en las relaciones entre la inteligencia humana y las fuerzas de la naturaleza. En el futuro esta energía podrá reemplazar a la potencia que nos viene hoy del carbón, del petróleo y de las caídas de agua..."⁴.

En esta materia aún no se conoce los límites, pues, alentaba en sus comienzos la esperanza de generar un gran desarrollo tecnológico e industrial, mediante el abaratamiento de la energía eléctrica, y al mismo tiempo no depender de las energías

⁴ Trigo Represas, Felix A., López Mesa, Marcelo. Tratado de Responsabilidad Civil. T III, Ed. La ley, pág. 443.



del carbón, del petróleo y del agua como afirmaba el Presidente Truman, sin embargo, el transcurso del tiempo nos demostró que más se ha progresado en la construcción de armas nucleares.

3. Los peligros de la energía nuclear

La Convención de Viena de 1963 y en vigor desde 1977, sobre responsabilidad civil por daños nucleares, considera como daños nucleares: “a las pérdidas o daños estipulados en el párrafo f) del artículo I de la presente Convención y todas las demás pérdidas o daños en la medida en que dichas pérdidas o daños se deriven o sean resultado de las propiedades radiactivas, o de una combinación de las propiedades radiactivas con las propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas del combustible nuclear o de los productos o desechos radiactivos presentes en una instalación nuclear o de los materiales nucleares que provengan de dicha instalación, se originen en ésta o se envíen a ella; u otras radiaciones ionizantes emitidas por cualquier fuente de radiación dentro de una instalación nuclear, siempre que esa aplicación no afecte al compromiso que corresponda a esa Parte Contratante con arreglo al artículo III de la presente Convención;

El referido Art. 1 establece que se entenderá por “daños nucleares” a la pérdida de vidas humanas o las lesiones corporales; los daños o perjuicios materiales; y cada uno de los daños que se indican a continuación en la medida determinada por la legislación del tribunal competente: la pérdida económica derivada de la pérdida o los daños a que se hace referencia en los apartados i) y ii), en la medida en que no esté incluida en esos apartados, si la cubriere una persona con derecho a entablar una demanda con respecto a dicha pérdida o daños; el costo de las medidas para rehabilitar el medio ambiente deteriorado, a menos que el deterioro sea insignificante, siempre que esas medidas realmente se hayan adoptado o hayan de adoptarse, y en la medida en que no esté incluido en el apartado ii); el lucro cesante derivado del interés económico en algún uso o goce del medio ambiente que se produzca como resultado de un deterioro significativo del medio ambiente, y en la medida en que no esté incluido en el apartado ii); los costos de las medidas preventivas y otros daños y perjuicios causados por esas medidas; cualquier otra pérdida económica que no sea una pérdida causada por el deterioro del medio ambiente, si ello estuviese autorizado por la legislación general sobre responsabilidad civil del tribunal competente, en el caso de los apartados i) a iv) y vii) supra, en la medida en que los

daños y perjuicios se produzcan como resultado de la radiación ionizante emitida por cualquier fuente de radiación dentro de una instalación nuclear, o emitida por combustible nuclear o productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de los materiales nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella, sea que se deriven de las propiedades de esa materia, o de la combinación de propiedades radiactivas con propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de esa materia.

Cabe destacar que la radiación emitida por los materiales radiactivos daña a todos los organismos vivos.

“La fuga radiactiva producida por un accidente nuclear produce dos tipos de contaminación:

- a) Contaminación externa, que es aquella que, debido al material radioactivo liberado en un accidente nuclear, se encuentra en la superficie y que afecta a las personas, a los animales, al terreno a los objetos, etc.
- b) Contaminación interna, que, debido al material radioactivo liberado en un accidente nuclear, se aloja en los órganos internos del cuerpo humano.

Este último tipo de contaminación, la interna, produce en las personas lo que se denomina efecto radiológico, técnicamente, el conjunto de consecuencias de tipo somático o genético en las personas irradiadas o en su descendencia, que se produce por haber estado ellos sometidos a la exposición de radiaciones procedentes de un accidente nuclear.

Los daños productos de la radiación pueden manifestarse en el corto plazo, causando la muerte del afectado en algunos días, o bien evidenciar su acción en forma más lenta, tornándose ponderables después de un lustro o incluso algunas décadas, provocando efectos indirectos como la aparición de tumores, la afectación de la descendencia con deformidades, enfermedades incurables, etc.

La radiactividad artificial producida en una central nuclear se escapa a las medidas de seguridad previstas, o se libera por efecto de un accidente o de una explosión



nuclear- accidental o buscada-, puede causar gravísimos daños masivos a los seres vivos, dentro y fuera de las fronteras del país donde se produjo el accidente”⁵.

En un accidente nuclear, se produce la liberación de material radiactivo en cantidad superior a la autorizada y esa radiación, que escapa al control humano, puede precipitarse sobre la superficie terrestre en forma de gotas de lluvia tras condensarse en las nubes⁶.

La nube radiactiva es un conjunto de gases, vapores y particulares en suspensión que contiene el material radiactivo procedente de un accidente nuclear. Se dispersa en el aire según las condiciones atmosféricas reiterantes. El polvo radiactivo, antes de producir la lluvia, puede girar alrededor de la tierra arrastrados por los fenómenos atmosférico, e incluso precipitarse al cabo de meses o años.

Estos fenómenos, alteran, por un lado, el equilibrio ambiental, por larguísimos periodos de tiempo, incluso en algún caso por miles de años; pero además, su nocividad es incalculable y su duración igualmente incalculable pues, el plutonio por ejemplo, sus efectos pueden subsistir hasta 180.000 años, según la explicación de la física.

Ante este descubrimiento, de la enorme peligrosidad que acarrea la energía atómica, surgieron los movimientos en contra de la energía nuclear, como una oposición organizada, cada vez con más apoyo social, ha llevado a muchos países con dependencia de este tipo de energía a establecer legislaciones específicas, o incluso a declarar moratorias con vistas a eliminar la energía nuclear de sus programas.

El acaecimiento de varios accidentes nucleares, como el de Harrisburg y, sobremanera, Chernobyl, fue la principal razón por la que muchos de los países, entre ellos

⁵ Trigo Represas, Felix A., López Mesa, Marcelo. Tratado de Responsabilidad Civil. T III, Ed. La ley, pág. 445.

⁶ El 26 de abril de 1986, un aumento súbito de potencia en el reactor 4 de la central nuclear de Chernobyl produjo el sobrecalentamiento del núcleo del reactor nuclear lo que terminó provocando la explosión del hidrógeno acumulado en su interior ocasionando un grave accidente nuclear ocurrido en la central nuclear Vladimir Lenin, de Chernobyl, Ucrania, que aun habiéndose evitado la explosión de los tres reactores, pero con la explosión del cuarto, en 48 horas las nubes radioactivas avanzaron a más de 1.200 kilómetros sobre los cielos europeo, donde más de 600.000 personas recibieron la radioactividad cuya nocividad se proyecta en el tiempo, pero tampoco respeta frontera.

España, declararon hace décadas una moratoria nuclear, es decir, el cese de la construcción de nuevas centrales y el cierre de varias de ellas. Se suma a esta circunstancia, la dificultad y onerosidad de la disposición y tratamiento final de los residuos producidos por la industria nuclear, que requiere de una gran inversión, para el cuidado necesario y eficaz de la medida a adoptarse.

4. Responsabilidad civil por los daños nucleares

La Convención de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares fue aprobada el 21 de mayo de 1963 y entró en vigor el 12 de noviembre de 1977, que a su vez incorporó parte del Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 29 de julio de 1960 y toda enmienda del mismo que esté en vigor

5. Persona

En la referida Convención se considera “persona” a toda persona física, toda persona jurídica de derecho público o de derecho privado, toda entidad pública o privada, aunque no tenga personalidad jurídica, toda organización internacional que tenga personalidad jurídica con arreglo a la legislación del Estado de la instalación y todo Estado o cualesquiera de sus subdivisiones políticas. Por “explotador” de una instalación nuclear se entenderá la persona designada o reconocida por el Estado de la instalación como explotador de dicha instalación.

6. Combustible nucleares

También en la referida Convención se entiende por “combustibles nucleares” las sustancias que puedan producir energía mediante un proceso automantenido de fisión nuclear. Por “productos o desechos radiactivos” se entenderá los materiales radiactivos producidos durante el proceso de producción o utilización de combustibles nucleares o cuya radiactividad se haya originado por la exposición a las radiaciones inherentes a dicho proceso, salvo los radisótopos que hayan alcanzado la etapa final de su elaboración y puedan ya utilizarse con fines científicos, médicos, agrícolas, comerciales o industriales. Por “sustancias nucleares” se entenderá: los combustibles nucleares, salvo el uranio natural y el uranio empobrecido, que por sí



solos o en combinación con otras sustancias puedan producir energía mediante un proceso automantenido de fisión nuclear fuera de un reactor nuclear; Por “reactor nuclear” se entenderá cualquier estructura que contenga combustibles nucleares dispuestos de tal modo que dentro de ella pueda tener lugar un proceso automantenido de fisión nuclear sin necesidad de una fuente adicional de neutrones.

7. Instalación nuclear

Por “instalación nuclear” se entenderá: i) los reactores nucleares, salvo los que se utilicen como fuente de energía en un medio de transporte aéreo o marítimo, tanto para su propulsión como para otros fines; las fábricas que utilicen combustibles nucleares para producir sustancias nucleares, y las fábricas en que se proceda al tratamiento de sustancias nucleares, incluidas las instalaciones de regeneración de combustibles nucleares irradiados; las instalaciones de almacenamiento de sustancias nucleares, excepto los lugares en que dichas sustancias se almacenen incidentalmente durante su transporte, en la inteligencia de que el Estado de la instalación podrá determinar que se considere como una sola instalación nuclear a varias instalaciones nucleares de un solo explotador que estén ubicadas en un mismo lugar.

8. Explotador

El explotador de una instalación nuclear será responsable de los daños nucleares si se prueba que esos daños han sido ocasionados por un accidente nuclear:

- a) que ocurra en su instalación nuclear;
 - b) en el que intervengan sustancias nucleares procedentes de su instalación nuclear o que se originen en ella, cuando el accidente acaezca:
- i) antes de que el explotador de otra instalación nuclear haya asumido expresamente por contrato escrito la responsabilidad de los accidentes nucleares en que intervengan las sustancias;
 - ii) antes de que el explotador de otra instalación nuclear se haya hecho cargo de las sustancias nucleares, si la responsabilidad no se ha asumido expresamente por contrato escrito;

iii) antes de que la persona que esté debidamente autorizada para tener a su cargo un reactor nuclear que se utilice como fuente de energía en un medio de transporte, para su propulsión o para otros fines, se haya hecho cargo de las sustancias nucleares si estaban destinadas a ser utilizadas en ese reactor nuclear;

iv) antes de que las sustancias nucleares hayan sido descargadas del medio de transporte en que hayan llegado al territorio de un Estado que no sea Parte Contratante, cuando esas sustancias hayan sido enviadas a una persona que se encuentre en el territorio de ese Estado;

c) en el que intervengan sustancias nucleares enviadas a su instalación nuclear, cuando el accidente acaezca:

i) después de que el explotador haya asumido expresamente por contrato escrito la responsabilidad de los accidentes nucleares en que intervengan las sustancias nucleares, que recaía en el explotador de otra instalación nuclear;

ii) después de que el explotador se haya hecho cargo de las sustancias nucleares, si la responsabilidad no se ha asumido expresamente por contrato escrito;

iii) después de que se haya hecho cargo de esas sustancias nucleares la persona que tenga a su cargo un reactor nuclear que se utilice como fuente de energía en un medio de transporte, para su propulsión o para otros fines;

iv) después de que las sustancias nucleares hayan sido cargadas en el medio de transporte en que han de ser expedidas desde el territorio de un Estado que no sea Parte Contratante, cuando esas sustancias hayan sido enviadas con el consentimiento escrito del explotador por una persona que se encuentre en el territorio de dicho Estado, quedando entendido que, si los daños nucleares han sido causados por un accidente nuclear que ocurra en una instalación nuclear y en el que intervengan sustancias nucleares almacenadas incidentalmente en ella con ocasión del transporte de dichas sustancias, las disposiciones del apartado a) del presente párrafo no se aplicarán cuando otro explotador u otra persona sea exclusivamente responsable en virtud de lo dispuesto en los apartados b) o c) del presente párrafo.

9. Responsabilidad objetiva

1. La responsabilidad del explotador por daños nucleares con arreglo a la presente Convención será objetiva.



2. Si el explotador prueba que la persona que sufrió los daños nucleares los produjo o contribuyó a ellos por negligencia grave o por acción u omisión dolosa, el tribunal competente podrá, si así lo dispone su propia legislación, exonerar total o parcialmente al explotador de su obligación de abonar una indemnización por los daños sufridos por dicha persona.

3. a) Con arreglo a la presente Convención no engendrarán responsabilidad alguna para el explotador los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba directamente a conflicto armado, hostilidades, guerra civil o insurrección.

4. Cuando los daños nucleares y otros daños que no sean nucleares hayan sido originados por un accidente nuclear, o conjuntamente por un accidente nuclear y otra u otras causas diversas, se considerará, a los efectos de la presente Convención, que los daños no nucleares, en la medida en que no puedan diferenciarse con certeza de los daños nucleares, son daños nucleares originados por el accidente nuclear. Sin embargo, cuando los daños nucleares hayan sido causados conjuntamente por un accidente nuclear cubierto por la presente Convención y por una emisión de radiaciones ionizantes que no esté cubierta por ella, ninguna cláusula de la presente Convención limitará ni modificará la responsabilidad que, sea respecto de cualquier persona que haya sufrido los daños nucleares, sea como consecuencia de la interposición de un recurso o de una demanda de repetición, recaiga en las personas a quienes incumba la responsabilidad por esa emisión de radiaciones ionizantes.

10. Limitación de la responsabilidad

Cabe destacar que las empresas industriales que explotan productos nucleares, sean conformadas por entidades físcas o jurídicas, están sumamente interesadas en la limitación de la responsabilidad civil, pues, por la envergadura de la nocividad de las radiaciones nucleares, la responsabilidad podría ser ilimitada, por dicha razón se han buscado los medios para limitar, y en ese sentido la Convención establece:

“1. El Estado de la instalación podrá limitar el importe de la responsabilidad del explotador a una suma no inferior a 5 millones de dólares de los Estados Unidos por cada accidente nuclear.

2. El importe máximo de la responsabilidad que se haya fijado de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo no incluirá los intereses devengados ni los gastos

y costas fijados por el tribunal en las demandas de resarcimiento de daños nucleares”.

11. Prescripción de la acción

Otro aspecto realmente controvertido, es el plazo para quedar operada la prescripción para reclamar la indemnización por daños nucleares, pues, como se ha dicho, las radiaciones pueden tener efecto inmediato y provocar la muerte de las personas o afectar en diversas formas la salud de las personas e incluso de todos los seres vivos, ocasionando enfermedades terminales en la persona humana como el cáncer por ejemplo, empero, en otros casos podría ocasionar una alteración genética, que podría transmitirse a generaciones posteriores provocando el nacimiento de hijos deformados o discapacitados por efecto de esa alteración genética, por lo que, el plazo de la prescripción para reclamar una indemnización, sin duda alguna, deberá ser ampliado superando lo establecido en la legislación ordinaria.

Cabe resaltar, que por los hechos ilícitos en general, la prescripción para el reclamo de la indemnización, es de dos años, sin embargo, como podrá notarse este plazo no se compadece con la realidad.

Además del plazo, otra cuestión sujeta a un debate, es desde cuando se debería computar el plazo de la prescripción.

En efecto, la Convención establece al respecto: “1. El derecho a reclamar una indemnización en virtud de la presente Convención se extinguirá si no se entabla la correspondiente acción dentro del plazo de diez años a contar desde la fecha en que se produjo el accidente nuclear. Sin embargo, si según la legislación del Estado de la instalación la responsabilidad del explotador está cubierta por un seguro u otra garantía financiera o con fondos públicos durante un plazo superior a diez años, la legislación del tribunal competente podrá disponer que el derecho a reclamar una indemnización al explotador sólo se extinguirá después de un plazo que podrá ser superior a diez años pero que no excederá del plazo en que su responsabilidad esté cubierta según la legislación del Estado de la instalación. La prórroga del plazo de extinción no perjudicará en ningún caso los derechos a indemnización que, en virtud de la presente Convención, correspondan a una persona que antes de haber vencido el plazo de diez años haya entablado acción contra el explotador para reclamar una indemnización por pérdida de vida o lesiones corporales.



2. Cuando los daños nucleares se hayan debido a un accidente nuclear en el que intervengan sustancias nucleares que en el momento de ocurrir el accidente nuclear hubiesen sido objeto de robo, pérdida, echazón o abandono, el plazo fijado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo se contará a partir de la fecha en que ocurrió dicho accidente nuclear, pero en ningún caso podrá ser superior a veinte años a partir de la fecha en que tuvo lugar el robo, la pérdida, el echazón o el abandono.

3. La legislación del tribunal competente podrá fijar otro plazo de extinción o prescripción de ese derecho, que se contará a partir de la fecha en que la víctima de los daños nucleares tuvo o hubiera debido tener conocimiento de dichos daños y del explotador responsable de ellos, y que no podrá ser inferior a tres años ni superior a los plazos fijados de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del presente artículo.

4. Salvo cuando la legislación del tribunal competente disponga otra cosa, toda persona que alegue haber sufrido daños nucleares y que haya entablado una acción por daños y perjuicios dentro del plazo que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, podrá modificar su demanda para que comprenda cualquier agravación de esos daños, aunque haya expirado dicho plazo, siempre que no haya recaído todavía sentencia definitiva”.

12. Seguro o garantía financiera del explotador

Al respecto establece la Convención: “El explotador deberá mantener un seguro u otra garantía financiera que cubra su responsabilidad por los daños nucleares. La cuantía, naturaleza y condiciones del seguro o de la garantía serán fijadas por el Estado de la instalación. El Estado de la instalación garantizará el pago de las indemnizaciones por daños nucleares que se reconozca ha de abonar el explotador, aportando para ello las cantidades necesarias en la medida en que el seguro o la garantía financiera no basten para cubrir las indemnizaciones, pero sin rebasar el límite que se haya podido fijar de conformidad con lo dispuesto en el artículo V.

Los fondos correspondientes al seguro, a la garantía financiera o a la indemnización del Estado de la instalación que se prevén en el párrafo 1 del presente artículo se destinarán exclusivamente al resarcimiento de los daños cubiertos por la presente Convención”.

13. Competencia de los tribunales para entender en el reclamo de indemnización

Dispone la Convención: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los únicos tribunales competentes para conocer de las acciones entabladas de conformidad con lo dispuesto en el artículo II serán los de la Parte Contratante en cuyo territorio haya tenido lugar el accidente nuclear.

Cuando el accidente nuclear haya tenido lugar fuera del territorio de cualquiera de las Partes Contratantes, o cuando no sea posible determinar con certeza el lugar del accidente nuclear, los tribunales competentes para conocer de esas acciones serán los del Estado de la instalación del explotador responsable”.

14. Eventos nucleares

En el mundo se han realizados numerosas pruebas nucleares, mediante detonaciones con fines experimentales, según informaciones brindadas desde Internet, superan los 2000, asimismo, varios accidentes graves en el mundo, que superan la decena, pero numerosos otros accidentes menos graves que han ocurrido y otros mantenidos en reserva, por lo que el mundo no puede tener el total conocimiento de los accidentes nucleares, analizaremos dos casos de accidentes, los más conocidos y los más difundidos.

15. Chernobyl

El accidente nuclear más grande de la historia fue el de Chernobyl, ocurrido el 26 de abril de 1986, en una central nuclear, ubicada a 120 km. Al norte de Kiev, la capital de Ucrania, que tenía una población de dos millones y medio de habitantes, accidente debido principalmente a la imprudencia humana al realizarse una prueba.

El escape de radiación fue el resultado de una serie de errores humanos que no siguieron las normas autorizadas; uno de los cuatro reactores de la central explotó y comenzó a arder, alcanzando temperaturas de 1.500°C., y generando una nube radiactiva que llegó a 1.200 km. en menos de 48 horas. Suecia fue el país que dio la primera voz de alarma, ante la negativa del evento por parte de los soviéticos.



Aquel día, durante una prueba en la que se simulaba un corte de suministro eléctrico, un aumento súbito de potencia en el reactor 4 de esta central nuclear produjo el sobrecalentamiento del núcleo del **reactor nuclear**, lo que terminó provocando la explosión del **hidrógeno** acumulado en su interior. Básicamente se estaba experimentando con el reactor para comprobar si la energía de las turbinas podía generar suficiente electricidad para las bombas de refrigeración en caso de fallo hasta que arrancaran los **generadores diésel**. Esta explosión causó directamente la muerte de 31 personas y forzó al gobierno de la **Unión Soviética** a la evacuación repentina de 116 000 personas provocando una alarma internacional al detectarse radiactividad en al menos 13 países de **Europa central y oriental**.

El accidente ocurrió mientras la central no “estaba generando energía sino durante una prueba de seguridad, a consecuencia de múltiples errores de operación. Estos errores fueron la reducción de la potencia del reactor a un 1%, lo que hacía que por seguridad el reactor tendiese a pararse; para evitar ello, se retiraron todas las barras de seguridad del núcleo (segundo error de operación). Con el reactor operando prácticamente sin barras se elevó la potencia a un 7% pero de un modo muy inestable. Dicho reactor tenía un sistema adicional de seguridad de control de caudal de los canales, sistema que hubiera detenido también el reactor, a tan baja potencia. Para evitar ello se desconectó este sistema y los operadores tomaron el control manual del proceso (tercer error). En estas condiciones se inició la prueba, desconectándose la turbina de vapor, lo que produjo burbujas de vapor en el núcleo, ante la lentitud de las bombas, lo que a su vez produjo una gran reactividad e incremento la potencia, produciendo una elevación violenta de la potencia del reactor. A esta altura (hora 1:23:40 del día 26 de abril de 1986) el operador quiso reintroducir las barras de corte, pero ya era tarde, pues para ese momento el reactor estaba a varias veces su potencia nominal, lo que produjo la suba de presión abrupta de los conductos, la ruptura y estallido de los mismos y el levantamiento del blindaje superior del núcleo, con la ruptura de todos los tubos y mecanismos fijados a ese blindaje”⁷.

Los incendios apagados, inicialmente por bomberos, pero a un terrible costo de vidas por la radiación. Pero, al exponerse el grafito al aire a una temperatura de 700° comenzó a arder, liberando gases tremendamente dañinos, posteriormente, desde

⁷ Trigo Represas, Felix A., LópezMesa, Marcelo. Tratado de la Responsabilidad Civil, T. III, pág. 450.

helicópteros los soviéticos inyectaron oxígeno líquido en el fondo del reactor para enfriar el combustible nuclear, luego, ante la impotencia del recurso utilizado desde los helicópteros, incluso arrojando arenas, se procedió con un equipo técnico traído desde las minas de Siberia para cavar un túnel para inyectar hormigón e impedir la contaminación de las napas de agua.

Luego de numerosos esfuerzos realizados por militares, especialistas, físicos, ingenieros, médicos, enfermeras, obreros etc., además de carros, tanques, helicópteros, y otros equipamientos modernos, se recurrió a colocar un sarcófago de concreto y plomo sobre el reactor, con el fin de aislarlo, cobertura que van reemplazándose, por las múltiples averías sufridas con el tiempo.

Se produjo el inicio un proceso masivo de descontaminación, contención y mitigación que desempeñaron aproximadamente 600 000 personas denominadas *liquidadores* en las zonas del accidente y se aisló un área de 30 km de radio alrededor de la central nuclear conocida como *zona de alienación*, que sigue aún vigente.

Se reprocha la conducta de las autoridades soviéticas en no dar aviso del hecho a países que podían verse afectados y negarlo sistemáticamente varios días, lo que impidió la toma de medidas de alarma temprana y prevención, que hubieran reducido bastante el daño.

A “consecuencia de esta conducta rusa, y para impedirla en casos sucesivos, pocos meses después de Chernobyl, se firmaron dos convenciones internacionales: la Convención sobre la Pronta Notificación de Accidentes Nucleares (614) y la Convención sobre Asistencia en caso de Accidente Nuclear o Emergencia Radiológica; ambas fueron aprobados por la Conferencia General del Organismo Internacional de Energía Atómica el 29 de setiembre de 1986 y ratificadas luego por numerosos países”⁸.

La radiación lanzada a la atmósfera por la explosión, produjo decenas de miles de muertos por cáncer y un notable incremento en los defectos de nacimiento ocurridos en esos tres países cercanos desde 1986.

Siete millones de habitantes de Ucrania, Bielorrusia y Rusia, incluidos tres millones de niños, padecen todavía los efectos secundarios del desastre nuclear y requieren tratamiento médico.

⁸ Trigo Represas y López Mesa. Ob. cit., pág. 451.



Según las informaciones sobre la magnitud del desastre, basta decir que la explosión del reactor 4 de Chernobyl libero 400 veces más radiación que la bomba atómica arrojada por la aviación norteamericana en Hiroshima en 1945⁹.

Recién después de que Ucrania se desmembrara de la URSS y hasta que la ex república soviética se aseguró que las potencias de la Nato le suministrasen casi cinco mil millones de dólares en “prestamos” para sustituir la central, se logró que los restantes reactores dejaran de funcionar.

Tras prolongadas negociaciones con el gobierno ucraniano, la comunidad internacional financió los costos del cierre definitivo de la central, el **15 de diciembre de 2000**.

En noviembre de **2016**, treinta años después de la tragedia, se inauguró un nuevo sarcófago al que se denominó “Nuevo Sarcófago Seguro” (NSC, por sus siglas en inglés), una estructura móvil, la mayor construida hasta la fecha en el mundo, en forma de arco de 110 metros de alto, 150 de ancho y 256 de largo y más de 30 000 toneladas. Se construyó a 180 metros del reactor y luego se ubicó sobre él mediante un sofisticado sistema de raíles. Se estima que tendrá una duración de más de cien años. El coste final de la estructura fue de 1.500 millones de euros, financiado por el **Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo** (BERD) junto a la colaboración de 28 países que aportaron 1.576 millones de euros y construido por la empresa francesa **Novarka**. La estructura está equipada con grúas controladas a distancia con el objetivo de ir desmontando la antigua estructura”¹⁰.

La ciudad cercana llamada Pripiat, que contaba con 50.000 habitantes antes del accidente, hoy está abandonada, habiendo sido relocalizada su población en una nueva ciudad, Slavutich, construida fuera de la zona de exclusión, lo más raro es que los que no abandonaron la ciudad que son pocos ancianos o los que volvieron clandestinamente continúa viviendo en áreas que poseen un nivel de radiocésio, mucho mayor al admitido como tolerable. Un área del tamaño de Holanda ha quedado inutilizable permanentemente para usos agrícolas. Los países europeos, cercanos a Rusia como Suecia, Alemania, Polonia, se vieron afectados de diferente manera, tanto en su producción lechera y de productos vegetales, como en el aumento de casos

⁹ Información sobre las conclusiones de la Conferencia Internacional de la OIEA, desarrollada en Viena en 1996.

¹⁰ Información obtenida de Internet.

de cáncer de tiroides y otros tumores especialmente en niños, consecuencias que aún perduran.

La mayoría de la “población de la zona de Chernobyl padece lo que se conoce técnicamente como “radiofobia” es decir un problema psicológico severo, que los lleva a actuar de manera no racional, con altas dosis de ansiedad y estrés, “magnificando desproporcionadamente la significación biológica de la contaminación radiactiva que sufrieron”; en otras palabras, creen estar físicamente peor de lo que están, lo que los lleva a somatizar tales daños y a sentirlos vívidamente”¹¹.

16. Tokaimura, Japón, 1999

El 30 de septiembre de 1999 se produjo en Tokaimura, a solo 120 kilómetros de Tokio, una instalación nuclear dedicada a reprocesar combustible nuclear para las centrales atómicas japonesas, un grave error humano de operación de material crítico, al hacerse sonar las alarmas de la planta y en un primer momento se desalojaron las casas más cercanas y se estableció un perímetro de seguridad de 350 metros y a las 23:00 viendo la magnitud del problema las autoridades decidieron establecer un perímetro de 10 km. y recomendar a las 310.000 personas que vivían dentro de él que no saliesen de sus casas.

La empresa reconoció que la causa había sido una sobrecarga de uranio habían aplicado 16 kilogramos del elemento químico cuando el máximo era 2,3. Pero este error no hubiera podido cometerse si se hubiera aplicado la medida de prevención obligatoria de no usar recipientes que pudiesen contener una medida mayor a la masa crítica, lo cual, no hubiera provocado una reacción nuclear incontrolada que amenazó durante varias horas extenderse al resto de la planta y desatar un nuevo proceso de fisión, aun mayor y de consecuencias imprevisibles.

Cabe recordar que no es la primera vez que ha ocurrido un accidente nuclear en Tokaimura, pues, en el año 1997 ya se había producido otro de menor magnitud.

El accidente se produjo “debido al manipuleo de uranio en contacto con ácido nítrico en proporciones inadecuadas –un grupo de operarios japoneses vertieron demasiado uranio al núcleo– y expuso a niveles de radiación 15.000 veces superiores

¹¹ Información de la OIEA, Viena 1996, citado por Trigo Represas y López Mesa. Ob. cit.



a los admisibles a cerca de 30 operarios, propagando sus efectos al entorno de la planta cuyos habitantes fueron evacuados en un radio de 200 metros. La emergencia obligó a tomar prevenciones adicionales respecto a otras 300.000 personas que habitaban en un radio de 10 kilómetros de la planta”¹².

El accidente fue combatido por una brigada especializada, en una riesgosa operación, logrando detener la reacción nuclear sin provocar grandes daños fuera de la planta. Los daños alcanzaron a los 30 operarios que fueron expuestos a la radiación superior a la admitida como máxima, varios de los cuales tuvieron graves complicaciones físicas en los años posteriores, pero los efectos de las radiaciones se expandieron alcanzando sus efectos negativos a más seres vivos.

Las conclusiones preliminares de la misión de la OIEA determinaron que “el accidente en el reactor nuclear de la JCO –empresa que explotaba el complejo– fue producido por error humano y serios defectos de seguridad. Ello produjo una sobreexposición de varios trabajadores, dos de los cuales tuvieron consecuencias muy severas y agudas del síndrome de radiación y un tercero las tuvo de grado moderado”. Como consecuencia de que se llegaron a alcanzar niveles de hasta 15.000 veces el límite de lo permisible para la vida, se prohibió pescar y beber en las aguas cercanas al accidente. Se prohibió la cosecha de cualquier cultivo agrícola.

Referencias

Asina, Bustamante. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1997.

Alterini, Atilio Aníbal. Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 1992.

Alterini, Adorno, Belluscio y otros. Derecho de Daños. Ediciones Rocca, año 1991.

Belluscio Zannoni. Código Civil Comentado. Editorial Astrea., T. 5.

Diez-Picazo, Luis. Derecho de Daños. Editorial Civitas. Madrid, España, año 1999.

Iturraspe, Jorge Mosset y otros. Daño Ambiental. Rubinzal – Culzoni Editores, año 1999.

¹² Trigo Represxas y López Mesa. Ob. cit., pág. 457.

Iturraspe, Jorge Mosset. El valor de la vida humana. Rubinzal – Culzoni Editores, año 2002.

Martínez Rave Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual. Editorial Temis. Décima Edición. Bogotá, Colombia.

Ríos Avalos, Bonifacio. Factores de Atribución de la Responsabilidad Civil. Editorial La ley, año 2015

Ríos Avalos, Bonifacio. Hechos y Actos Jurídicos 14^o Edición. Intercontinental Editora, año 2017.

Trigo Represas, Félix A., López Mesa Marcelo. Tratado de la Responsabilidad Civil. Editora La ley



LA CULPA Y EL DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EN LA EXTRA CONTRACTUAL

The fault and fraud in contractual civil liability and extracontractual

ALBERTO JOAQUÍN MARTÍNEZ SIMÓN¹

RESUMEN

En este trabajo se propone analizar el concepto de la culpa y el dolo en los ámbitos de las responsabilidades civiles contractuales y extracontractuales, y en ese marco estudiar lo atinente a la carga de la prueba de la culpa, con sus múltiples variables, al mismo tiempo de establecer los contornos, lo más preciso posible, de cada uno de los institutos en cuestión.

Palabras clave: *dolo, culpa, dolo eventual, prueba de la culpa, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual.*

ABSTRACT

In this paper, we propose to analyze the concept of guilt and fraud in the areas of contractual and extracontractual civil responsibilities, and in this context to study the relevance of the burden of proof of guilt, with its multiple variables, to the same time to establish the contours, as accurate as possible, of each of the institutes in question.

¹ Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Civil – Obligaciones, turno tarde de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Profesor del Postgrado de la misma facultad en las materias Responsabilidad Civil I y II. Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, 6ª Sala, de Asunción.



Keywords: *fraud, fault, eventual fraud, proof of guilt, contractual civil liability, extracontractual civil liability.*

1. Introducción

Durante mucho tiempo se ha discutido en doctrina si existen dos responsabilidades civiles distintas —una contractual y otra extracontractual— o si existe una sola responsabilidad civil que abarque a ambas.

En este trabajo nos proponemos analizar tanto la postura que señala que existen dos responsabilidades civiles —corriente que se conoció como **dualismo**— como la postura que sostiene que existe una sola —corriente que se llamó **monismo**—².

Antes de abocarnos al tema, debemos hacer alguna precisión terminológica, necesaria y previa: la denominación dada de **responsabilidad extracontractual** y, especialmente, la de **responsabilidad contractual**.

Al respecto, debemos decir que nuestro Código Civil se refiere a ambos de la siguiente forma: a) para referirse a la **responsabilidad contractual**, el Código la denomina “**De las obligaciones en general**”³, y b) en cuanto a la **responsabilidad extracontractual**, el Código Civil la llama “**De la responsabilidad civil**”⁴.

Surgiría entonces, como primera pregunta: si dado que el Código Civil menciona sólo al **ilícito extracontractual** como **responsabilidad civil**, el incumplimiento de un contrato —previsto en los Arts. 417 del C.C.— ¿no produciría también una obligación indemnizatoria? Obviamente, deberíamos responder **afirmativamente** a dicha

² Cabe decir que a finales del siglo XIX y hasta entrado el siglo XX existían dos corrientes doctrinarias antagónicas —especialmente en Francia— que discutían si existían dos responsabilidades civiles o había una sola. Por una parte, la corriente que sostenía que existía una sola responsabilidad civil, independientemente de su fuente contractual o extracontractual se denominaba monismo. Por la otra, la corriente contraria que sostenía que existían dos responsabilidades civiles diferentes, una contractual y otra extracontractual, cada una con sus propias características, se denominaba *dualismo*.

³ Véase al respecto el Capítulo I, del Título II, del Libro II, arts. 417 y sgtes. del C.C.

⁴ Véase el Título VIII, Libro III, Arts. 1833 y sgtes. del C.C.

pregunta, en razón que en el Capítulo “De las obligaciones en general” se contempla una serie de normas que también regulan la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de dichos contratos⁵, por lo tanto, de dicho incumplimiento –

⁵ **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

Art. 422 C.C. El deudor responderá por el dolo o culpa de sus representantes legales, o de las personas que hubiera utilizado en el cumplimiento de la obligación. Podrá convenirse la dispensa de esta responsabilidad.

Art. 423 C.C. El deudor será responsable por los daños y perjuicios que su morosidad ocasionare al acreedor en el cumplimiento de la obligación.

Art. 424 C.C. En las obligaciones a plazo la mora se produce por el solo vencimiento de aquél. Si el plazo no estuviere expresamente convenido, pero resultare de la naturaleza y circunstancias de la obligación, el acreedor deberá interpelar al deudor para constituirlo en mora. Si no hubiere plazo, el juez, a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación. Para eximirse de las responsabilidades derivados de la mora, el deudor deberá probar que no le es imputable. Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación.

Art. 425 C.C. Si la inejecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

Art. 426 C.C. El deudor no será responsable de los daños e intereses que originan al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o ya hubiere incurrido en mora, que no fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor.

Art. 450 C.C. Los daños comprenden el valor de la pérdida sufrida y el de la utilidad dejada de percibir por el acreedor como consecuencia de la mora o del incumplimiento de la obligación. Su monto será fijado en dinero, a menos que la ley dispusiere otra forma.

Art. 451 C.C. Cuando la obligación no cumplida proviniera de actos a título oneroso, y en todos los demás casos en que la ley lo autorice, habrá lugar a resarcimiento, aunque el perjuicio no fuera patrimonial, debiendo el juez estimar su importe con arreglo a las circunstancias.

Art. 452 C.C. Cuando se hubiese justificado la existencia del perjuicio, pero no fuese posible determinar su monto, la indemnización será fijada por el juez.



total, parcial o tardío- podría igualmente derivar **responsabilidad civil**; por ende, aun cuando el Código Civil llame “**De la responsabilidad civil**” solamente al Título VIII del Libro III que regula a los **ilícitos extracontractuales**, tenemos también –evidentemente– casos de responsabilidad civil también como derivación de incumplimientos contractuales.

Por otra parte, deberíamos formular algunas objeciones formales a la misma *denominación* de **responsabilidad contractual**, en razón que el Capítulo I del Título II, del Libro II del C.C. –Arts. 417 y sgtes.- regula algo más que la obligación indemnizatoria derivada de la falta de cumplimiento de un contrato, ya que dichas normas allí enlistadas se aplican a **todas las obligaciones** y a todo **resarcimiento** derivado del incumplimiento de aquellas y no solo a los **incumplimientos contractuales**; para una mejor comprensión del punto, citemos el caso de quien constituye un **legado** en un **testamento**, en virtud del cual, una vez fallecido el testador, nace el derecho del **legatario** de acceder al legado y, consecuentemente, la obligación de los herederos de cumplir con aquel. Por ende, si éstos herederos no cumplieren el legado, el **legatario** tendría acciones derivadas de dicho incumplimiento; en este caso, debemos decir que no existe vínculo contractual entre los **herederos** y el **legatario**, por lo cual parecería que la responsabilidad sería extracontractual, sin embargo ello no es así, pues las consecuencias de dicho incumplimiento serán reguladas por las normas del Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil –arts. 417 y sgtes.- ya que entre el acreedor –el legatario- y los deudores –los herederos del difundo– había una relación obligatoria puntual, en virtud de la cual los herederos debían dar algo a favor del legatario acreedor y, que ante el incumplimiento de los obligados, nace la posibilidad de reclamarles daños y perjuicios –además del cumplimiento del legado– y estos daños serán –propriadamente denominados- **obligacionales** más que **contractuales** pues como vimos, entre acreedor y deudores hay una relación obligatoria pero no había contrato y dichos daños serán regulados por el Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil⁶; otro caso que podría dar pie a comprender el punto aquí sostenido, es el de las **obligaciones que derivan de la**

⁶ **Art.2739 C.C.** Los herederos, o personas encargadas de cumplimiento de los legados, responden al legatario de los deterioros o pérdida de la cosa legada y de sus accesorios, ocurridos posteriormente a la muerte del testador, sea por su culpa o por haberse constituido en mora de entregarla, a menos que en este último caso las pérdidas o los deterioros hubiesen igualmente sucedido, aunque la cosa legada hubiere sido entregada al legatario.

ley como las obligaciones **alimentarias**⁷ o las obligaciones derivadas de la **voluntad unilateral**, cuyos incumplimientos se reclaman igualmente por las normas establecidas en este Capítulo⁸.

Por ende, podríamos decir que en Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil – Art. 417 y sgtes. regula las consecuencias del incumplimiento de **todas las obligaciones** que no sean **ilícitos extracontractuales**, y entre ellas las del **incumplimiento contractual**. Entonces, *¿por qué referirnos a este capítulo genéricamente como **responsabilidad contractual** cuando que en realidad se regulan también las consecuencias del incumplimiento de otras obligaciones?* Para contestar esta pregunta debemos reconocer que la **tradición** y la **costumbre** tienen mucho peso en la génesis de esa denominación. Por ende, haciendo justicia al alcance de este capítulo deberíamos referirnos al mismo como **responsabilidad obligacional**, es decir, comprensivo de todas las obligaciones que no sean **ilícitos extracontractuales** y no solo por **incumplimiento contractual**. Por tanto, en puridad, en el sistema instalado por el Código Civil paraguayo, la distinción no debería hacerse entre **ilícito extracontractual** e **incumplimiento contractual**, sino entre **ilícito extracontractual** y **obligación incumplida**.

Nótese que el primer artículo del Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil –el 417– menciona que *las obligaciones derivan de alguna de las fuentes estable-*

⁷ **Art.256 C.C.** La obligación de prestar alimentos que nace del parentesco comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, así como lo indispensable para la asistencia en las enfermedades. Tratándose de personas en edad de recibir educación, incluirá lo necesario para estos gastos.

Art.257 C.C. El que solicite alimentos debe probar, salvo disposición contraria de la ley, que se halla en la imposibilidad de proporcionárselos.

⁸ **Art. 1801 C.C.** La promesa de pago o el reconocimiento de una deuda exime a aquel a favor de quien se la otorgue de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume, salvo prueba en contrario. Para que la promesa se convierta en causa de la obligación, debe consignársela por escrito.

Art. 1802 C.C. Aquél que, dirigiéndose al público, promete una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación, o lleve a cabo una determinada acción, queda vinculado por la promesa tan pronto como ésta se hace pública, aún a favor de quien procediere sin interés por la recompensa.



cidas en la ley, con lo que queda en claro que las cuestiones reguladas en ese capítulo son las obligaciones derivadas de **cualquier fuente** –salvo los daños extracontractuales⁹– y no solo del **incumplimiento contractual**.

Ahora bien, reconozcamos también que por el peso de aquella tradición, por la fuerza de la costumbre y dado que la doctrina en general y los abogados en particular manejan aquella denominación de **responsabilidad contractual** cuando se refieren al Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil –Arts. 417 y sgtes.–, mantendremos esta denominación a lo largo de este trabajo, sin dejar de recordar que las normas de este Capítulo I se refieren igualmente a las consecuencias, no solo de los contratos, sino de las demás fuentes de las obligaciones, salvo los ilícitos extracontractuales.

Este sistema tratado en nuestro Código Civil es similar al sistema que regía en el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield –vigente hasta finales de julio de 2015 en la Argentina– y al respecto hay que recordar que una de las principales fuentes de nuestro Código constituyó el Código Civil de Vélez que rigió en nuestro país hasta finales de 1986. Cabe decir también que Vélez Sarsfield toma esta sistemática del *Esboço* de Augusto José Teixeira de Freitas. Por ende, todos estos cuerpos normativos tienen una fuente común, que trataban a la **responsabilidad extracontractual** y a la **responsabilidad obligacional** –la que seguiremos denominando **responsabilidad contractual**– dentro de ámbitos normativos separados y diferentes.

Hechas estas aclaraciones previas y necesarias –especialmente la atinente a la **denominación** de la **responsabilidad contractual**–, pasemos a analizar las **diferencias** y las **semejanzas** entre ambas responsabilidades en dos tópicos muy específicos e importantes: la **culpa** y el **dolo**, sin dejar de mencionar que existen otros varios puntos en los cuales se detectan semejanzas o diferencias, como la extensión del resarcimiento, la posibilidad de pagar por el daño moral, la prescripción liberatoria, la mora, el origen de los reclamos y las acciones que se pueden deducir, entre muchos otros.

⁹ Decimos esto a pesar que existen algunas normas de este Capítulo I del Título II del Libro II del Código Civil que se aplican igualmente a la **responsabilidad extracontractual**, como por ejemplo, el **Art. 424 último párrafo del C.C.**, que regula la constitución en **mora** en dichos casos: “...*Si la obligación deriva de un hecho ilícito, la mora se producirá sin interpelación*”.

2. La definición de la culpa

Una diferencia existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, señalada como tal por la doctrina *dualista* del siglo XIX, era la definición de la **culpa** que era entendida en forma distinta, según sea aplicable en una responsabilidad o en la otra.

Sin embargo, ese criterio fue abandonado y actualmente ya no se sostiene que existan dos culpas distintas, sino lo contrario, se afirma que existe **una sola** que es aplicable a ambas responsabilidades¹⁰.

En ese sentido, debemos recordar la definición de **culpa** de **Vélez Sarsfield** que, con toda precisión, dibujaba el concepto diciendo que era la *omisión de aquellas diligencias debidas* según la *naturaleza* de la obligación y que correspondían a las circunstancias de las *personas*, del *tiempo* y del *lugar*¹¹. Esta definición de Vélez, magnífica, por cierto, se trasladó de su Código al de nuestro país¹², se terminó aplicando expresamente a ambas responsabilidades de acuerdo a disposiciones específicas de nuestro ordenamiento¹³, y perdura hoy, incluso en el C.C. y C. argentino vigente desde 2015¹⁴.

¹⁰ “La culpa es una noción unívoca que el derecho trata diversamente a través de dos diferentes regímenes de responsabilidad, según que esa culpa sea considerada en la inexecución de los contratos o en la comisión de hechos ilícitos. Hay una sola culpa y un doble régimen de responsabilidad culposa”. *Llambias, Jorge J.*, Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Bs. As., Argentina. 1967, T. I, pág. 177.

¹¹ **Art. 512 C.C. argentino de Vélez.** La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

¹² **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

¹³ **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la culpa o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.

¹⁴ **Art. 1724 C.C. y C. argentino de 2015.** Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la



Así, ante el acaecimiento de un hecho dañoso, cuya producción se imputa a la conducta de una persona, a fin de determinar si la misma es o no *culpable*, debe analizarse *cuál hubiese sido* la conducta diligente esperada de una *persona razonable* y luego se compara dicha *conducta ideal* con la que observó el sujeto, según sus circunstancias de *persona, tiempo y lugar*, es decir, analizando las condiciones particulares que le tocó vivir a ese sujeto, en el momento específico de la producción del evento dañoso. Por ello se dice que la *culpabilidad* es un concepto que se estudia *en concreto*, dadas las circunstancias de *persona, tiempo y lugar* del sujeto cuya conducta estamos analizando.

Por otra parte, quienes sostenían la existencia de una diferencia entre ambas culpas, aducían que la **culpa contractual** admitía **grados**: el deudor respondía, según a lo que se haya obligado, por su **culpa grave, leve o levísima**¹⁵. Sin embargo, en la **culpa extracontractual** dicha graduación no aparecía.

naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. . .

¹⁵ “59. Sin embargo, la generalidad de los autores franceses inmediatamente anteriores a la Codificación napoleónica, al igual que en la época posclásica del derecho romano, distinguían tres casos de culpa: la culpa dolosa (dolo) y la culpa lata (grave) que se asimilan. por un lado. y por otro dos categorías más de la culpa: la culpa leve y la culpa levísima. *Pothier* refiriéndose a las obligaciones de dar dice que cuando el objeto de la obligación es un cuerpo cierto el deudor está obligado a prestar un cuidado conveniente para la conservación de la cosa hasta el momento del pago. El cuidado que debe aportar a la conservación es diferente según la diversa naturaleza de los contratos. Así dice *Pothier* que cuando el contrato concierne a la sola utilidad de aquél a quien la cosa debe ser dada o restituida, el deudor no está obligado sino a poner buena fe en la conservación de la cosa y no responde sino de la culpa grave equivalente al dolo: tal el caso del depósito. Si el contrato concierne a la utilidad común de los contratantes el deudor está obligado a prestar a la conservación de la cosa el cuidado ordinario que las personas prudentes ponen en sus negocios y es responsable por lo tanto de la culpa leve. Por ejemplo, en la compraventa la obligación del vendedor de entregar la cosa. Por último, si el contrato no es hecho más que para la sola utilidad del deudor, tal el préstamo de uso, éste se halla obligado a poner en la conservación de la cosa no solamente un cuidado ordinario, sino todo el cuidado posible y es por lo tanto responsable de la culpa levísima.” *Bustamante Alsina, Jorge*. Teoría General de la Responsabilidad Civil. 9ª Edic. Editorial AbeledoPerrot, Bs. As., Argentina. Ps. 49/50.

Esta **graduación de la culpa** aparece incluso en algunos **códigos civiles**, como el **chileno** redactado por Don **Andrés Bello**¹⁶, que preveía dicha clasificación en forma expresa, pero —reiteramos— sólo para los casos de **responsabilidad contractual**¹⁷. Nuestro Código Civil no contiene una clasificación expresa de estos *grados de culpa*, pero hace una referencia inequívoca a ellas en varios artículos¹⁸.

Por otra parte, tratándose de **responsabilidad extracontractual**, no existe esta graduación de culpas, y se mide de conformidad a lo que *habría hecho un buen padre de familia*, o la *persona razonable* como la llamó De Gásperi en su Anteproyecto, en una situación similar.

Cabe reiterar que esta distinción entre las **culpas contractual y extracontractual** estaba vigente en la doctrina del **siglo XIX**, específicamente en la **doctrina dualista**, ya que hoy día la cuestión está superada y se sostiene que la **culpa es una sola**, extremo que fuera demostrado por el **monismo**.

¹⁶ *Andrés de Jesús María y José Bello López*, nacido en Caracas, Venezuela, el 29 de noviembre de 1781 y fallecido en Santiago de Chile el 15 de octubre de 1865.

¹⁷ **Art. 1547 C.C. de Chile**. El deudor no es responsable sino de la **culpa lata** en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

¹⁸ Entre muchos otros, **Art. 1609C.C.** El asegurador queda liberado si el tomador o el beneficiario provoca el siniestro, dolosamente o por **culpa grave**. Quedan excluidos los actos realizados para precaver el siniestro o atenuar sus consecuencias, o por un deber de humanidad generalmente aceptado.



Así, el Código Civil paraguayo define expresamente la **culpa contractual**¹⁹, y dicha **culpa contractual** es la *misma culpa* que se aplica a los **ilícitos extracontractuales**, ya que el mismo Código contiene una norma expresa que hace aplicable la culpa contractual a la **responsabilidad extracontractual**²⁰.

3. La prueba de la culpa

A pesar que existe un solo concepto de **culpa** para ambas responsabilidades civiles, la **carga probatoria de dicha culpa es distinta**, según se trate el caso de una **responsabilidad extracontractual o contractual**.

Muy acertadamente sostiene el gran maestro Adolfo Alvarado Velloso que las cargas probatorias, más que imperativos para las partes, constituyen *“directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sino de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio”*²¹.

3.1. Prueba de la culpa en la responsabilidad extracontractual

Tratándose de un caso de **responsabilidad extracontractual**, habrá que distinguir si el mismo corresponde a responsabilidad civil subjetiva u objetiva.

Si el caso fuera de **responsabilidad civil subjetiva**, habría que distinguir, nuevamente, si el caso corresponde al **hecho propio** o si corresponde a **hecho ajeno**.

Veremos separadamente cada uno de estos casos.

¹⁹ **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

²⁰ **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la **culpa** o el dolo del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.

²¹ *Alvarado Velloso, Adolfo.* El debido proceso de la garantía constitucional. Pág. 194.

3.1.1. Prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva extracontractual por hecho propio

Si el caso fuera de **responsabilidad civil subjetiva por hecho propio** la obligación probatoria correspondería, en principio, a la víctima que asuma en el proceso judicial el carácter de parte actora.

De esta forma, se aplica la **carga probatoria** impuesta por el Código Procesal Civil que indica que quien invoca un hecho controvertido está obligado a probarlo²². Así, quien plantea la demanda por indemnización de daños invocará los llamados **hechos constitutivos**. La prueba de estos **hechos constitutivos**, alegados por el actor como base de su pretensión y negados por el accionado, es a cargo del accionante. Vayamos a un **ejemplo**: El actor, al demandar, alega que fue víctima de un ilícito extracontractual por responsabilidad subjetiva por hecho propio, cuya producción –y culpa– endilga a la parte demandada, por ejemplo, en base a un accidente de tránsito en el que intervinieran dos vehículos automotores de igual porte. Si la parte demandada negase esos hechos constitutivos, y en consecuencia desconociese la culpa, la prueba de los **hechos constitutivos** será a cargo de la accionante.

Decíamos que corresponde *en principio* la carga de la prueba corresponde a la actora, pues existen ciertos casos puntuales en los cuales, a pesar de ser un caso de **responsabilidad civil subjetiva por hecho propio**, la carga probatoria ha sido tras-

²² **Art. 249 C.P.C.** Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez.

Cabe indicar que en la República Argentina rige una disposición muy parecida a la del Código Procesal Civil paraguayo, que permite trazar similitudes –sino identidades– en la interpretación dada al texto de ambas normas:

Art. 377. CPCCN. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.



ladada –por la jurisprudencia primero y por la doctrina después– a través de la **doctrina de la carga probatoria dinámica**²³ que indica que corresponde probar no a quien haya invocado un hecho controvertido, sino a quien está en mejor posición de producir la prueba al respecto.

Mediante la **doctrina de la carga probatoria dinámica** se ha propuesto una **alteración** –para ciertos casos puntuales y concretos– de la carga probatoria impuesta por el Código de forma, en virtud de la cual, en apretada síntesis, *quien alega, prueba*, y se propone que el juez de la causa **traslade** dicha **carga probatoria a la parte que está en mejor condición de demostrar el hecho controvertido**, aunque dicha parte no haya invocado el mencionado hecho controvertido²⁴.

²³ “Tesis de las cargas probatorias dinámicas. Pregonada por el maestro rosarino Jorge Peyrano, nació con el objetivo de flexibilizar las reglas clásicas de la carga de la prueba y su consecuente dificultad de aplicación. La fisonomía de esta doctrina discurre en que la carga de la prueba es variable, o bien dinámica, según las circunstancias del caso, imponiendo la carga probatoria a quien se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, así la tesis no desconoce las reglas clásicas del instituto, pero la trata de complementar, de integrar, de perfeccionarla, aplicándose a todas aquellas respuestas en que por motivos ajenos a su voluntad, una de las partes estaba impedido de probar, como se dio en el ejemplo que originó su nacimiento, la mala praxis médica”. *Villalba Bernie, Pablo*. Proceso Civil. Actualidad y futuro. Bijupa Editora. Asunción, Paraguay. Págs. 448/449.

²⁴ Señalemos que el caso al que con mayor frecuencia se ha aplicado la **doctrina de las cargas probatorias dinámicas** es el de las demandas por daños derivados de la **mala praxis médica quirúrgica**. Al respecto, se ha sostenido que, en estos casos de **mala praxis médica quirúrgica**, el paciente entró al quirófano, e inmediatamente fue anestesiado, perdiendo la conciencia sobre todos los hechos que se desarrollaron posteriormente. Si en la operación quirúrgica sucediere un hecho dañoso, producido por negligencia, imprudencia o impericia del médico que actuara, nacería para la víctima el derecho a ser indemnizado. Por tanto, se consideró *justo* que dicha víctima no cargue con la prueba de hechos que no presencié y que le serían muy difícil –sino imposibles– de producirlos ya que la víctima estuvo inconsciente durante la operación y tampoco puede acceder a la *historia clínica* –o *registros clínicos*– que quedan en resguardo de los médicos y del centro médico que serán, precisamente, los demandados en dicha acción resarcitoria.

Si bien la **doctrina de las cargas probatorias dinámicas** se han aplicado a los casos de mala praxis médica, cabe decir que aquella no se ha limitado a la misma y, posteriormente, se ha ido aplicando también a otros casos judiciales –no sólo precisamente de indemnización de daños– como casos de fraude pauliano o alimentos donde se estableció que quién mejor

A través de esta **doctrina**, la carga de la prueba no se predetermina sobre el accionante o sobre el demandado, antes del proceso, sino que será el juez quien determinará —usualmente al dictar sentencia— quien estaba en mejores condiciones de demostrar la verdad sobre los hechos controvertidos, y establecerá que esa era la parte que debía probarlos.

3.1.2. Prueba de la culpa en la responsabilidad subjetiva extracontractual por hecho ajeno

Estos casos de **responsabilidad civil subjetiva por hecho ajeno** deben dividirse entre los **hechos del dependiente o autorizado**²⁵ y los **hechos dañosos** en los cuales los padres responden por los daños causados por sus hijos menores que habitan con ellos, o los casos en los cuales los tutores o curadores responden de los daños causados por los incapaces que habitan con ellos o, finalmente, aquellos en los cuales los directores de colegios y maestros artesanos responden de los daños causados por los alumnos o aprendices²⁶.

En el caso de los **daños causados por dependientes o autorizados** cabe decir que —en principio— la prueba debe darse sobre la **conducta** de dicho dependiente —o

posición de probar el propio caudal patrimonial es el mismo demandado, aplicándose también a casos de ciertos accidentes de tránsito, de simulación, o de derechos difusos entre los más destacados.

²⁵ **Art. 1842 C.C.** El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito.

²⁶ **Art. 1843 C.C.** Los padres son responsables de los daños causados por los hijos menores cuando habitan con ellos. Los tutores y curadores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapaces que están a su cargo y habitan con ellos. Los directores de colegios y los artesanos son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientras permanezcan bajo su custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieren sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será de cargo de ella.



autorizado- lo que implicaría que –también en principio– la prueba de la **culpabilidad del dependiente** o del **autorizado** cargue la víctima salvo traslación de la carga probatoria.

Tratándose de casos de responsabilidad civil subjetiva por **hecho ajeno** de los **hijos menores, incapaces, alumnos o aprendices** la cuestión cambia, pues en ellos, la culpa de quienes son llamados a responder –padres, tutores, curadores, directores y maestros– se presume y son estos últimos quienes deben probar que actuaron con la *debida diligencia*, caso contrario deberán pagar la indemnización correspondiente.

Nótese que, en estos casos, quienes son llamados a responder (padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos) asumen –desde el mismo momento de la producción del hecho dañoso– una obligación indemnizatoria. Al respecto, el texto de la norma es bastante claro: “*son responsables*”, ¿desde cuándo?, desde que el daño se produjo.

Y nótese también que la norma, sin embargo, les da la posibilidad de probar la *diligencia debida* para exonerarse de la obligación indemnizatoria: “*La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas mencionadas en él prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieren sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona, caso en el que la responsabilidad será de cargo de ella*”.

Se entiende entonces que existe una **culpa presumida** en cabeza de padres, tutores, curadores, directores de colegio y maestros artesanos que ellos deben destruir –por eso cargan con esa obligación probatoria- a través de las **eximentes** que les provee la misma ley, entre las que se cuenta la prueba de la *debida diligencia*, o la prueba de la *falta de culpa*.

Debe señalarse que el último párrafo del art. 1843 del C.C. se dedica a la **cesación de responsabilidad** cuando la custodia del menor de edad pasase a otras personas, con lo cual se produce la *traslación* de la obligación de cuidado y la consecuente responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la misma, y esta eximente se aplica también a todos los supuestos de responsabilidad indirecta contemplados en la norma: padres, tutores, curadores y a los directores de colegio y a los artesanos,

Sin embargo, debe subrayarse que, cualquiera sea la eximente invocada por quienes son señalados por la ley a responder por los actos dañosos ajenos (padres, tutores, curadores, directores de colegio o maestros artesanos) son éstos quienes cargan con dicha obligación de probar la misma, y que, de no probar dicha eximente, estarán obligados a pagar por los daños producidos.

3.1.3. Prueba en la responsabilidad civil objetiva

Si el caso fuere de **responsabilidad civil objetiva**, la obligación de indemnizar está impuesta en la ley y ésta señala específicamente a una persona quien debe pagar la indemnización por dichos daños, que también están descriptos en la norma como, **por ejemplo**, quien realice una actividad peligrosa, o el dueño o guardián de una cosa inanimada riesgosa o el dueño o guardián de un animal no feroz o de uno feroz.

Por ende, la norma impondrá la obligación indemnizatoria en cabeza de quien es señalado por la misma ley para responder del daño, debiendo éste último probar la eximente que también la norma jurídica le provea, es decir, que es el sujeto citado en la norma quien debe demostrar que se dieron algunas de las causales de eximición previstas en la misma ley, como el *caso fortuito*, *la fuerza mayor*, *el hecho de la víctima* o *de un tercero por quien no debe responder*²⁷; de no hacerlo, el señalado por la ley para responder deberá pagar la indemnización, siendo carga de éste último dicha prueba de la eximente²⁸.

²⁷ Al respecto, cabe señalar que los factores de atribución objetivos de responsabilidad son el riesgo creado, la garantía, la equidad, el exceso a la normal tolerancia entre vecinos y el abuso del derecho. Como ejemplo, traigamos el caso del accidente causado por una cosa o una actividad riesgosa (art. 1846 C.C.) en cuyo caso, producido el evento dañoso, se asumirá la responsabilidad del sindicado en la norma como sujeto obligado al pago, salvo que éste demuestre que se produjo alguna de las causales de eximición prevista en la norma, como el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

²⁸ “En ese mismo ámbito extracontractual, si se trata de responsabilidad objetiva, la víctima nada tiene que demostrar, salvo la existencia del daño, por lo que produce una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que el demandado, considerado responsable por ser dueño o servirse de la cosa riesgosa, es quien tiene la opción de exonerarse demostrando que el evento dañoso se produjo por caso fortuito o fuerza mayor, por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien a él no le corresponda responder, según la doctrina que



3.2. Prueba de la culpa en la responsabilidad contractual

Para establecer el punto atinente a la prueba en la responsabilidad contractual, antes debemos recordar que el tema de lo debido por el deudor de un contrato está referido en dos artículos del **Código Civil: el 301 y el 715²⁹**.

De acuerdo a estos artículos del Código Civil debemos señalar que quien se obliga con otro en un contrato, está constreñido a aquello que fuera expresamente pactado, es decir, a lo que surge del texto del contrato, por lo cual el deudor se obligó a dar, a hacer o a no hacer algo a favor de la otra parte. Seguidamente, el deudor se encuentra compelido a cumplir aquellas consecuencias *virtualmente comprendidas* entendidas tales como las que no son expresamente pactadas por las partes, pero que surgen como consecuencias necesarias del contrato. Finalmente, la norma jurídica dispone también que el deudor se encuentra también obligado a cumplir aquello que, sin ser pactado por las partes ni surgir virtualmente del contrato, están establecidas por la misma ley.

Entonces, en los casos de daños derivados de un *incumplimiento contractual* se analiza ***a qué se había obligado dicho deudor*** y se estudia cuál era la obligación que debía cumplir el sujeto pasivo.

Para establecer ***a qué se había obligado el deudor*** y determinar la carga de la prueba en los casos de **responsabilidad contractual**, es sumamente útil la distinción entre los contratos que contienen ***obligaciones de medio*** y los contratos que contienen ***obligaciones de resultado***.

inspira los arts. 1846 y las demás disposiciones del Código Civil referentes a las situaciones de responsabilidad sin culpa (arts. 1847, dueño o guardián de la cosa inanimada, 1853 y 1854, propietario de animales, etc.)". *Gauto Bejarano, Marcelino*. Tratado de las Obligaciones I. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. 2011, pág. 211.

²⁹ **Art. 301 C.C.** Los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigne la ley.

Art. 715 C.C. Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado, y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas.

3.2.1. Prueba en los contratos que contienen obligaciones de resultado

Si estuviésemos ante un caso de *incumplimiento contractual* cuyo contenido es una **obligación de resultado**³⁰, al acreedor que reclama le bastaría con presentar el *contrato* y la prueba de que él mismo ha cumplido su parte de la obligación –si este contrato fuese bilateral– al formular su requerimiento pertinente, invocando que la otra parte no ha cumplido con su respectiva obligación contractual.

Entonces, en estas **obligaciones de resultado**, el deudor es quien debe demostrar que ha cumplido también con su obligación contractual, presentando las pruebas que acrediten este extremo o que no le fue posible pagar por un motivo que lo exonera del cumplimiento, como el *caso fortuito*, *la fuerza mayor*, *el hecho del mismo perjudicado* o *de un tercero* por quien no debe responder. Pero, le estará vedado al deudor de una *obligación de resultado* intentar probar su *diligencia debida* para exonerarse de las consecuencias del incumplimiento contractual. Si no probase estos extremos –caso fortuito, fuerza mayor o culpa ajena– se tendrá por incumplido el contrato por parte del reclamado, y su culpa se presumirá.

Se sostiene que, en principio, las **obligaciones de dar y de no hacer** son **obligaciones de resultado**, pues en ellas el acreedor se satisface sólo con el cumplimiento de la obligación, siendo irrelevante si el deudor ha puesto o no la *debida diligencia* en su cumplimiento, pudiendo liberarse sólo si alega y prueba el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa de un tercero por quien no debe responder. Sin embargo, las **obligaciones de hacer** pueden ser tanto de **medios** como de **resultado**, según los términos en que fue acordado el contrato o el *alea* del mismo, es decir, cuanto dependía de la voluntad del deudor el cumplimiento del contrato o cuanto dependía de factores externos a dicha voluntad.

Por eso es que en estos contratos que contienen *obligaciones de resultado* se dice que la culpa del deudor se presume. Sostenemos que esta última afirmación –la culpa del deudor se presume– sólo es correcta en las *obligaciones de resultado*, pero no en las *obligaciones de medio* como se verá seguidamente.

³⁰ Podríamos *definir* a las *obligaciones de resultado* diciendo que son aquellas en las que el deudor está constreñido a obtener cierto efecto material específico, sin tomar en cuenta – como prestación– la actividad diligente desplegada por el deudor para aquello.



3.2.2. Prueba en las obligaciones de medio

La llamada **obligación de medios**³¹ impone al deudor un **deber de diligencia** sin que le sea exigible al mismo la obtención del **resultado**; por ende, el deudor, probando dicha *diligencia*, será exonerado de las consecuencias dañosas producidas; también será exonerado el deudor si prueba el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa ajena, aunque será suficiente la prueba de la propia *diligencia debida* para exonerarse de la obligación indemnizatoria, ya que la prueba de un hecho extraño —como la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa ajena— siempre es más compleja y difícil de lograr que la prueba del hecho propio, como la de la *debida diligencia* observada por el deudor.

Al respecto de la carga probatoria en el tema de las obligaciones contractuales, debe decirse que no es correcto que toda culpa contractual se presuma³², ya que en las

³¹ Podría **definirse** a las **obligaciones de medios** como aquellas en las que el deudor está constreñido a cumplir una acción o actividad, dentro de determinados parámetros de diligencia, prescindiendo de la obtención de un resultado; por ende, el objeto de estas obligaciones es *la conducta misma* del deudor, quedando fuera de la prestación la obtención del efecto concreto.

³² Por ende, disentimos con lo afirmado la línea doctrinaria —como la abajo copiada— que sostiene que, en todos los casos de incumplimiento contractual, la culpa del deudor se presume, ya que hay casos en los que sí se presume —como en las **obligaciones contractuales de resultado**— pero existen otros —como las **obligaciones de medio**— en los que debe acreditarse la culpa del obligado, y en principio, esa prueba es carga de la misma víctima.

“En materia de contratos la culpa sería presumida; el acreedor no tiene que probar nada fuera del contrato del cual ha nacido su crédito; una vez presentada esa prueba se presume la culpa del deudor por el solo hecho de que la obligación no ha sido cumplida o lo ha sido de una manera insuficiente... En materia de culpa por incumplimiento contractual el acreedor sólo debe probar la existencia del contrato tanto como su incumplimiento; probado éste, se presume la culpa del deudor. O sea, en la responsabilidad contractual el acreedor sólo debe demostrar el incumplimiento, prueba a partir de la cual es presumida la culpa del deudor. Se afirma que la culpa se presume en el incumplimiento contractual y, por lo tanto, el acreedor no debe probar la del deudor. Demostrado el título de su crédito por parte del acreedor, incumbe al deudor la prueba del cumplimiento o la circunstancia impediende o extintiva de la obligación. En materia de culpa aquiliana le corresponde a la víctima probar la culpa del autor del daño. O sea que en materia del incumplimiento de la obligación es regla fundamental la inversión de la carga de la prueba en orden a la culpa. La ley presume, *iuris tantum*, que el incumplimiento sea determinado por el hecho mismo del deudor o, en

obligaciones de medios corresponde —en principio— probar que el deudor incurrió en culpa en el incumplimiento de la prestación debida³³. Cabe agregar también que los jueces, en algunos casos —especialmente vinculados a daños producidos por los médicos— han aplicado la **doctrina de la carga probatoria dinámica**, en virtud de la cual han transferido la obligación probatoria *a quien estaba en mejor condición de probar las circunstancias del hecho dañoso*, es decir, al demandado, quien tenía en su poder la historia clínica y las demás pruebas sobre el acto médico en cuestión, con lo cual la jurisprudencia ha variado la solución legal, buscando soluciones más justas a los casos planteados. Cabe decir también que esta solución mereció la crítica de una parte de la doctrina procesal —la corriente conocida como el *garantismo*— pero el aplauso de otro sector de la doctrina procesal —el *activismo*—.

otras palabras, que el incumplimiento sea debido a la culpa (negligencia) de él (no se establece, en cambio, la presunción de dolo). En otras palabras, frente al hecho del incumplimiento, la responsabilidad del deudor se perfila, independientemente de la prueba del comportamiento culposo de él, a proporcionarse por el acreedor una presunción (*iuris tantum*) de culpa, a cargo del deudor, nace del hecho mismo del incumplimiento. En cambio, corresponde al deudor proporcionar la prueba de la propia inculpadabilidad si quiere verse exonerado de las consecuencias del incumplimiento, esto es, de la obligación del resarcimiento del daño”. *Gauto Bejarano, Marcelino*. Tratado de las Obligaciones I. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. Tomo I, 2011, págs. 211/212.

³³ Como **ejemplo** de lo afirmado, recuérdense los casos de los daños producidos como consecuencia de la **mala praxis médica** o de los profesionales **abogados**, en los cuales es preciso acreditar la falta de diligencia (o culpa) de los profesionales demandados, no siendo suficiente que por el solo hecho de la falta de curación del paciente o por haber perdido el juicio en tribunales, el médico y el abogado, respectivamente, deban pagar una indemnización. Se reitera entonces, que dicha culpa, en esos casos, no se presume y debe ser acreditada.



Por tanto, dado el incumplimiento en estas **obligaciones de medio**, la culpa del deudor ya no se presume y ésta debe ser probada —en principio y salvo traslación de la carga probatoria³⁴— por el accionante³⁵.

4. La definición del dolo en la responsabilidad contractual y en la extracontractual

En primer lugar, debemos señalar que anteriormente —durante la vigencia en nuestro país del Código Civil argentino de Vélez— se sostenía que el concepto de **dolo**

³⁴ La **carga probatoria**, en principio, pesa sobre la parte actora de conformidad al **art. 249 del C.P.C.**, que establece: **Carga de la prueba**. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez.

Sin embargo, existen casos en los que la ley traslada la carga probatoria hacia la persona del demandado, casos que se conocen como **inversión de la carga probatoria**. Como **ejemplo** de esta traslación de la carga probatoria encontramos en el art. 671 del C.C. que regula la **lesión enorme**.

En el **C.C.C.A. del año 2015** se ha regulado la cuestión en el **art. 1723**, que dice: “Cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un **resultado determinado, su responsabilidad es objetiva**”, con lo cual, si el deudor se obligó a conseguir un **efecto** determinado (**obligación de resultado**) éste responderá en forma objetiva, es decir, **sin culpa**.

El mismo **C.C.C.A. del año 2015** para el caso de los profesionales liberales señala en su **art. 1768**: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva excepto que se haya comprometido un resultado concreto”, con lo cual el Código Civil y Comercial argentino hace una distinción puntual en relación a la responsabilidad civil de los profesionales liberales y afirma que el principio es el de la **responsabilidad subjetiva**, es decir **acreditando culpa o dolo**, salvo que el profesional se haya comprometido a obtener un **resultado específico, un efecto determinado**, con lo cual la responsabilidad será de **resultado** y el profesional responderá **objetivamente**.

³⁵ Decimos que la carga de la culpa le corresponde al actor, *en principio*, pues existen casos en los cuales la jurisprudencia y la doctrina ha trasladado la carga probatoria a *quien se encontraba en mejor condición de producir la prueba*, en aplicación de la llamada **doctrina de la carga probatoria dinámica**. Al respecto, recuérdese el caso de las demandas de daño por *mala praxis médica* en los cuales la prueba de la diligencia se ha trasladado al accionado.

contractual era distinto al concepto de **dolo extracontractual**. Esta diferencia hoy día ya ha sido superada.

En cuanto a la *responsabilidad extracontractual*, el **dolo** era definido en el Código Civil de Vélez —que rigió en nuestro país hasta 1986— en el **art. 1072** que regulaba el *delito*³⁶, en el cual se exigía que el hecho ilícito fuera ejecutado “*a sabiendas con intención de dañar la persona o a los derechos de otro*”. Por ende, la **intención de dañar** era determinante para que existiera el **dolo** en los actos ilícitos extracontractuales —también llamado **dolo delictual**— y al tener que existir esa *directa intención de dañar*, el único **dolo** que podía existir era el **dolo directo** con lo cual el llamado **dolo indirecto o eventual**, que trataremos más adelante, quedaba excluido.

Debemos decir también que el vocablo **dolo** es polisémico. Así, cuando mencionamos al **dolo** podría entenderse al vocablo en tres sentidos o significados: a) como uno de los vicios del acto jurídico, b) como intención de causar un daño —y si se incluye al eventual— o con la desaprensión propia de causarlo, o c) como la decisión de incumplir un contrato adrede.

En el ámbito del derecho de daños, cabe señalar que el Código Civil Paraguayo solo define el concepto de **culpa**, pero omite toda definición del concepto del **dolo** vinculado a la intención de causar daño o a la desaprensión de hacerlo, sea en el ilícito extracontractual o en el incumplimiento contractual, de igual manera que el Código de Vélez que tampoco definía en forma expresa al **dolo obligacional**, aunque obviamente, sí lo regulaba³⁷.

Como **culpa** entendíamos la omisión por una persona de las diligencias necesarias y pertinentes, según la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias del tiempo, lugar y las personas³⁸.

³⁶ **Art.1072 C.C. argentino de Vélez.** El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este Código “delito”.

³⁷ En realidad, a similitud de nuestro Código, el **Código Civil argentino de Vélez Sarsfield** regulaba sobre las **tres clases de dolo diferentes**, antes citadas. En primer lugar, el dolo como uno de los vicios de la voluntad que podría afectar el acto jurídico (arts. 931 y sgtes., concepto que en este trabajo no nos interesa), el dolo obligacional (art. 519, 520 521, sgtes. y concordantes) y el dolo aplicable a los ilícitos extracontractuales (art. 1072).

³⁸ **Art. 421 C.C.** El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación. **Habrá culpa cuando se omitieren**



Si bien el Código Civil trata la **culpa** y el **dolo** en el mismo artículo 421, como ya se dijo, definió solo a la primera y omitió definir al segundo, por lo que, en el ordenamiento nacional, no se encuentra una definición de **dolo**, en su aplicación al incumplimiento contractual o al daño extracontractual.

Sí ha definido el Código Civil el **dolo como uno de los vicios de la voluntad** en los actos jurídicos, y lo ha vinculado al *engaño* y a los *artifícios* utilizados por una persona para turbar la decisión de otra persona en el marco de una declaración de voluntad, de modo tal a hacerle declarar algo que, conociendo la realidad, no hubiera declarado³⁹. Esta acepción de la palabra **dolo**, en el marco de este trabajo, no nos interesa.

Por tanto, ante la falta de definición legal del **dolo** que sea aplicable al incumplimiento contractual y al ilícito extracontractual se impone realizar el esfuerzo para tratar de definirlo y aplicarlo tanto a un ámbito como al otro, pues recordemos que la definición del **dolo** –al igual de lo que sucede con la definición de la **culpa**– habrá de ser la misma para ambos ámbitos, dada la disposición de nuestra ley al respecto⁴⁰.

Embarcados en esa labor de definir el **dolo** tanto en el incumplimiento de una obligación nacida de la voluntad –responsabilidad contractual– como en un ilícito extracontractual y, con ello, tratar de llenar el vacío legal generado por la falta de pronunciamiento del Código Civil sobre dicha definición, se hace necesario que recurramos a los estudios de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el mismo punto, así como es conveniente ver el tratamiento que los modernos Códigos Civiles le dan al punto.

Como primera escala, remitámonos a lo dispuesto en el Código Civil y Comercial argentino que entrara en vigencia en el año 2015, que vuelve a definir a la **culpa** en

aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano.

³⁹ **Art. 290 C.C.** Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción falsa o disimulación de lo verdadero, cualquier astucia, artificio o maquinación que se emplee con ese fin. Las reglas se aplicarán igualmente a las omisiones dolosas.

⁴⁰ **Art. 1855 C.C.** Para apreciar la culpa o el **dolo** del responsable del daño, así como para la liquidación de éste, se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, **las normas de este Código sobre incumplimiento de las obligaciones provenientes de los actos jurídicos.**

términos absolutamente similares —de idéntico contenido normativo— que nuestro Código Civil, y agrega la definición de **dolo** en el mismo artículo⁴¹.

Debemos empezar diciendo que debemos dividir el análisis del **dolo** según sea el **dolo directo** o el llamado **dolo indirecto o eventual**, concepto que entendemos debe incorporarse y pasar a formar parte del **dolo** genérico.

Así, el **dolo directo** se entenderá como la actuación de una persona que se realiza con la manifiesta intención de causar un daño deliberado a otro sujeto —**dolo directo delictual**— o la actuación del sujeto deudor que deliberadamente incumplió su obligación contractual —**dolo directo obligacional**—. En ambos casos, es decir tanto para el ilícito extracontractual como para el incumplimiento contractual, la **intención** del sujeto es determinante para la producción del **dolo**.

⁴¹ **Art. 1724. C.C. y C. Argentino.** Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. **El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.**

El C.C. y C. Argentino, como se ve, trae una descripción del **dolo** que es aplicable tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual. El **art. 1724** dice, en su último párrafo: “*El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”, con lo cual, a partir de la entrada en vigencia de dicho Código, el **dolo** en la Argentina no es sólo el **dolo directo**, causado de manera intencional, sino que también se incluye a aquella conducta que se desarrolle con manifiesta indiferencia hacia el resultado de la misma, es decir, incluyó el **dolo indirecto o eventual**. En ambos casos habrá **dolo** y éste se aplica a ambas responsabilidades, por tanto, si el agente tuvo la intención directa de dañar con el incumplimiento o si simplemente se representó esa posibilidad y se desinteresó del efecto.

Como queda evidenciado con la transcripción del **art. 1724**, el concepto de **dolo eventual** se ha incorporado actualmente al del **dolo genérico**; sin embargo, ello no fue así en el pasado en la República Argentina, pues en el Código Civil de Vélez, el único **dolo** que se consideraba era el **directo**. Así lo tenía asentado la doctrina al respecto: “788. *La doctrina distingue el dolo directo del dolo eventual. En el primer caso la acción se dirige a causar el daño; en el segundo, la acción no se ejecuta para causar el daño, pero el autor del hecho desdeña el daño que puede causar. La noción del Código Civil (art. 1072) está referida sin duda al dolo directo, por lo que el dolo eventual puede configurar una situación de culpa por imprudencia*”. Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Editorial Abeledo Perrot. 9ª Ed. Buenos Aires, Argentina. P. 337.



Por otra parte, el **dolo indirecto o eventual** se entenderá como aquella actuación realizada con **manifiesta indiferencia por los intereses ajenos**, que –según entendemos– es aplicable también tanto al incumplimiento del contrato como al ilícito extracontractual⁴². Por tanto es factible interpretar que cuando se produce un daño, sin que el sujeto que lo ocasiona tenga la intención directa de causarlo⁴³ pero, consciente que su forma de actuar en el caso concreto, aumentará en forma exponencial la probabilidad que dicho daño ocurra, la efectiva ocurrencia del mismo hace que se considere que el perjuicio se causó con **dolo indirecto o eventual**, concepto que

⁴² El **dolo indirecto o eventual** no implica la intención del autor de causar a otro un daño de manera maliciosa y deliberada, pero el autor del daño desdena que pudiese ocasionar, teniendo como probable; por tanto, puede decirse que en el **dolo indirecto o eventual** el autor del daño decide –elemento volitivo– menospreciar la eventual producción del perjuicio.

En un caso judicial de **accidente de tránsito** protagonizado por un **ómnibus** en perjuicio de un **peatón** –evidentemente un caso de *responsabilidad extracontractual* tanto para el chofer como para la empresa de transporte en relación al peatón, con quien no tiene ningún contrato, pues no es su pasajero– se analizó la manera temeraria de conducir de parte del chofer del ómnibus. En ese caso judicial, el tribunal argentino que dictó el fallo entendió que el hecho de conducir el ómnibus con exceso de velocidad, no puede hacer presumir la existencia de un **dolo directo**, pues no es dable entender que el chofer tuviera intención de causar el daño; sin embargo, esa manera temeraria de conducir evidentemente aumenta las probabilidades de atropellar a cualquier persona que camine por la calle. Si ante esos hechos, a sabiendas y sin importarle tal circunstancia el chofer del ómnibus continúa conduciendo en forma imprudente y produce finalmente el arrollamiento de un peatón, esa conducta puede ser conceptualizada como **dolo indirecto o eventual**. Al respecto, la jurisprudencia extranjera, sobre el punto, señaló: “*Es el caso del conductor de ómnibus que se despreocupa de la circunstancia de que algún peatón se cruce en su camino y, si se imagina tal cruce, continúa igualmente conduciendo con exceso de velocidad.*” Jurisprudencia Argentina: T.S. Santa Cruz, L.L., 138-959, 23.743-S.

⁴³ Debemos señalar que la prueba del hecho *doloso* ha sido objeto de estudio y atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, ello en razón de que es sumamente dificultoso conocer la **real intención** del sujeto en cuestión, pues ello implica penetrar en el fuero interno del agente; por tanto, bien vale considerar ciertas conductas externas que permitan presumir una actuación dolosa.

“785. La parte que alega el dolo puede emplear toda clase de medios probatorios y salvo la confesión del deudor no se podrá lograr una prueba directa de la existencia del dolo que no es sino un fenómeno de la conciencia.” *Bustamante Alsina, Jorge*. Teoría General de la Responsabilidad Civil. Editorial Abeledo Perrot. 9ª Ed. Buenos Aires, Argentina. P. 337.

debe incorporarse al de **dolo**⁴⁴, el que debe comprender, por ende, tanto al **dolo directo** como al **indirecto o eventual**.

Este punto del **dolo eventual o indirecto** cobra particular interés en ciertos **contratos**, en los cuales el *incumplimiento* del sujeto obligado puede darse por este tipo de **dolo**, y no precisamente por el **dolo directo**. Pensemos en el **contrato de transporte**, en el cual el chofer del ómnibus de pasajero —representante a su vez de la empresa de transporte— que conoce de los riesgos elevados de causar daño dada su forma temeraria de conducir —por ejemplo, ese chofer no para la marcha para la subida o bajada de pasajeros, conduce a alta velocidad, realiza maniobras imprudentes o a gran velocidad, etc.— lo que eleva considerablemente la probabilidad de producir un daño a sus pasajeros, actuando con temeridad y desprecio por los daños que podría acarrear su accionar, es decir, actuando con **dolo indirecto o eventual**⁴⁵. En estos casos, la responsabilidad de la empresa de transporte —representada por el chofer— con sus pasajeros es claramente contractual, y la responsabilidad de aquella

⁴⁴ “457. Hay dolo indirecto o eventual cuando el sujeto no tiene la voluntad concreta de dañar, pero no descarta que se pueda producir daño y, a pesar de ello, continúa adelante. En este caso, si se hubiera representado la efectividad del daño, igualmente habría continuado su obrar, desentendido de aquél”. *Alterini, Atilio A. - Ameal, Oscar José - López Cabana, Roberto M.* “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”. Editorial Abeledo-Perrot. 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina. 1996. P. 195.

⁴⁵ Este criterio fue recogido en el Ac. y Sent. N° 54 del 01 de agosto de 2017 dictado por la 6ª Sala Civil y Comercial de Asunción, en el caso judicial caratulado: “Nathalia Elizabeth Ozorio Ruíz Díaz c/ Empresa Automotores Guaraní SAECEI (AGSA) y Fidencio Benegas Centurión s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual”, en el cual, luego que el Tribunal calificara la responsabilidad de la empresa demandada como contractual, estableció que el obrar temerario del chofer configuraba **dolo indirecto o eventual**, y por ende la responsabilidad de la empresa demandada iba hasta las consecuencias mediatas — art. 425 C.C.— habiendo mediado dolo en la conducta de su dependiente —art. 422 C.C.—. En el caso, el chofer del ómnibus, que estaba parado alzando pasajeros, reanudó la marcha y realizó una maniobra brusca de adelantamiento a otro vehículo, mientras la actora estaba subiendo la escalera de ingreso al bus, detrás de otros pasajeros que estaban haciendo lo mismo, producto de lo cual, la accionante cayó al pavimento siendo pisada por el mismo ómnibus de la empresa demandada, lo que derivó en la amputación de la pierna izquierda de la actora.



podrá llegar hasta las consecuencias llamadas **mediatas**⁴⁶ –concepto que incluye en principio el lucro cesante y la pérdida de chance-, sólo si existe **dolo o malicia**⁴⁷ en el actuar de su representado, por cuyos actos dolosos también responde⁴⁸, pues si no mediase el mentado **dolo**, los daños indemnizables podrían llegar sólo hasta las consecuencias inmediatas.

⁴⁶ “En tal sentido se establecen los daños por los cuales responderá el deudor de un incumplimiento contractual y abarca hasta las consecuencias **inmediatas**. Es decir, los perjuicios que surjan directamente del incumplimiento y sin que medie otro hecho distinto y se podría hablar de daños patrimoniales emergentes como los daños meramente físicos a raíz del accidente y los intereses. No obstante, ello, no se debe pasar por alto que cuando la inexecución de un contrato se debe a un incumplimiento malicioso –la doctrina lo entiende como doloso–, el resarcimiento del deudor también comprometerá las consecuencias mediatas. Es decir, los daños que resultan de la conexidad del incumplimiento, pero no directamente, estaríamos hablando así de los daños por pérdida de chance y del lucro cesante. En tal sentido se debe hacer la precisión que el chofer demandado –quien actuó con dolo eventual– compromete la responsabilidad de resarcir los daños de la empresa transportista demandada pues el primero actúa en representación y como brazo ejecutor de la empresa porteadora. En tal sentido, debemos reconocer la vigencia del principio de favor victimae o pro damnato que propone entender a las eximentes y limitantes de la responsabilidad civil en un sentido restrictivo pues el sujeto jurídicamente más desprotegido resulta ser la víctima o el acreedor del hecho dañoso, quien debe ser tutelado por el derecho. Así también, en virtud al principio jurídico *alterum non laedere* (deber de no dañar a nadie) se reconoce el derecho de la accionante de ser resarcida de manera integral y por consiguiente no se debe dejar indemnes daños injustos. Es por esta razón que puede inferirse que el chofer demandado responde por el actuar con dolo eventual comprometiendo su responsabilidad subjetiva, y atendiendo a que se encuentra conduciendo un ómnibus por mandato de la empresa transportista, compromete la responsabilidad contractual de este último por inexecución dolosa del contrato de transporte de personas. Debiendo en consecuencia ambos demandados responder por los daños inmediatos y mediatos ocasionados a la accionante”. Ac. y Sent. N° 54 del 01 de agosto de 2017 dictado por la 6ª Sala Civil y Comercial de Asunción, en el caso judicial caratulado: “Nathalia Elizabeth Ozorio Ruíz Díaz c/ Empresa Automotores Guaraní SAECEI (AGSA) y Fidencio Benegas Centurión s/ Indemnización de Daños y Perjuicios por responsabilidad extracontractual”.

⁴⁷ **Art. 425 C.C.** Si la inexecución de la obligación fuese maliciosa, los daños e intereses comprenderán también las consecuencias mediatas.

⁴⁸ **Art. 422 C.C.** El deudor responderá por el dolo o culpa de sus representantes legales, o de las personas que hubiera utilizado en el cumplimiento de la obligación. Podrá convenirse la dispensa de esta responsabilidad.

Referencias

Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar José, López Cabana, Roberto M. “Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales”. Editorial Abeledo-Perrot. 1ª Ed. Buenos Aires, Argentina, 1996.

Alvarado Velloso, Adolfo. *El debido proceso de la garantía constitucional*. Ed. Zeus S.R.L. Rosario, Argentina. 2003.

Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9ª Edic. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires., Argentina.

Gauto Bejarano, Marcelino. *Tratado de las Obligaciones I*. Intercontinental Editora. Asunción, Paraguay. 2011.

Llambias, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Bs. As., Argentina. 1967, T. I.

Villalba Bernite, Pablo. *Proceso Civil. Actualidad y futuro*. Bijupa Editora. Asunción, Paraguay.



**DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN DE RPA Y RPAS EN LA
FACULTAD POLITÉCNICA DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL DE ASUNCIÓN - UNA; REGLAMENTACIÓN
DE AVIACIÓN TRIPULADA A DISTANCIA DE LA
REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

*Design and construction of RPA and RPAS in
the Polytechnic Faculty of the National
University of Asunción - UNA; Regulation of
Remote Manned Aviation of the Republic of
Paraguay*

OSCAR BOGADO FLEITAS ¹

RESUMEN

El trabajo presentado en esta ocasión adquiere fundamental importancia en el desarrollo de la Aviación Civil y Comercial de la República del Paraguay en vista a que se involucran dos situaciones de vital importancia para el desarrollo de la actividad aérea; Primeramente, enfocaremos sobre el proyecto *Kavure`i* impulsado por la Facultad de Politécnica-Carrera Ingeniería Aeronáutica, en el cual abordaré temas como Impacto del Problema, riesgos del mismo, así como los beneficios para la población.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas, Abogado, Titular de Cátedra de la Asignatura Derecho Aeronáutico, Profesor Adjunto en la Cátedra Derecho del Transporte de la Carrera de Notariado. Asesor Ad Honorem de la DINAC. Miembro de la Comisión de la Agencia Espacial del Paraguay. Miembro de la Comisión Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial. Asesor de la Carrera de Ingeniería Aeronáutica de la Facultad de Politécnica de la Universidad Nacional de Asunción.



Seguidamente abordaré sobre el trabajo de reglamentación de la Aviación Tripulada a Distancia de la República del Paraguay, experiencia que comparto como miembro de la Comisión a quien la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil encomendó el proyecto de reglamentación de estas aeronaves de conformidad a la Constitución Nacional, el Artículo 8 del Convenio de Chicago de 1.944 y los principios del Derecho Aeronáutico.

Este trabajo lo abordé dentro del tipo de artículo: Informes o ponencias, en vista a que, en el mes de septiembre del año 2017, he presentado este trabajo a la comunidad aeronáutica que forma parte del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial en Chile, Ciudad de Santiago de Chile en las XLIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial Espacial.

Palabras clave: *RPAS; Aeronaves; Zonas Prohibidas; Zonas Restringidas; OACI.*

ABSTRACT

The work presented on this occasion acquires fundamental importance in the development of Civil and Commercial Aviation of the Republic of Paraguay in view of the fact that two situations of vital importance for the development of aerial activity are involved; First, we will focus on the Kavure`i project promoted by the Faculty of Polytechnic-Career Aeronautical Engineering, in which I will address issues such as the Impact of the Problem, its risks, as well as the benefits for the population.

Next, I will address the regulatory work of Remote Manned Aviation of the Republic of Paraguay, an experience that I share as a member of the Commission to whom the National Directorate of Civil Aeronautics entrusted the regulation project of these aircraft in accordance with the National Constitution, Article 8 of the Chicago Convention of 1944 and the principles of Aeronautical Law.

This work is addressed within the type of article: Reports or reports, in view of the fact that, in the month of September of the year 2017, I presented this

work to the aeronautical community that is part of the Ibero-American Institute of Aeronautics, Space Law and of the Commercial Aviation in Chile, City of Santiago de Chile in the XLIV Ibero-American Conference on Aeronautics, Space and Space Commercial Aviation.

Keywords: *RPAS; Aircraft; Prohibited areas; Restricted areas; ICAO*

Proyecto “Kavure ´i”

Impacto del problema (Estabilidad, Legitimidad, Gobernabilidad)

La necesidad de una regulación en la operación en los RPAS y/o UAV, confinado en la actualidad a espacios segregados y zonas de operaciones, que lleva a tener un impacto en los estándares válidos reconocidos por las autoridades competentes que habiliten la incorporación de este tipo de tráfico en el espacio aéreo no segregado con el grado de seguridad exigido;

La necesidad de gestionar el espectro radioeléctrico para buscar frecuencias seguras y anchos de bandas suficientes que soporten el volumen de información manejados y la baja interoperabilidad de los sistemas RPAS.

Riesgos del problema

La producción y utilización de los drones a fabricar tiene como contrapartida el surgimiento de nuevos riesgos para la seguridad de la aviación y de los bienes superficiales, ataques a la privacidad, sobrevuelo en zonas prohibidas o restringidas, problemas a la seguridad, actos ilícitos o actos terroristas entre otros, ya que fue considerado como verdaderas aeronaves por la Circular 328 de la OACI,

Reconociéndosele como tal, por lo que debemos pensar en las cosas que deben considerarse y que ha tomado años en materializar para la aeronáutica, en relación con las aeronaves tradicionales que se hallan relacionadas principalmente con la responsabilidad civil en caso de la ocurrencia de un daño por su uso, como la investigación de accidentes o incidentes para la prevención y desarrollo de la seguridad aérea.



Si bien que a través del presente proyecto se impulsaría el diseño y construcción de drones en Paraguay a través de la Facultad Politécnica de la Universidad Nacional de Asunción, no deja de ser preocupante que su uso sea destinado a lo mencionado precedentemente, por la no existencia de una normativa clara y desarrollada en el Paraguay, así como en todo el mundo.

Beneficio para la población (Valor Público)

Desarrollar la industria aeronáutica desde el diseño hasta la terminación de su construcción, que será destinado a la comunidad paraguaya en los diversos estamentos.

Esto fomentara fuentes de trabajo a los egresados de la carrera de Ingeniería Aero-náutica de la Facultad Politécnica de la Universidad Nacional de Asunción, siendo esta, futura institución para la formación e instrucción de los futuros pilotos de drones por tener el factor humano requerido para esto.

Análisis de Actores

Grupo	Intereses	Problemas percibidos
Facultad Politécnica UNA	Aporte al desarrollo nacional Afianzar la investigación y extensión	Gestión de acciones para lograr recursos financieros. Recursos humanos
Grupo	Intereses	Problemas percibidos
Estudiantes de la Carrera de Ingeniería Aeronáutica	Acceder a información en forma eficiente. Interés de bibliografía y publicaciones actualizadas.	Material insuficiente y desactualizado en las bibliotecas. Equipamiento informático insuficiente.

Docentes	Acceder a la información en forma eficiente. Acceder a bibliografía y publicaciones actualizadas. Acceder a bases de conocimiento de otras instituciones similares, a través de convenios interinstitucionales y/o cursos y seminarios.	Material insuficiente y desactualizado en las bibliotecas. Equipamiento informático insuficiente. Recursos financieros. Recursos humanos.
Egresados	Acceder a la información en forma eficiente. Formar parte del Proyecto Kavure'i Nueva oportunidad laboral.	Recursos financieros Oportunidades laborales reducidas por falta de formación.
Beneficiarios	Adquisición de los drones producidos.	Recurso financiero Capacitación.

Diseño e ingeniería

En cuanto a los ámbitos de ingeniería, todo estará a cargo de los docentes, estudiantes y egresados de la Facultad Politécnica UNA, y que comprenden los siguientes puntos:

- ⊙ Software
- ⊙ Antenas
- ⊙ Comunicaciones
- ⊙ Auto piloto
- ⊙ Sensores
- ⊙ Carga útil



En referencia al diseño y estructura, se detallan los siguientes ejes: costillas, largue-
ros, fuselaje, grupo moto propulsor de acuerdo al peso y tamaño.

“Reglamentación de Aviación Tripulada a Distancia de la República del Para- guay”

Pirámide Kelsen

Aplicada en la República del Paraguay

Constitución Nacional	Nivel 1
Convenios y Tratados Internacionales ratificados por el Congreso Nacional	Nivel 2
Códigos	Nivel 3
Leyes	Nivel 4
Reglamentos	Nivel 5

Los Sistemas de Aeronaves no Tripuladas, son un nuevo componente del sistema
aeronáutico que la OACI, los Estados y la industria aeroespacial se proponen a com-
prender, normar e integrarlos al sistema aeronáutico general.

Estos sistemas se basan en novedades tecnológicas aeroespaciales de última genera-
ción que pueden abrir nuevas y mejores aplicaciones comerciales, deportivas, de
recreación y esparcimiento.

En la aviación civil, cuyo basamento se relaciona a la noción de que un piloto dirige
la aeronave desde la cabina de comando y con mucha frecuencia, con pasajeros y
cosas a bordo, el retiro del piloto plantea importantes problemas técnicos y opera-
cionales cuya magnitud nos ocupa activamente en la comunidad aeronáutica, por lo
que es intención de éste reglamento normar su operación.

El objetivo de la Organización de Aviación Civil Internacional es instar a los Estados,
con referencia a la aviación no tripulada, de proporcionar el marco normativo para
los procedimientos de servicios de navegación aérea, a efectos de afianzar la opera-
ción normal de las Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPA) en el territorio nacional,
de forma segura, armonizada y fluida, comparable con las operaciones tripuladas.

Por su parte, el Artículo 5° de la Ley N°: 73/1990 “Carta Orgánica de la DINAC”, dispone: “Inciso “b”: “Aplicar los Tratados y Convenios Internacionales de la materia ratificados por la República, coordinándolas con las leyes nacionales y con las Resoluciones de la Organización de Aviación Civil Internacional – OACI, de la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y de otros organismos internacionales” ... Inciso “g”: Organizar, reglamentar y establecer sistemas de seguridad destinados a brindar protección al tránsito aéreo y a las instalaciones aeroportuarias...”.

En este contexto, la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil (DINAC), por **Resolución de la Presidencia N° 722/2017 de fecha 02 de mayo de 2017**, por la que se conforma una Comisión Asesora de Trabajo interinstitucional multidisciplinaria que se encargará del estudio y la preparación del Reglamento Nacional para las Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPA) y los Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS)

Constituida por representantes de:

- Dirección Nacional de Aeronáutica Civil – DINAC
- Asociaciones de operadores civiles (ADAP – AOMP),
- Agencia Espacial del Paraguay,
- Facultad Politécnica de la Universidad Nacional,
- Instituto de Derecho Aeronáutico, Espacial, de la Aviación Comercial y de la Aviación General, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales – UNA
- Centro de Investigación Aeroespacial del Paraguay (CIAP),
- Fuerza Aérea Paraguaya (FAP),
- Policía Nacional
- Fundación Parque Tecnológico Itaipú Paraguay (PTI - PY).

Resumen de los articulados

Capítulo 1 Abreviaturas y Acrónimos

1.1. Aplicación Sobre Territorio del Paraguay DINAC

1. 2 Abreviaturas y Acrónimos



1.3 Definiciones

Capítulo 2 Clasificación Vehículo Aéreo Pilotado a Distancia en forma de Avión y Helicóptero – Peso.

Capítulo 3 Operaciones Espacio Aéreo Segregado y No segregado – DINAC – Sujeto que operaran.

Capítulo 4 Registro Sección especial habilitado para el efecto.

Resumen de los articulados.

Capítulo 5 Miembros de la Tripulación Remota Mayores de edad y contar con certificado de aptitud psicofisiológica (Eximición Certificado de Idoneidad)

5.2.1 Comunicaciones Materia de Radiocomunicaciones – Espectro radioeléctrico

5.2.2 Fiscalización DINAC Faltas Aeronáuticas

5.2.3 Interceptación, Persuasión e Inutilización

Capítulo 6 Del Seguro y las Limitaciones de la Responsabilidad

Capítulo 7 Disposiciones Finales Drones Públicos, no previstas en la reglamentación CAP.

Modelo de Reglamento sobre Aeronaves Pilotadas a distancia (RPAS)

Hecho por el Proyecto Regional RLA/99/901/ Vigilancia en la Seguridad Operacional, la misma se encuentra estipulada en el proyecto de Reglamentación

3.13 Restricciones de las operaciones en demostraciones aéreas, eventos deportivos y otros eventos

Fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior, los RPA estarán limitados para operar hasta la altura autorizada por la autoridad aeronáutica competente, que no constituya peligro en lo que respecta a la circulación aérea. En caso de que dicha operación se realice en el espacio aéreo no segregado, deberá requerirse la autorización del Control de Tránsito Aéreo. Como así también no serán operadas a una distancia menor a 50 m (cincuenta metros), de cualquier edificación, estructura, vehículo, embarcación o persona, salvo que esta persona esté relacionada directa-

mente con la operación del RPA, como también queda prohibida que las RPAS operen a una distancia menor de 100 m de una demostración aérea o de cualquier reunión de personas como conciertos, festivales, eventos deportivos.

Modelo de Reglamento sobre Aeronaves Pilotadas a distancia (RPAS)

Hecho por el Proyecto Regional RLA/99/901/ Vigilancia en la Seguridad Operacional, la misma se encuentra estipulada en el proyecto de Reglamentación

3.22 Prohibición de operación simultánea

Se prohíbe la operación simultánea de más de un RPA por la misma estación de piloto remoto a la vez. Excepcionalmente, y siempre que lo requiera la naturaleza de la operación y se establezcan medidas de seguridad apropiadas, la Autoridad Aeronáutica podrá conceder autorizaciones especiales para el efecto.

3.11, al 3.18

Zonas prohibidas y zonas restringidas

Las RPA no serán operadas:

En una zona prohibida o restringida, que haya sido así declarada por la AAC

Prohibición de operaciones sobre zonas pobladas

Las RPA no serán operadas:

Sobre zonas densamente pobladas como ciudades, urbanizaciones, etc.; y

A una distancia menor de 150 metros (500 ft) de cualquier edificación, estructura, vehículo, embarcación, o persona, salvo que esta persona esté relacionada directamente con la operación de la RPA.

Lanzamiento rociado

No se realizará ningún lanzamiento o rociado desde una RPA, salvo autorización expresa emitida por la AAC según el Capítulo C.

Transporte de personas y mercancías peligrosas:

Las RPA no transportarán material explosivo, corrosivo, material que represente peligro biológico o cualquier otro tipo de mercancía que, en caso de desprendimiento o filtraciones representen un riesgo para las personas o bienes en la superficie



Las RPA no emitirán luces laser brillantes

Cap. 3

Operación desde vehículos en movimiento

El piloto al mando es responsable de la conducción y operación, ninguna persona operará los controles de un RPA desde un vehículo en movimiento, salvo que se encuentre debidamente autorizado por la AAC.

Procedimientos de emergencia

La persona que opera los controles de una RPA seguirá los procedimientos establecidos por el fabricante en caso de pérdida del enlace de comunicaciones con la RPA

Cuando la persona que opera los controles de una RPA ha perdido el control de la misma en las inmediaciones de un aeródromo o en el espacio aéreo dedicado al tránsito de aeronaves, deberá notificar el hecho a la autoridad de tránsito aéreo correspondiente, para que se tomen las medidas correspondientes.

Propuestas de Enmienda de los Anexos 1 y 2 y los PANS – TRG (Doc. 9868)

Relativas a los Sistemas de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS)

Anexo I

Licencias – Malla Curricular

“Licencia de Piloto Comercial”

Certificado (clases)

ATC y Piloto Clase 3

Matrícula - Nacionalidad

Anexo 2

2012 – Enmienda Anexo 2 Reglamento del Aire

Para incluir una norma que exija la Licencia a Pilotos a distancia

Convalidación Internacional (Manual RPAS)

Conclusión

El trabajo presentado, fue acertadamente presentada en el Congreso de Derecho Aeronáutico y del Espacio realizado en Chile, en vista a que somos el cuarto país a nivel sudamericano que ha dictado una normativa y convirtiéndonos en el primer país que ha introducido como de vital importancia dentro de la Reglamentación dictada por la DINAC, la responsabilidad que conlleva la utilización de estas aeronaves por definición y limitando las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados.

Así también, se resalta los beneficios que trae aparejado la utilización de los drones dentro nuestro espacio aéreo con miras al desarrollo de la agricultura, la ganadería, la investigación, la seguridad y cuanto otro beneficio que se podrá encontrar al utilizar los UAV que han llegado para revolucionará nuestro espectro aeronáutico y comercial.

Referencias

Bogado Flettas, Oscar Idilio. *Derecho Aeronáutico y Espacial*. Sexta Edición Actualizada. Editorial Microlasser Impresiones. Paraguay-Asunción. 2013.

Normativas

Constitución Nacional.

Ley N° 1860/2002.

Convenio de Chicago de 1944.

Reglamento de Drones dictada por la DINAC – concluido.



**PATENTES DE INVENCION. SISTEMA DE CONCESION
DE PATENTES, LAS REIVINDICACIONES, LA
PRIORIDAD. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL
INVENTOR. TRANSMISION SOBRE LOS DERECHOS DE
LAS PATENTES**

*Patents of invention. System of patent
concession, the claims, the priority. Rights and
obligations of the inventor. Transmission on
the rights of patents*

FREMIORT ORTIZ PIERPAOLI ¹

RESUMEN

Las patentes de invención tienen el propósito de proteger los descubrimientos o invenciones y constituyen un elemento imprescindible para el ejercicio del derecho del inventor. En Paraguay, la normativa que rige en el tema es la Ley N° 1630/2000 que determina que la duración de la protección de la patente es de 20 años. El sistema adoptado por dicha norma, como la mayoría de las legislaciones, es el sistema atributivo o de examen previo. En el presente artículo se analiza los alcances de la citada legislación y los derechos derivados de la misma.

***Palabras clave:** patentes de invención – inventor – derechos del autor.*

¹ Profesor Titular de la Catedra “Derechos Intelectuales”. Facultad Derecho UNA.



ABSTRACT

The invention patents are intended to protect discoveries or inventions and are an essential element for the exercise of the right of the inventor. In Paraguay, the regulation that governs the issue is Law No. 1630/2000 which determines that the duration of patent protection is 20 years. The system adopted by said norm, like most legislations, is the attributive or prior examination system. This article analyzes the scope of the aforementioned legislation and the rights derived from it.

Keywords: *invention patents - inventor - copyright.*

Las **PATENTES DE INVENCION** tienen como finalidad proteger los descubrimientos o nuevas invenciones con el objeto de fomentar la actividad creativa aplicable a los procesos industriales.

Consecuentemente, su existencia si bien se relaciona con la idea de justa retribución a favor del inventor, se funda básicamente en consideraciones relativas al interés público, ya que el establecimiento de un régimen jurídico de patentes- conforme lo demuestran en forma inequívoca tanto la experiencia histórica como el estudio comparativo de las economías contemporáneas -contribuyen en forma decisiva al progreso tecnológico y económico de los países.

En un marco más general, todo ello conjuga con la idea del Derecho como creación cultural del hombre, como un ordenamiento de la vida social cuyo fin último es el bien común.

Las leyes de patentes (al igual que toda ley de carácter sustantivo que tienda al ordenamiento de relaciones jurídicas complejas, las cuales van más allá de la esfera de las partes primariamente involucradas) responden a una determinada filosofía y aciertos principios, destacándose en primer lugar la tutela del bien común o interés público, entendido como el beneficio de la comunidad en la cual dichas leyes producirán sus efectos.

Las patentes de invención constituyen, asimismo, un elemento imprescindible para el ejercicio del derecho del inventor.

A efectos de aclarar lo que acabamos de afirmar, resulta valioso considerar que cuando una persona tiene un derecho respecto de una cosa, un objeto físico, de algo

tangible y material, el ejercicio de tal derecho se manifiesta, por ejemplo, mediante la posesión, la tenencia o la ocupación de la cosa.

En el caso del derecho del inventor, éste no tiene por objeto una cosa corporal, un objeto material, sino que se refiere, en cambio, a una creación intelectual, una idea, la cual en un primer momento solo es conocida por quien la concibió, porque sólo existe en el ser subjetivo del creador, por tratarse hasta ese momento de un objeto inmaterial.

Dicha idea, dicho invento, se encuentra descripto en la patente estableciéndose de tal modo los alcances del derecho del inventor.

El derecho del inventor sobre su obra se origina como consecuencia de su creación y es, por lo tanto, anterior e independiente de la patente, pero requiere de dicho título (PATENTE DE INVENCION) para acreditar la propiedad del invento a los efectos de ejercer sus derechos. Así, los inventos, en todos los géneros de la industria confieren a sus autores el derecho exclusivo sobre su invento, por el tiempo y bajo las condiciones que la ley establece (*Daniel R. Zuccherino*, pág. 19, Derecho de Propiedad del Inventor, Editorial Ad-Hoc, mayo de 1995).

Recapitulando los conceptos vertidos más arriba, tenemos que, por medio de la institución de la PATENTE, el autor de una invención industrial, tiene el derecho de explotar a su favor en forma exclusiva, tal invención durante todo el tiempo determinado en la ley.

En Paraguay, la duración de la protección de la patente es de 20 años, según la Ley N° 1630/2000, la que dispone, que la misma tendrá una duración improrrogable de 20 años (Art. 29), contados desde la fecha de presentación de la solicitud en la oficina oficial correspondiente. (Anteriormente Dirección de la Propiedad Industrial y actualmente DINAPI (Dirección Nacional de Propiedad Intelectual).

La explotación exclusiva de un invento proporciona a su autor la posibilidad de, no solamente recomponerse de todos los gastos que demandaron las inversiones efectuadas por el riesgo que enfrentó su resultado en los productos o procedimientos patentados, sino, también, proporcionarle ganancias ilimitadas durante el tiempo admitido por la ley para su explotación, dependiendo todo de la naturaleza o categoría de la invención.



El objetivo de la ganancia estimula la investigación y desarrollo en los trabajos de nuevas invenciones y realizaciones prácticas, para dejar las soluciones conocidas y patentadas, impulsando, de este modo, el desarrollo del progreso industrial para el aprovechamiento de toda la comunidad.

La temporalidad de la explotación exclusiva, después de extinguida la patente, una vez que la misma pasa al estado público, vuelve a la invención accesible a todos los beneficios de su vigencia, evitándose así la condición de monopolios perpetuos.

La concepción innegablemente singular de la institución de la PATENTE, le ha dado vida larga y certeza de futuro duradero, como eficiente instrumento de desarrollo tecnológico y económico.

Se ha aceptado su carácter, a través de su utilización, desde épocas inmemoriales anteriores al año 1623, cuando el Parlamento Inglés, por intermedio del “Estatuto de los Monopolios”, limitó las facultades del Rey, de conceder arbitrariamente privilegios, con excepción de los relativos a invenciones nuevas, con carácter industrial, a las cuales serían concedidas “CARTAS-PATENTES”, con una validez de 14 años. Así esbozada, la PATENTE ha ganado su conformación definitiva con la Constitución Norteamericana de 1787, que ha dado al Congreso la Facultad “para promover el progreso de la ciencia y de la industria, asegurando a los inventores por tiempos indeterminados, el derecho exclusivo sobre sus invenciones”.

Ante tan magnífico apoyo, tenemos así, que el sistema de las Patentes fue gradualmente introduciéndose en los diferentes países del mundo y su adopción, casi unánime, es la demostración más elocuente de su eficiencia como vehículo del progreso industrial. Sus detractores del pasado han evidenciado, en la práctica, el craso error de negar tan clara evidencia. La historia registra inequívocas experiencias. Así, por ejemplo, Suiza ha abolido el sistema de patentes en 1882 y lo ha restablecido en 1887. Holanda, en el tiempo comprendido entre 1869 a 1910 ha procedido en forma idéntica; la Unión Soviética, después de la revolución de 1917, ha revocado la ley de patentes, para restaurarla en 1924. En los citados países, en los períodos de ausencia del sistema de PATENTES, se ha verificado un notorio estancamiento industrial. Recientemente, en su tentativa de salir del aislamiento de la comunidad tecnológica internacional y para promover el bienestar de su pueblo, entre otras medidas, la República Popular de China ha resuelto adoptar un sistema de PATENTES, en vigencia a partir del mes de abril de 1985.

En Brasil, los adversarios del sistema de patentes acostumbran atribuir a la Propiedad Industrial, y en particular a las patentes, la condición de agentes atentatorios de la soberanía nacional, principalmente en función de su alto grado de internacionalización, lo que posibilitaría a la sujeción del país a los intereses de los más poderosos en los campos tecnológicos y económicos (Emilio Scatamburlo, “El sistema de Patentes y los Secretos de Fábricas y de Negocios”, libro de APAPI, Derecho de la Propiedad Industrial, pág. 421 y sgtes., “Homenaje a la Ley de Marcas de 1889).

Y sigue diciendo el especialista arriba citado. “Al contrario de lo afirmado constantemente por los críticos del sistema, que la patente puede ser un extraordinario instrumento para la afirmación y consolidación de nuestra soberanía, que no está amenazada por los Tratados Internacionales suscriptos, porque ellos no representan meros acuerdos de reciprocidad, pasibles de sujetarnos a los países a simples sistemas de monopolios existentes en el exterior”.

Asimismo, conforme lo señala *Ernesto O'farrel*, en la misma obra, en la página 380 y sgtes. que el “Siglo XIX se caracterizó por ser el comienzo de un sostenido progreso social que aún continúa y que no ha tenido parangón en la historia”. Durante ese período se fue afirmando, a través del mundo, el principio de reconocer a los inventores el derecho de explotar sus inventos, con exclusividad por un plazo determinado.

Aunque no en todos los países la situación es idéntica, puede decirse, sin mayor margen de error, que ese derecho otorgado a los inventores ha estado presente en los países de mayor desarrollo relativo. De ahí puede concluirse que el régimen de patentes ha contribuido en general al desarrollo de la humanidad.

En consecuencia, “todos los países buscan el mayor grado posible de desarrollo, al menos, así lo proclaman; y a tal fin emplean los más variados medios”. “Es hora, pues, de pensar nuevamente en el sistema de patentes que privilegia al inventor de acuerdo al mandato impuesto por nuestra Constitución y que otorga dicho privilegio sobre bases técnicas, alejadas del voluntarismo político de las autoridades de turno. La ley Argentina de Patentes de N° 111, pese a su antigüedad, sigue siendo una ley aceptable máxime ahora que ha sido acentuada por la adhesión al Convenio de París”.

Sin embargo, agregamos nosotros, la ley arriba citada ha sido sustituida por la nueva Ley Argentina de Patentes N° 24.603 del 7 de diciembre del 1995, que actualiza todas



las situaciones en materia de patentes y que se adecua al desarrollo tecnológico e industrial de nuestros días”.

Los principales objetivos del sistema de patentes son los de fomentar el desarrollo de la industria y de proteger los derechos del inventor. Son objetivos complementarios e interrelacionados, ya que el beneficio que puede recibir el inventor por el privilegio de su exclusividad temporal en la explotación de su invento tiene, como condición necesaria para su existencia, el beneficio que recibe la sociedad al haberse puesto a su disposición un invento al que, sin la actividad del inventor, no hubiese tenido acceso (o lo hubiera tenido más tarde).

“Los regímenes de promoción son también sospechosos de favoritismos políticos. La concesión de una patente exige dos condiciones medibles objetivamente: NOVEDAD e INDUSTRIALIDAD. Lo que no es novedoso o carece de carácter industrial no es patentable. Es más difícil el favoritismo en esas condiciones, y, además, existe siempre el derecho de una revisión judicial”.

En suma, “aunque la patente constituya un privilegio, es un privilegio plenamente justificado, no sólo porque es uno de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, sino porque no hace más que retribuir a quien ha hecho un aporte a la sociedad. Si el proyecto fracasa por cualquier razón que sea, los costos del fracaso son soportados exclusivamente por el empresario que actúa por su cuenta y cargo”.

Finalmente, continúa sosteniendo, el autor arriba citado, que: *“Un buen régimen de patentes estimula la investigación y la iniciativa propia. Su ausencia aumenta la copia facilista. En el competitivo mundo moderno, la investigación propia es, en muchos ramos, una condición para la subsistencia. Por otra parte, es la única manera de adquirir una duradera base tecnológica que permita posteriores desarrollos. Sin investigación y sin investigadores no tendremos nunca una tecnología propia. Sin empresarios que inviertan en nuevas actividades, es difícil que crezca nuestra economía. Una buena ley de patentes puede estimular tanto la investigación como los emprendimientos empresariales”.*

Puede decirse, en consecuencia, que el sistema de PATENTES funciona como un incentivo para la inversión en investigación. Más aún en nuestros días, donde el sistema de PATENTES se ha demostrado como el único medio eficiente a la hora de incentivar la inversión en investigación y desarrollo para la generación de nuevos

conocimientos (es decir, bienestar y riqueza), que serían luego incorporados al dominio público, porque actúa como contraprestación al derecho de exclusividad en el que el inventor hace público el invento mediante la PATENTE. Por eso, el DERECHO DE PATENTES tiene precisamente la finalidad de impulsar la investigación en el campo de la técnica industrial y de recompensar a quienes realizan dichas inversiones.

El planteamiento al que el DERECHO DE PATENTES responde es el siguiente: quien realice una invención industrial, puede pedir la concesión de una patente que se concederá si el primero en solicitarla para esa invención fue él.

Por eso la concesión de la patente significa que aquel a quien le ha sido concedida, tiene la explotación exclusiva a su favor, del invento durante un plazo determinado.

El derecho de patentes, volvemos a señalar por su importancia, tiene por finalidad no sólo recompensar al inventor, por su invento, sino, además, y fundamentalmente, por conseguir que aumente el conjunto de conocimientos técnicos industriales que posee la comunidad.

Concordantemente, con este criterio, como afirma MEYER, “*no es casualidad que los países donde menos se respetan los derechos intelectuales, sean aquellos donde más dificultades económicas y profesionales tienen los autores, compositores, intérpretes, investigadores, inventores y creadores en general, quienes dependen de un apoyo económico y/o profesional para desarrollar su obra. Por tanto, en ausencia de una adecuada protección para la obra concluida, menos serán los inversores que apoyen a los autores o inventores en los lugares en que se desarrolla su actividad creativa, sea del ámbito universitario, empresario, de asociaciones profesionales, fundaciones, centros de enseñanza y perfeccionamiento artístico, etc.*”.

“Es muy difícil imaginar que existan individuos que intenten desarrollar su capacidad para la creación, investigación o invención, en un marco social que les pone trabas y que no protege, con un derecho de exclusividad, los resultados de su trabajo. Porque, en tales condiciones, ¿qué incentivo tienen los creadores? En la práctica, uno solo puede esperar que alguien de afuera les ayude a emigrar con su creación, con lo cual emigrarán también los beneficios sociales y económicos que derivan de esa creación. Y lo más grave es que, como estos creadores reciben apoyo en el extranjero y es allá donde desarrollan su obra, los beneficios continúan siendo para el extranjero y no para el país de origen”. (Roberto Meyer, Presentación de ASDIN ante el



Honorable Senado de la Nación sobre futura Ley de Patentes de Invención, pág. 3 y 4, diciembre de 1993).

Sistemas de concesión de patentes

Como lo señala *Breuer Moreno* “al comenzar el siglo XIX, se había legislado sobre el DERECHO DE PATENTES en tres países: Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Legislaciones, desde luego imperfectas, pero que constituyeron la base de todo el derecho positivo de PATENTES de nuestros días”. Dichas legislaciones constituyen las fuentes de los actuales ordenamientos en la materia.

“Sin embargo, existe una diferencia importante que destacar: en el marco de la legislación norteamericana, se dispuso que el invento fuera examinado antes de expedirse la patente para determinar si era patentable o no, mientras que, conforme a la Ley Francesa de 1792, la PATENTE se entregaba sin tal examen”. Señala, entonces, el citado autor, que la “patente no garantizaba que el invento fuera patentable ni la existencia de una exclusividad indiscutible, al contrario, la falta de patentabilidad podía ser alegada por cualquier interesado”.

Así, señala *Raúl A. Etcheverry* en su libro “Derecho Comercial y Económico”, pág. 45, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, que, por ejemplo, en el caso de Francia, “cualquier persona ‘depositaba’ en la oficina de Patentes la descripción de un invento y se le extendía en el acto un certificado de patente, sin controlar que hubiera o no otras ya registradas; para evitar eso, se evolucionó hacia el sistema del control antes del otorgamiento del certificado, no sólo con el fin de averiguar si había preexistencia de patentes, sino también si el invento servía para un fin industrial”.

Sobre la base de los principios jurídicos contenidos en las mencionadas legislaciones, el derecho de PATENTES se desarrolló y evolucionó con celeridad, y así, diversos países fueron dictando legislaciones para la protección de los derechos del inventor.

Este proceso se extendió a la órbita de las relaciones internacionales al reconocerse la importancia de los instrumentos jurídicos de protección internacional de dichos derechos.

Así, las formalidades para el otorgamiento de las PATENTES se fundamentan en dos sistemas: a) El estado otorga libremente el certificado de patente sin examen alguno

para determinar si el invento es patentable o no; y, b) Por el contrario, el Estado trata de determinar, mediante estudios y exámenes, antes de expedir la patente, si el invento resulta patentable o no.

Al primer sistema se denomina de la LIBRE CONCESIÓN, mientras que el segundo ATRIBUTIVO o de EXAMEN PREVIO. En el sistema DECLARATIVO o de la LIBRE CONCESIÓN, no se examina la patentabilidad del invento, como apuntamos más arriba; es el sistema de la francesa, sólo se examina los documentos presentados por el solicitante, en cuanto a su forma, para comprobar si se ajustan a los requisitos legales. Si los documentos se encuentran en forma, la PATENTE debe ser concedida. Porque sólo se observa y se realiza un examen de las formas de la solicitud, sin entrar a examinar si el invento descripto es patentable o no.

Sin embargo, en el sistema ATRIBUTIVO o de EXAMEN PREVIO, el objetivo principal de este examen es reducir el número de patentes nulas que se conceden y evitar, de este modo, la concesión de patentes obtenidas para engañar a terceros. Además, responsabiliza a la administración estatal la realización del examen previo. En el otro sistema, de la LIBRE CONCESIÓN o SISTEMA DECLARATIVO, los tribunales jurisdiccionales son los que resuelven la impugnación de la PATENTE. El examen previo tiene por objetivo verificar si la invención es patentable, es decir, si cumple con los requisitos de patentabilidad establecidos por la ley. El examen comprende un doble aspecto: el FORMAL, para determinar si las descripciones de la solicitud son claras y definen realmente la invención; y otro aspecto, de FONDO, para determinar si el invento es o no patentable. La parte más importante y delicada del examen es la investigación de la NOVEDAD, mediante la búsqueda de publicaciones anteriores a la solicitud y su cotejo y comparación con el invento que se investiga.

El sistema adoptado por la LEY DE PATENTES DE INVENCION Y PATENTES DE MODELOS DE UTILIDAD N° 1630/2000 de nuestro país, como la mayoría de las legislaciones, adopta el sistema ATRIBUTIVO o de EXAMEN PREVIO, conforme al procedimiento para la concesión de la patente establecido por el Art. 13 de la citada ley.



Las reivindicaciones

En materia de PATENTES DE INVENCION, existe una institución que específicamente la integra, llamada REIVINDICACIÓN. En consecuencia, LAS REIVINDICACIONES constituyen los reclamos que el inventor realiza como propios en la INVENCION o en el DESCUBRIMIENTO.

Constituyen todos los aspectos novedosos contenidos en el INVENTO o DESCUBRIMIENTO que el inventor detalla por lo general en forma separada en la solicitud, explicando en cada caso, en qué consiste la novedad con respecto a otro INVENTO ya conocido o a otro PROCEDIMIENTO ya aprobado y sobre los cuales reclaman la autoría o el derecho exclusivo.

Van detalladas en forma escrita por lo general, en la parte final de la MEMORIA DESCRIPTIVA que constituyen, en resumen, la esencia de lo explicado en dichas memorias y que el INVENTOR se atribuye como propio.

De ahí que doctrinariamente, como sostiene ALICIA G. ALVAREZ, es necesario evaluar la descripción de la patente y las reivindicaciones efectuadas en la solicitud de la patente para destacar la importancia que tienen estas reivindicaciones.

En numerosos países, como en la Argentina, LAS REIVINDICACIONES constituyen la parte jurídicamente más importante de la solicitud de la PATENTE PORQUE DEFINEN LA INVENCION y determinan el alcance de la protección que se le acordará. En la MEMORIA DESCRIPTIVA (la descripción) “se manifiesta el legítimo interés del inventor de obtener la protección lo más ampliamente posible. Por ello, las REIVINDICACIONES constituyen un elemento necesario para delimitar claramente la invención respecto al estado de la técnica anterior, es decir, respecto a la novedad, la actividad inventiva y la aplicación industrial” (Manual de solicitudes de patentes para Argentina, Uruguay, Paraguay y Chile, OMPI, noviembre de 1989).

Así, de acuerdo a ciertas leyes o prácticas, agrega ALICIA G. ALVAREZ en la obra arriba citada, el alcance de la protección se determina pura y exclusivamente por aquello que fue declarado en las reivindicaciones. Esto determina que los solicitantes traten de especificar en ellas todas las variantes imaginables de la invención.

Otras leyes o prácticas estiman que las reivindicaciones no limitan la protección a las soluciones en ellas especificadas, sino que cubren, también, las variantes de soluciones no expresamente especificadas en las reivindicaciones por la “idea o concepto inventivo”.

Otros países, quizás la mayoría, actualmente, han adoptado un camino intermedio; las reivindicaciones determinan el alcance de la protección, pero la descripción de la invención puede ser utilizada para interpretar las reivindicaciones. Este es el criterio adoptado por casi todos los países europeos a nivel nacional y el consagrado en el Art. 69 de la Convención sobre la Concesión de las patentes europeas (Convenio de Múnich), concluida en 1973, que entró en vigencia en 1977.

La mayoría de los tribunales argentinos han sostenido que las REIVINDICACIONES constituyen la parte fundamental de las PATENTES, porque delimitan el derecho del inventor y han adoptado una postura bastante rigurosa.

Respecto a las REIVINDICACIONES, el Art. 17 de la Ley de Patentes N° 1630/2000 de nuestro país dispone que: *“Las reivindicaciones definirán con la precisión la materia que se desea proteger mediante la PATENTE. Las reivindicaciones serán claras y concisas, y estarán enteramente sustentadas por la descripción presentada”*. Lo que significa que las reivindicaciones deben estar en estricta relación con la memoria descriptiva, que le sirve de fundamento y apoyo.

En este mismo orden de cosas, el Art. 18 de la misma ley establece que: *“EL RESUMEN tendrá solo una finalidad informativa y comprenderá una síntesis del contenido de la descripción, una mención de las reivindicaciones, la formula química o el dibujo que mejor caracterice la invención y los dibujos contenidos en la solicitud, cuando los hubiese. El resumen comprenderá lo esencial del problema técnico y la solución aportada por la invención, así como su aplicación principal”*.

Como se puede observar, este requisito, si bien tiene solo una finalidad informativa, es tan importante como la memoria descriptiva y sus reivindicaciones, por cuanto que en dicho párrafo se tienen los antecedentes resumidos del período de invención.



Prioridad

El Art. 9° de la anterior Ley N° 773/95 disponía que: *“El término de la PATENTE se computará desde el día en que se deposite el pedido en la Oficina Nacional de Marcas y Patentes de Invención.* Es el principio que consagra LA PRIORIDAD. La ley adopta el criterio de que el derecho a la patente corresponde al inventor que primero haya presentado la solicitud de patente”.

Este sistema, vigente en la mayoría de los países, se basa en la presentación de la solicitud; el otro sistema posible es el basado en invención, donde en caso de interferencia entre solicitudes, el derecho a la patente corresponde a quien pruebe haber sido el primero en concebir la idea o solución patentable.

En materia de PATENTES, la PRIORIDAD designa la fecha en que el inventor declara su invento por primera vez ante un organismo competente, en este caso, la Oficina de Patentes. La explotación del invento, del que haga uso un tercero después de esa fecha, no afecta los derechos del inventor. La solicitud tiene prioridad sobre esos hechos.

La prioridad tiene su importancia también en el ámbito internacional.

El Art 4° de la Convención de París, para la protección de la Prioridad Industrial, dispone que quien haya depositado una solicitud de patente, de Patente de modelo de utilidad, de dibujo o modelo industrial, de marca de fábrica o de comercio, en algunos de los países signatarios de dicho tratado, gozará de un derecho de prioridad para efectuar el mismo depósito en otros países miembros, durante doce meses a contar de la fecha de la primera presentación, para el caso de solicitudes de PATENTES y de modelos de utilidad, y de SEIS MESES para dibujos o modelos industriales y marcas.

La fecha de prioridad corresponderá a la fecha de presentación de la primera solicitud. Cuando una solicitud de PATENTE declara la PRIORIDAD de un depósito extranjero, la Oficina de Patentes receptora de dicha solicitud, al juzgar la novedad de la invención propuesta, sustituye la fecha de presentación de la nueva solicitud por la fecha de prioridad.

La LEY DE PATENTES DE INVENCION Y DE PATENTES DE MODELOS DE UTILIDAD N°1630/2000, de nuestro país, en el Título II, entre las NORMAS COMUNES, legisla

sobre la PRIORIDAD. Así, el Capítulo I, en el Art. 57, dispone sobre el derecho de PRIORIDAD diciendo que: *“El solicitante de una patente de invención o de un modelo de utilidad, así como su causahabiente, gozará de un derecho de prioridad para presentar en el país, respecto al mismo objeto de protección, indistintamente, una solicitud de patente de invención o de modelo de utilidad, conforme a los convenios o tratados internacionales de los que el país forma parte”*.

“El derecho de prioridad podrá basarse en la primera solicitud presentada por la misma materia, y durará 12 meses contados desde el día siguiente al de presentación de la solicitud, cuya prioridad se invoca”.

“Una solicitud presentada al amparo de un derecho de prioridad no será denegada, revocada, ni anulada por hechos ocurridos durante el plazo de prioridad, realizada por el propio solicitante o por un tercero, y esos hechos no darán lugar a la adquisición de ningún derecho de tercero con respecto al objeto de la solicitud”.

“Para la misma solicitud podrá invocarse prioridades múltiples o prioridades parciales que podrán tener origen en dos o más solicitudes presentadas en la misma oficina o en oficinas diferentes. En tal caso, el plazo de prioridad se contará desde la fecha de la prioridad más antigua”.

“El derecho de prioridad podrá basarse en una solicitud anterior presentada ante la Dirección de la Propiedad Industrial, siempre que en esa solicitud no se hubiese invocado otro derecho de prioridad anterior. En este caso, la concesión de una patente o modelo de utilidad, conforme a la solicitud posterior, implicará el abandono de la solicitud anterior con respecto a la materia que fuese común a ambas”.

El Art. 58 de la misma ley establece, también, las formalidades relativas a la prioridad, estableciendo que el derecho de prioridad se invocará mediante una declaración expresa que se presentará con la solicitud de patente ante la Dirección de La Propiedad Industrial, dentro del plazo de dos meses contados desde la fecha de presentación de esa solicitud. La declaración de prioridad indicará:

La Oficina ante la cual se presentó la prioridad

La Fecha de Presentación; y,

El número de la solicitud prioritaria.



A efectos de acreditar el derecho de prioridad, deberá presentarse a la dirección de la Prioridad Industrial. Hasta dentro de los tres meses siguientes de la solicitud anterior, la descripción, las reivindicaciones y los dibujos, cuando los hubiera, certificados por la oficina que la hubiera recibido. Estos documentos serán acompañados de la traducción correspondiente y estarán dispensados de toda 1. legalización.

La Ley de Patentes N° 1630/2000, vigente en nuestro país, en el Capítulo IV, fija el alcance y las limitaciones de la PATENTE. En efecto, el Art. 33, al referirse a los derechos conferidos por el otorgamiento de la PATENTE, dispone que ésta conferirá a su titular los derechos exclusivos de explotación de la invención y, para el efecto, podrá:

Cuando la materia de la patente sea un producto, impedir que terceros, sin su consentimiento, salvo las excepciones previstas en esta ley, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto objeto de la patente; y

Cuando la materia de la patente sea un procedimiento, impedir que, terceros, sin su consentimiento, salvo las excepciones previstas en esta ley, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de, por lo menos, el producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento.

En cuanto a las limitaciones al derecho de patente y agotamiento del derecho, el Art. 34 del mismo cuerpo legal dispone que “LA PATENTE no dará el derecho de impedir:

Los actos realizados exclusivamente con fines de experimentación y sin fines comerciales respecto al objeto de la invención patentada;

Los actos de comercio realizados por un tercero respecto de un producto protegido por la patente, después de que se hubiese introducido lícitamente en el comercio en cualquier país por el titular de la patente, por otra persona con consentimientos del titular o habilitada legalmente;

La utilización de la invención desde treinta días antes del vencimiento de la patente con fines experimentales y con el objeto de reunir la información requerida para la aprobación de un producto por la autoridad competente, para la comercialización para la posteridad al vencimiento de la patente; y

Los actos realizados por una persona de buena fe y con anterioridad a la fecha de presentación o, en su caso, de prioridad de la solicitud de patente correspondiente, ya se encontraba en el país produciendo el producto o usando públicamente el procedimiento que constituye la invención, o había efectuado preparativos para realizar tal producción o uso”.

Transmision de los derechos sobre la patente

Desde el momento que la PATENTE constituye una prioridad, es natural que la misma pueda ser materia de actividades comerciales. Es decir, las mismas pueden ser libremente comercializadas, ya sea a título oneroso o gratuito; participa de todas las formalidades de un contrato de compra venta, es decir, que el propietario de la patente puede transferir todos los derechos inherentes a su invento. En este sentido, y por este carácter, puede transmitirse también a sus herederos.

Si el contrato se efectúa a título gratuito, lógicamente se efectúa una donación. Y, en el caso de la CESIÓN, el cesionario al pagar un precio, recibe la patente en forma integral, conservando el inventor el derecho de ser nombrado como tal.

La sección III de La Ley de Patentes de nuestro país N° 773 del año 1925, expresamente disponía en el Art. 19, al tratar de la TRANSMISIÓN y CESIÓN DE LAS PATENTES, que: *“Todo poseedor de una PATENTE podrá ceder, en su totalidad o en parte a título o gratuito, o dar en garantía la propiedad de su patente o el derecho de explotarla. Toda cesión de Patente o concesión de derecho para su explotación o de garantía; para que surta efectos contra terceros deberá ser inscrita en la Oficina Nacional de Patentes de Invención”*.

Como se puede observar, la primera parte de este artículo admitió la cesión, transferencia y las licencias de que podían ser objeto las PATENTES, al ser considerada la misma como un bien de propiedad, en el sentido adoptado por nuestro sistema jurídico. El Art. 35 de la nueva Ley arriba citada, con relación a la transmisión de los derechos, dispone que: *“Una patente o una solicitud de patente podrá ser transferida por actos entre vivos o por vía sucesoria”*. *“Toda transferencia relativa a una Patente o a una solicitud de Patente, deberá formalizarse por escrito. La transferencia tendrá efectos legales, frente a terceros desde su inscripción en la Dirección de la Propiedad industrial”*.



Conclusión

Resulta casi imposible concluir este trabajo sin antes mencionar el artículo 110 de nuestra Constitución Nacional, que garantiza a todo inventor los derechos exclusivos que acuerdan las leyes sobre sus inventos o descubrimientos al decir: **DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y PROPIEDAD INTELECTUAL:** *Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley.*

Sin embargo, esta exclusividad tiene límites que la misma ley impone y que recaen sobre el titular. En primer lugar, el término de duración de la misma, en nuestro caso, veinte años. En tal sentido los inventores gozan de un derecho subjetivo sujeto a la ley y no de un derecho absoluto. Las legislaciones más modernas han incluido en sus respectivas legislaciones las LICENCIAS OBLIGATORIAS, fundadas en diferentes motivos: el interés general, utilidad pública, moral y buenas costumbres.

En otras palabras, la ley impone una limitación a los derechos exclusivos del inventor cuando ocurren algunos de los motivos antes citados y la invención no ha sido explotada o lo fue en forma insuficiente o el inventor no ha realizado los preparativos efectivos y serios para su explotación. No por ello puede afirmarse que tales limitaciones violenten la garantía constitucional consagrada en el artículo 110 transcrito.



LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBRA AUDIOVISUAL

The legal nature of the audiovisual work

CARMELO A. CASTIGLIONI ¹

RESUMEN

Este trabajo pretende explicar la naturaleza jurídica de las obras audiovisuales como Derechos Conexos y no como una obra colectiva, porque considera que la fuente del derecho de exclusiva de las mismas tiene una fuente diferente al de los autores.

Palabras clave: obra audiovisual, derechos conexos.

ABSTRACT

This paper aims to explain the legal nature of audiovisual as neighbouring right and as a collective work, because it considers that right source that is exclusive for them, has a different source from that of the authors

Keywords: Audiovisual work, neighbouring rights.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas por la U.N.A. desde el 26 de agosto de 1989. Prof. Adjunto de Derechos Intelectuales en la Segunda Cátedra, turno Noche de la Facultad de Derecho de la UNA. Autor del libro Propiedad Intelectual sobre Vegetales publicado por la editorial Intercontinental. El autor tiene el cargo de magistrado como camarista en lo civil y Comercial en la Quinta sala de la Capital. Línea de Investigación, la realiza en los Derechos Intelectuales, y a propósito, se anuncia el lanzamiento del libro de investigación: LOS DERECHOS CONEXOS NO SON CONEXOS, para el mes de noviembre de este año.



1. Introducción

La obra audiovisual, en la ley que lo regula, la 1328/98, reconoce a la misma como una clase de obra, y esto por ubicarlo entre las “disposiciones especiales para ciertas obras” por tanto incluye a la misma como protegido por derecho de autor; mientras que al audiovisual que no es obra, en nuestra ley, está inserto en el capítulo de “otros derechos intelectuales”, en el artículo 134 de la Ley 1328/98 lo cual lo hace una clase de Derechos Conexos no tradicional. Esta bifurcación en su ubicación sistemática hace que genere dudas respecto a la verdadera naturaleza jurídica de las obras audiovisuales.

Por tanto, si nos atenemos a su ubicación sistemática, debe ser considerada una obra de autor, entonces, la cuestión es determinar si ambos audiovisuales tienen naturalezas distintas o si ambos coinciden en la misma naturaleza jurídica.

Esto se complica aún más, cuando la Dra. *Delia Lipszyc*, célebre autora, afirma que: “las obras cinematográficas son obras complejas, protegidas en si misma como una clase particular de obra, con independencia de las creaciones y de los aportes artísticos”².

Si es así como lo afirma esta autora significa que la misma las considera una obra audiovisual protegida por Derecho de Autor.

Pero en nuestro sistema legal existe una dualidad sobre la naturaleza de la obra audiovisual que debe ser superada, pues existen elementos que así las muestran.

Para dilucidar la verdadera naturaleza, es necesario no confundir el audiovisual como soporte con el contenido, dado que éste que puede que sea una obra (Art. 57 de la Ley 1328/98), o puede ser una creación que no es obra (Art. 134 Ley 1328/98). Pero, una cosa es el soporte que es el audiovisual propiamente dicho como objeto y que es el continente y otra es el contenido que se transporta a través del soporte que lo contiene y que no es otra cosa sino el contenido que puede ser una obra o una “no obra” (arts. 134 y 135 de la Ley 1328). De hecho, sucede que, en nuestro

² *Delia Lipszyc* en su libro *Derecho de autor y derechos conexos*, pág. 89. Las obras audiovisuales son las creaciones expresadas por medio de una sucesión de imágenes asociadas, con o sin sonorización.

ordenamiento jurídico, los audiovisuales están legislados en dos partes muy diferentes. Por un lado, como obra, por cuya razón, algunos la ven como materia del Derecho de Autor, y, entonces, como una clase de creación original pero basado, más que nada, en su ubicación sistemática. Por otro lado, en el artículo 135 de la Ley 1328/98, como “no obra”. En cualquier caso, los audiovisuales siempre importan dos aspectos:

A) Por un lado el contenido del audiovisual el cual puede ser una obra artística o bien, no serlo, y, entonces, ser un audiovisual “no obra”.

B) La parte del audiovisual que es el soporte material de ese contenido que sirve como medio de divulgación y es el que transporta el contenido y lo cual lo hace Derechos Conexos.

Para establecer su naturaleza, (esto es, si es la obra de autores o si es una clase de Derechos Conexos) debemos determinar cómo se origina el derecho de exclusiva en cada una de estas dos clases de audiovisuales. Si nos atenemos a que el audiovisual es siempre un soporte que contiene un contenido, entonces, no puede variar la naturaleza jurídica de ambos, según sea la forma que obtienen sus respectivos derechos de exclusivas.

Conforme está legislado en nuestro derecho resulta dificultoso saber cómo se da la vinculación del derecho de autor y los Derechos Conexos a través del audiovisual, dado que fueron legislados en lugares y capítulos diferentes³. Y es poco razonable que siendo ambos audiovisuales como soporte, tengan naturalezas diversas.

Plantemos como hipótesis que, tanto la obra audiovisual como el audiovisual “no obra” son Derechos Conexos porque tienen sus derechos de exclusiva propios y diferentes al de la obra de los autores. La tesis planteada es que la titularidad de la obra audiovisual la tiene el productor y no los autores que son contribuyentes, pero tienen derecho de exclusiva diferentes al audiovisual en sí misma, y radica en que el derecho de exclusiva lo obtiene el productor y no los autores ni ningún otro interviniente en su elaboración y es este derecho de exclusiva que hace nacer los derechos patrimoniales de la obra audiovisual.

³ Obra citada de *Delia Lipszyc*, pág. 90. Se plantea entonces la necesidad –y el problema– de determinar quiénes, entre todas las personas que efectúan aportes creativos, deben ser considerados como coautores y qué derechos se le deben reconocer sobre la obra global.



2. ¿Cómo se origina el derecho de exclusiva en el audiovisual “no obra”? Para establecer como se origina el derecho de exclusiva del audiovisual “no obra”, debemos considerar el artículo 2 inciso 8 de la Ley 1328/98, por el cual se establece que la divulgación y, por ende, el derecho de exclusiva se logra por la “primera vez” y esto sucede en el audiovisual con la matriz o el master y esto lo logra el productor del audiovisual. Por ende, el titular originario del audiovisual “no obra” es el productor de dicho audiovisual en los términos del artículo 134 de la Ley 1328 C.C. por ser el que lo obtiene.

3. ¿Cómo se origina el derecho de exclusiva de la obra audio visual? El problema en la obra audiovisual es saber cuál es el derecho de exclusiva que le da existencia a la misma. El tema es que concurren varios derechos de exclusivas en la obra audiovisual, pertenecientes a los autores, o tal vez de los artistas y también del productor de la obra audiovisual. Para determinar la naturaleza jurídica de la obra audiovisual, es saber cuál de ellos es lo preponderante y es relevante para que exista como obra audiovisual. Sin embargo, otros autores piensan diferente⁴.

4- ¿Cómo se establecen los derechos patrimoniales en el audiovisual “no obra”? Evidentemente que se producen por el derecho de exclusiva que obtiene el productor por ser el que genera la matriz del audiovisual y la misma ley, en forma expresa, le asigna los derechos patrimoniales que le corresponde al productor, y, por ende, lo considera el titular de esos derechos.

5- ¿Cómo se establecen los derechos patrimoniales en la obra audiovisual? En nuestra legislación, para la obra audiovisual, no se señala los derechos patrimoniales para el productor de obras audiovisuales. Esto hace que se entienda que son los mismos que el asignado a las obras en general. Este hecho hace que se deduzca que la obra audiovisual es una obra protegida por el derecho de autor y es esta omisión, la de no prever derechos patrimoniales para el productor de la obra audiovisual, la que lleva a creer que es una obra protegida por derecho de autor⁵.

⁴ Obra citada de *D. Lipszyc*, págs. 137 y 138. Las dificultades para determinar el titular de los derechos son mayores que en otros géneros de creación intelectual. Su realización demanda el concurso de un número importante de creadores, artistas y actividades auxiliares.

⁵ *Delia Lipszyc*. Obra citada, pág. 139 “El problema de la titularidad de las obras audiovisuales pueden dividirse en dos grupos principales: a) Uno de ellos es de los países que atribuyen al productor la condición de autor o bien la titularidad originarias del derecho de autor sin

Pero, esto es un error del legislador porque la obra audiovisual “no obra” si es una clase de Derechos Conexos y la obra audiovisual, que también se sustenta en un soporte audiovisual no puede tener una naturaleza diversa, si es que queremos ser coherentes.

El derecho de exclusiva de los autores de la obra audiovisual, como también de los artistas que colaboran, es diferente al derecho de exclusiva de la audiovisual en sí mismo. La tesis de este trabajo se sostiene en la idea de que la obra audiovisual, como tal, es una unidad creativa diferente a las de las contribuciones particulares de cada uno de los autores y artistas, autores de fotografías, guionistas, etc., para la elaboración de la misma. Estos concurren entre todos a crear una entidad diferente a las respectivas contribuciones, que como unidad es diferente a cada una de las partes que contribuyeron en la elaboración de la obra.

6. ¿Qué es el productor en la obra audiovisual y cuál es su función?: Sin productor no hay obra audiovisual, porque no puede generarse el derecho de exclusiva sin la participación de éste. Sin embargo, aun en la parte donde esta agrupada, refiere como sujeto imprescindible al productor de la obra audiovisual, sin embargo, éste nada tiene que ver con un acto creativo, por tanto, este sujeto de la relación jurídica de obras audiovisuales, no es un autor. El productor no es un autor y entonces, cuál es su derecho en la obra. El productor de una obra audiovisual, cualquiera sea su género, no es un creador de obra, pero es éste quien obtiene la matriz de donde se genera el derecho de exclusiva de la obra audiovisual, independientemente de los otros derechos de exclusiva. El productor de la obra audiovisual es el que genera el derecho de exclusiva para la obra audiovisual. Para tener derecho de exclusiva, debemos recurrir al artículo 2º inciso 8) en el que nos dice cómo se genera el derecho de exclusiva de cualquiera de los Derechos Conexos. Y esta es generando la “primera vez” por el que se genera la matriz o el master, como quiera llamársela. Pero sin esa “primera vez” no hay derecho de exclusiva para la obra audiovisual, pues la de los autores son irrelevantes. Cabe señalar que esta forma de obtener el derecho

reconocer como autores de la obra audiovisual a los autores de los aportes creativos que concurren en ella: estos son los países del sistema copyright”. En otro punto continua: “El otro es el de los países de tradición jurídica continental europea o latina o del sistema del derecho de autor, en los cuales se considera que solamente las personas físicas que han participado en la creación de la obra audiovisual pueden ser autoras y, por consiguientes, titulares originarios del derecho de autor sobre dicha obra



de exclusiva corresponde a los Derechos Conexos, que son un derecho autónomo al Derecho de Autor.

Los autores que colaboran en la obra audiovisual tienen sus propios derechos de exclusiva y que no son los mismos que el derecho de exclusiva de la obra audiovisual y que tienen sus propios derechos de exclusiva, pero el derecho de exclusiva de la obra audiovisual lo genera el productor de la obra audiovisual.

7. ¿Qué es el productor en el audiovisual “no obra”? Sin embargo, en nuestra legislación, para los audiovisuales “no obra” se tiene previsto un capítulo especial de los Derechos Conexos, entre los Derechos Conexos no tradicionales, y en el Artículo 134 de la Ley 1328/98, se refiere a los audiovisuales, como una creación que no alcanzan ser obra. A diferencia de la parte que se refiere a las obras audiovisuales, en esta parte si se refiere a los derechos patrimoniales del productor de audiovisuales lo que significa que la ley le reconoce como titular de Derechos Conexos dado que tiene derecho de exclusiva propio.

8. ¿Quién genera el derecho de exclusiva en el audiovisual “no obra”? Es indudable que lo genera el productor del audiovisual “no obra”, porque, aunque haya artistas e inclusive autores, la producción no es una creación protegible por Derecho de Autor, por carecer de la originalidad y por ser una clase de Derechos Conexos que tiene un régimen propio de derechos de exclusivas.

9. No puede haber obra audiovisual sin un productor del mismo y un derecho de exclusiva propio de la obra: Un audiovisual doméstico o cualquier otro creado, pero que no sea para ser divulgado constituye audiovisual pero no son materias de protección ni por el derecho de autor ni por los Derechos Conexos, porque no tienen derechos de exclusiva propio. Solo el productor de la obra audiovisual puede generar el derecho de exclusiva para la obra audiovisual. El derecho de exclusiva de la obra audiovisual es diferente a los derechos de exclusiva de los creadores contribuyentes de obra.

Los autores o los artistas que intervienen en la obra audiovisual tienen sus derechos de exclusivas propios, como autor o como artista, pero el productor es el que genera la matriz de la obra audiovisual y, por tanto, el derecho de exclusiva de la obra audiovisual, entonces, cabe entender que es generado por el productor. Para la obra audiovisual lo relevante es el derecho de exclusiva de la obra audiovisual, en sí

misma y como un todo y no el derecho de exclusiva de los autores colaboradores de la obra audiovisual que solo tienen derecho de exclusiva por sus aportes.

10. La prueba de que el productor es el titular del derecho de exclusiva en la obra audiovisual: Las películas norteamericanas e inclusive de los países latinos, solo refieren al Productor de la obra audiovisual y raras veces a los autores, y que muchas veces ni siquiera son citados. Esta es una prueba de que es el productor es quien genera el derecho de exclusiva para la obra audiovisual y no los autores y tampoco los artistas que participan en la obra. Éstos en la relación interna son pagados por el productor, y no son ellos quienes pagan al productor.

11. Los autores tienen sus propios derechos de exclusiva sobre la parte que le pertenece en la obra, pero esto no es incompatible con el derecho de exclusiva de la obra audiovisual en sí misma: Decir que los Derechos Conexos de audiovisuales están integrados con los audiovisuales de obra y los audiovisuales de “no obra”, porque ambos se basa un sistema en el que el derecho de exclusiva lo obtiene el productor, que incluso puede ser una persona jurídica, lo cual no se compadece con la idea de autor. Los autores tienen sus propios derechos de exclusiva sobre su parte, lo cual no es incompatible con la idea de que la obra audiovisual tenga un derecho de exclusiva diferente al de ellos. El derecho de exclusiva de los autores no es el de la obra audiovisual.

12. La obra audiovisual es diferente a las contribuciones de los autores porque forma una entidad diferente que la da una unidad que le da autonomía. Es indudable que la obra audiovisual es una entidad diferente a cada contribución de los autores. Esto es así porque una obra audiovisual es algo complejo y lo complejo no puede definirse por solo una de sus partes y, más que nada, porque el derecho de exclusiva de los autores se origina de forma diferente al de la obra audiovisual.

13. La obra audiovisual no puede ser objeto de protección si es que no tiene un master que le de “la primera vez”: El artículo 2, inciso 32, nos dice que debe existir la “primera vez” y esto se obtiene solo con la “primera vez”, cuando se crea el master del audiovisual. No debe confundirse el derecho de exclusiva de los autores con el de la obra audiovisual, porque solo el productor logra el derecho de exclusiva, al crear el master, cosa que no hacen los autores que contribuyen a la obra. Solo si tiene este derecho de exclusiva propio, la obra audiovisual es objeto de protección en forma diferenciada a las contribuciones de los autores y entonces constituyen objeto de protección por los Derechos Conexos y no por el Derecho de Autor.



14. El master del audiovisual lo produce el productor y no los autores que colaboran en su producción. Una cuestión que debe tenerse muy en cuenta, para nuestro menester, es que es el productor que obtiene el master, es el que da el derecho de exclusiva a la obra audiovisual y esto lo hace el productor de la misma.

15. Si los autores no producen el master, éstos no pueden ser considerados productores ni titulares de la obra audiovisual: Otro punto relevante a considerar es que los autores solo contribuyen con sus aportes, pero no son los que generan el master de la obra audiovisual y, por tanto, no generan la “primera vez”. Lo de la “primera vez” es condición ineludible para los audiovisuales, pues en la Ley 1328/98, en el artículo 2 inciso 32 al establecer el significado del productor de videograma, es la *“persona física o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de una secuencia de imágenes que den sensación de movimiento, con o sin sonido, o de la representación digital de esas imágenes y sonidos”*. Entonces, al igual que el videograma, el derecho que hace nacer el audiovisual es a partir de la obtención de la llamada “primera fijación” o sea el máster de grabación y esto solo lo obtiene el productor de la obra audiovisual.

16. Los autores tienen sus propios derechos de exclusiva sobre la parte de su contribución que son diferentes al derecho de exclusiva de la obra audiovisual. Los autores de la contribución para la creación del audiovisual, por esa parte de su contribución, tienen un derecho de exclusiva propio, que es diferente al derecho de exclusiva de la obra audiovisual, porque ésta es una entidad diferente a las partes de las contribuciones.

17. La obra audiovisual es una unidad creativa diferente a las respectivas contribuciones de los autores o artistas. La obra audiovisual es un todo, indivisible como objeto de protección, pues esta es una unidad creativa que es autónoma a las respectivas creaciones de aportes. La obra audiovisual no es una obra colectiva, aunque nazca así, sino es una clase de Derechos Conexos, porque el productor no es un autor, y porque el productor puede incluso ser una persona jurídica y en el derecho de autor esto es imposible, según el sistema de Berna. Por otra parte, en el artículo 64 de la Ley 1328/ se establece que: se presumirá como cierta, salvo prueba en contrario, la titularidad de los derechos de una obra audiovisual, tal como se distribuye y/o comunica a una obra en general, que lleve en el soporte material las siguientes declaraciones:

1. Que el productor de una obra audiovisual es la persona o entidad legal nombrada en la misma; y

2. Que el titular de los derechos de autor de una obra audiovisual es la persona o entidad legal nombrada en la misma. (sic). Corrientemente e cita al productor y directores, a los artistas, pero nunca a los autores o se lo hace raras vez.

18. El productor de la obra audiovisual es el organizador que reúne las contribuciones de las partes y que logra la unidad como algo diferente, además de ser responsable del aspecto económico que no esta a cargo de los autores.

El productor de la obra audiovisual es el que genera la parte económica y organizativa de la obra audiovisual, y por otra parte, es el que realiza la actividad técnica de montar el audiovisual como soporte y lograr el master del audiovisual como una unidad diferente a las partes de contribuciones. La actividad técnica que implica lograr el master del audiovisual no es una creación original y no es una obra protegible por Derecho de Autor. Esa actividad técnica es una actividad de divulgación y, por tanto, es de Derechos Conexos.

19. El derecho de exclusiva del productor de la obra audiovisual no perjudica el derecho de exclusiva de los autores respecto a su contribución. Debemos considerar que ambas cosas son independientes, una es la contribución autoral para la obra, que le da al autor su propio derecho de exclusiva sobre su parte como derecho de Autor y, que es diferente al derecho de exclusiva de la obra audiovisual en sí misma.

20. El hecho de no preverse en la ley, derechos patrimoniales propios para la obra audiovisual no significa que no pueda utilizarse los del “no obra”: Una objeción significativa a la tesis expuesta es que para la obra audiovisual no se previeron los derechos patrimoniales del productor. No es determinante para destruir la tesis presentada, porque tanto la obra audiovisual como la producción audiovisual que no es obra, forma parte de un sistema, por ende, puede utilizarse indistintamente para el productor de la obra audiovisual, los derechos patrimoniales previstos para la obra en general o los derechos patrimoniales de los productores de “no obra”.



Conclusiones

- a) La obra audiovisual es una clase de Derechos Conexos y no una obra colectiva, y es así porque el derecho de exclusiva de la obra audiovisual es la protección del derecho de exclusiva del productor, porque este es quien logra el master.
- b) Las aseveraciones realizadas, aunque no sean compartidas, generan la necesidad de una reforma legislativa de la Ley 1328/98, en la parte relacionada a la obra audiovisual, en el sentido de prever derechos patrimoniales propios para el productor de la obra audiovisual. O bien señalar cuales derechos patrimoniales previstos en la ley, le son aplicables a la obra audiovisual. Esta clase de aclaración mejorará la situación económica de las obras audiovisuales por facilitar un manejo claro.
- c) Debemos dejar sentado que no todos los audiovisuales son obras o productos audiovisuales, en tanto no tengan un derecho de exclusiva propio, porque no siempre dicho contenido es una obra artística o una producción audiovisual “no obra” si es que no tiene derecho de exclusiva propio para lo cual deben tener un master del audiovisual, pues es de éste que se generara el derecho de exclusiva de la obra audiovisual o para la producción de audiovisuales “no obra”.
- d) El audiovisual es un continente de la obra, como soporte, que es diferente al contenido del mismo, y que puede ser una obra o bien un audiovisual de “no obra”, por tanto, es innegable que ambos forman un sistema único de divulgación y no pueden tener naturalezas diferentes, solo por estar legislado en forma separada.
- e) La obra audiovisual no es una obra colectiva, sino que es una clase de Derechos Conexos. Si la obra audiovisual fuese una obra colectiva, debería tener un director responsable de la obra, pero no lo tiene y no tiene derecho de exclusiva en ese carácter. Además, las contribuciones en la obra colectiva son diferentes en el sentido de que no pierde autonomía con relación a la obra audiovisual como unidad creativa.
- f) Independientemente de lo que sucede en el campo jurídico internacional, en nuestro derecho sin lugar a dudas se admite expresamente al audiovisual “no obra” como Derechos Conexos, en el Art. 134 de la Ley 1328/98. Por la permisón del art. 9 de la Convención de Roma 61. En nuestro derecho, aquellos audiovisuales de creaciones que no son obras, son Derechos Conexos, aunque no tradicionales, y funda-

mos este aserto en que, si no fuera así, no se le hubiera reconocido derechos patrimoniales al productor de esa clase de audiovisual. Es que, en forma expresa, en el artículo 134 de la Ley 1328/98 se le reconoce el carácter de Derechos Conexos al otorgarle derechos patrimoniales al productor al audiovisual de creaciones que no son obras y que también, como sistema de divulgación, es aplicable a los audiovisuales de obra, porque ambas normas se complementan. Debemos considerar que el trabajo del productor de audiovisual, sea de obra artística o de creaciones que son no obras, es una actividad que se aboca a la divulgación a partir de lograr el master de grabación y esa es una actividad de divulgación cuando se lo hace para reproducirlo a escala comercial o distribuirlo en el mismo carácter al tener un derecho de exclusiva propio.

Para abonar esta tesitura, cabe tener en cuenta que también existe una mención expresa de su existencia, en el Artículo 8° del Decreto N° 6780/11 de fecha 21 de junio de 2011, cuando dice que:

“Quedan exentos del pago de remuneración compensatoria, los equipos y soportes que sean utilizados por los productores de audiovisuales...”. De esta transcripción, que antecede, queda en evidencia como la misma ley distingue la actividad del productor del audiovisual como un hecho diferente al del autor de la contribución de la obra.

g) Los autores no pueden disponer de sus obras incorporadas en el audiovisual, salvo que se trate de un aporte divisible, para explotarlo en un género diferente y siempre que no perjudique la obra audiovisual y en todo caso si hay un acuerdo previo con el productor.

h) Cuando hablamos de obra audiovisual estamos refiriéndonos a una variante de la especie audiovisual y es que, para esta, los titulares de derecho de autor de la obra audiovisual, tiene un derecho diferente al productor del audiovisual, porque ambas actividades son diferentes. Uno crea el audiovisual como obra (el director o realizador), cuando este el contenido es una obra, pero, el otro, realiza la fijación para la divulgación en un soporte y crea el master, por tanto, la obra audiovisual es una clase de Derechos Conexos, porque el productor es el generador del derecho de exclusiva de la obra audiovisual y no los autores.



Referencias

1. ***Derechos de autor y derechos conexos*** de la *Dra. Delia Lipszyc*, Ediciones UNESCO-Cerlalc y Zavalía. Edición 1993.
2. ***Derecho de autor y derechos conexos*** del *Dr. Fremiort Ortiz Pierpaoli*, autoedición del año 2005.
3. ***Los derechos conexos no son conexos***. De *Carmelo A. Castiglioni*, en proceso de imprenta de este año.
4. ***Marco normativo de propiedad intelectual*** del *Instituto de Investigaciones Jurídicas* de la Corte Suprema de Justicia, año 2014.



CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL DERECHO PRIVADO Y EL CASO DE LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Administrative contracts. The application of the rules of private law and the case of the exception of contractual breach

JUAN CARLOS CORINA ORUÉ ¹

RESUMEN

El presente trabajo trata respecto a la naturaleza contractual del contrato administrativo, atendiendo a la particular intervención del Estado como una de las partes contratantes. De igual modo deja entrever las tensiones que se producen entre sus sujetos participantes, cuál debe ser (a nuestro entender) el criterio a seguir para resolver dichas tensiones, y cómo equilibrar los intereses en juego. Por último, se ha puesto el foco en la excepción de incumplimiento contractual, y de cómo la misma debe regir, como con cualquier ciudadano común, también respecto al Estado.

Palabras clave: *contrato, contrato administrativo, excepción de incumplimiento.*

¹ Magíster en Derecho Privado (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Argentina), Profesor Titular de Contratos Civiles y Comerciales (Facultad de Derecho, Universidad Americana), Profesor por concurso público de méritos y aptitudes, en la cátedra de Derecho Romano II (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Asunción), Profesor de Posgrado en diversas universidades.



ABSTRACT

This paper deals with the contractual nature of the administrative contract, taking into account the particular intervention of the State as one of the contracting parties. In the same way, it shows the tensions that take place between its participants, what should be (in our opinion) the criteria to be followed to resolve these tensions, and how to balance the interests at stake. Finally, the focus has been on the Exception of Non-Performance, and how it should govern, as with any ordinary citizen, also with respect to the State.

Keywords: *Contract, administrative contract, Exception of Non-Performance.*

Introducción

El Estado necesita cubrir una serie de necesidades con miras a cumplir sus fines. Es así que entre su lista interminable de tareas tiene -por ejemplo- la de brindar educación, salud, viviendas, seguridad, etc.

Para la consecución de dichos fines el Estado podrá utilizar sus propios medios, es decir, -por dar un caso- el Ministerio de Obras Públicas podrá construir las viviendas que hagan falta, o podrá valerse de la colaboración de particulares, o sea, recurrir al sector privado, lo que hace que también queden integrados ingredientes de dicho sector.

Es en el segundo caso donde surgen los denominados contratos administrativos, los cuales presentan una mezcla apasionante, puesto que, por un lado, ante la intervención del estado, surgen aristas de carácter público, mientras que, por el otro lado, la colaboración la brinda un particular, proveniente del sector privado.

Así, como bien lo reseñara la doctrina, el contrato administrativo deberá equilibrar que “*mientras el cocontratante persigue la satisfacción de su propio interés, la Administración Pública persigue la satisfacción del interés público o general*” (Marienboff, 2011, p. 7).

Ahora bien, el presente trabajo justamente se abocará a delimitar la naturaleza del contrato administrativo, para luego pasar a destacar cuáles son las áreas de influencia del derecho privado dentro del esquema de dicho tipo contractual, profundizando con carácter especial en lo atinente a la excepción de incumplimiento contractual.

Concepto general de contrato

En su etimología, la palabra contrato deriva de la latina “*contractus*”, que implica, unir, contraer, estrechar. En efecto, las voluntades que une, son específicamente la de la persona que realiza una oferta, y la de aquella que la acepta. Metafóricamente hablando, el contrato vendría a ser como el hilo, que permite unir dos pedazos de tejido, los cuales anteriormente se encontraban separados.

Ahora bien, la principal característica del contrato vendrá a ser su exigibilidad, es decir, la posibilidad de exigir su cumplimiento como cualquier otra norma de derecho o ley. En efecto, el contrato dará nacimiento a un precepto jurídico, una norma contractual, comúnmente denominada en doctrina como *lex contractu*.

Por otro lado, cabe destacar que el ámbito dentro del cual los contratos necesariamente se deberán circunscribir, es el campo de los derechos patrimoniales. Si el elemento patrimonial faltare, tendremos cualquier cosa menos contrato, mientras que, si el elemento patrimonial estuviere presente acompañado de un acuerdo, tendremos contrato, como bien lo refiere *Pasarelli*, citado por *Mosset* (2000), al expresar “...*todos los negocios bilaterales o plurilaterales en materia patrimonial, incluso los constituidos para la consecución de un fin común, se llaman precisamente contratos*” (p. 35).

En síntesis, el contrato vendrá a ser el acuerdo de voluntades que regirá los derechos patrimoniales de las partes², y cuya característica principal consiste en su exigibilidad³.

Por último, cabe aclarar que el término contrato abarca tanto el acto de contratación, como la norma que resulta de él, así “*La palabra contrato encierra un equívoco, pues se refiere unas veces al acto que los contratantes realizan (v. gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario*

² De igual manera *Diez Picazo* (1996) refiere que el contrato vendrá a ser “todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (p. 123).

³ En dicha tesitura jurisprudencialmente se ha expuesto que “...es contrato toda convención destinada a crear, extinguir, modificar o ceder derechos, pues todos esos efectos caben en la locución “reglar derechos” ... CNCOM, SALA D, 1986/12/16, Blutrach, Jorge c. Producciones Liceo, S.A.



que con este acto se produce para los contratantes (v. gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato) (Diez Picazo, 1996, p. 123).

El contrato administrativo propiamente

Como se ha adelantado ya someramente, el Estado precisa cumplir ciertas funciones, y tiene ciertas necesidades, algunas más urgentes que otras. Ahora bien, con miras al mejor cumplimiento de dichas necesidades es que han surgido los contratos administrativos (Marienboff, 2011, p. 7).

Dicho esto, cabe hacer énfasis en que los contratos administrativos, antes que administrativos son “*contratos*”. Es decir, los mismos se inscriben como una especie dentro del grupo de contratos posibles, los cuales pueden ser a modo de ejemplo, laborales, comerciales, deportivos, de consumo, etc.

Sobre el punto se ha expuesto que “*El contrato es una categoría abstracta y genérica, una figura jurídica que en sentido estricto significa ‘acuerdo de voluntades generador de obligaciones’*” (Dromi, 1998, p. 295).

Es por ello que resulta necesario erradicar la concepción de que en el contrato administrativo el Estado actúa de manera unilateral y jerárquica, pudiendo modificar, rescindir o alterar como bien le venga en gana. Ello no corresponde, no solamente porque se avasallaría la temática contractual, sino porque el estado, antes que nada, necesita la colaboración de los particulares, sin los cuales, la contratación sería imposible.

Justamente haciendo referencia a que el contrato administrativo responde no a una situación de esclavitud sino a un *acuerdo de partes* se ha expuesto que “*No se conoce ejemplo de concesión de servicio público, a la cual el concesionario haya sido compelido, llevado por la fuerza, violentamente obligado. Admitir que ella puede surgir de ese modo, es desconocer todas las conquistas de libertad individual y de la seguridad humana. Es cambiar el imperio de la ley por los arbitrios del despotismo. Es destruir el régimen de derecho para establecer una situación de esclavitud*”⁴. (Masagão, 1933, p. 6970).

⁴ De igual manera Dromi (1998) reseña que “1. El contrato como técnica de colaboración administrativa. El obrar administrativo requiere la colaboración voluntaria de particulares u

En este punto, la definición que mejor conjuga la teoría contractual pura, con la administrativa, es aquella que ve al contrato administrativo como el acuerdo de voluntades celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con un particular o administrado, el cual tendrá por efecto generar derechos y obligaciones para las partes, y busca como objetivo primordial la satisfacción de finalidades públicas (*Marienhoff*, 2011)

Yendo específicamente a nuestro orden normativo tenemos que la Ley N° 2051/2003 (Art. 3°) de Contrataciones Públicas (LCP) establece que será “*Contratación Pública o Contratación Administrativa: Todo acuerdo, convenio o declaración de voluntad común, por el que se obliga a las partes a cumplir los compromisos a título oneroso, sobre las materias regladas en esta ley; independientemente de la modalidad adoptada para su instrumentación*”.

Siendo que la ley cataloga como contrato administrativo a aquel que verse sobre las materias reguladas por dicha ley, cabe hacer hincapié en que la ley regula los acuerdos de “...*adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas*”⁵.

Prerrogativas de la administración

Dado que los intereses vinculados al contrato administrativo tienen tanto un tenor público –por parte del Estado–, como un tenor privado -del particular-, es que para cumplir las finalidades públicas, en este se han previsto ciertas facultades o prerrogativas a favor de la administración, situación que no acontece en otros contratos del derecho privado.

Dichas prerrogativas, al salir completamente de la esfera normal de los contratos del derecho netamente privado, han sido denominadas por la doctrina como “*clausulas*

otros entes públicos, ya sea en forma amplia, por medio de un acuerdo creador, o en forma limitada, por adhesión. Si la colaboración fuera forzosa, daría lugar a la carga pública o prestación personal obligatoria” (p. 292).

⁵ Art. 1° de la Ley N° 2051/2003.



exorbitantes del derecho privado”, y si bien prima-facie las mismas quiebran el equilibrio contractual, son admitidas dentro del marco general de los contratos administrativos, dado que estos tienen por fin esencial satisfacer una finalidad pública.

Definiendo a las mismas se ha expuesto que *“Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil. En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían “ilícitas”, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales... Ejemplificando, digamos que son inusuales o inhabituales en derecho privado, las cláusulas que facultan a la Administración Pública a rescindir el contrato por sí y ante sí, o a dar instrucciones a su contratista, o que la Administración quede exenta de responsabilidad por mora en los pagos”* (Dromi, 1998, p. 304).

Sentado lo anterior, si bien existieron voces que propugnaban que las facultades citadas podían ser ejercidas por el Estado de manera arbitraria y sin más consecuencias, poco a poco ha ido primando la sensatez, en el sentido de reconocer que por más que se trate de una contratación donde se persigue un fin público, el contratante particular tiene sus derechos, los cuales no pueden ser avasallados con el simple pretexto de encontrarnos ante un contrato administrativo.

Repetimos, es sumamente importante poner el foco en que por más que el contrato sea “administrativo”, sigue siendo antes que nada un “contrato”, es decir, un “acuerdo de voluntades”, no una imposición “unilateral” de una de ellas, máxime teniendo en cuenta que la parte fuerte de la ecuación es justamente el Estado⁶.

⁶ En dicho tenor *Marienhoff* (2011) reseña que “Como los contratos “administrativos” siguen siendo o constituyendo la “ley de las partes”, va de suyo que éstas tienen el derecho recíproco de exigirse las prestaciones a que se han obligado. Como bien se dijo, también en este ámbito del derecho “debe respetarse la convención de las partes”, cualquiera sea la especie del contrato administrativo que se considere” (p. 130). Sobre la posición de fuerza en la cual se encuentra el Estado se ha reseñado que “En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos de los contratos civiles. La Administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista” (Dromi, 1998, p. 304).

Ahora bien, las prerrogativas exorbitantes concedidas a la administración pública no pueden ser ejercidas de forma arbitraria, y en el caso que causen menoscabos a la contraparte privada, estos tienen que ser resarcidos.

En efecto lo dicho se encuentra contemplado en la misma LCP, la cual en su art. 55 prescribe que el derecho de contratante a modificar unilateralmente el contrato se confiere “*sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondieren si hubiere mérito*”.

De igual manera ello se encuentra en consonancia con lo prescripto en la Constitución Nacional, la cual en su art. 39 refiere que “*Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuere objeto por parte del Estado*”.

Con respecto a ello se ha reseñado que “*El fundamento de la responsabilidad stricto sensu reside, tanto en el Derecho Público como en el Privado, en el deber general de obediencia a la ley y observancia de lo que ella dispone, consistente en definitiva, en no dañar a los demás o alterum non laedere, de la compendiosa fórmula de Ulpiano; por lo que el Estado, que es quien ha sentado dicho principio, ha de ser, también y sin duda, el primero en respetarlo*” (Trigo Represas y López Mesa, 2004, p. 112).

Aplicación de las normas del derecho privado

El Artículo 8º de la LCP refiere que “*En todo lo no previsto por esta ley, su reglamento y demás disposiciones administrativas que deriven de ellos, serán aplicables supletoriamente el Código Civil, las leyes que rigen el Procedimiento Contencioso Administrativo y el Código Procesal Civil*”.

Del artículo citado se desprende claramente que las normas del derecho privado son perfectamente aplicables a los contratos administrativos, en tanto y en cuanto lo normado no se encuentre previsto por la ley, su reglamento u otras disposiciones administrativas⁷.

⁷ Como bien lo ha reseñado la Dra. Buonghermini (s.f.), hoy jurídicamente se ha superado “una casi pueril división *ratione materiae* del Derecho, que suponía inaplicables las normas del Derecho Civil a situaciones originadas en el Derecho Público”.



Sobre el punto se ha reseñado que *“Sea administrativo o civil un contrato, se ha repetido frecuentemente, es siempre un contrato y, en la concepción general de nuestro derecho, esencialmente consensualista, como lo hemos recordado, la voluntad manifestada por las partes al momento de la celebración del contrato es la idea directriz a la cual el juez debe en primer lugar referirse cuando hay que determinar el contenido de las obligaciones de los contratantes en vista aplicarlas a la ejecución”* (Coviello, s.f.)

*En cuanto a la vinculación entre los campos del derecho público y privado se ha expuesto que “la realidad muestra que, en los acuerdos o vínculos contractuales de la Administración, no es posible establecer terminantemente el límite donde deja de aplicarse el derecho público y donde comienza a regir el derecho privado...”*⁸ (Dromi, 1998, p. 295).

Dicho esto, si bien en principio uno pensaría que la materia contractual está toda regulada por la LCP y su reglamento, dado que a las otras normas se las cita “supletoriamente”, empero al observar todo lo que puede contener una contratación, uno cae en la cuenta que enormes campos de regulación quedan a cargo del Derecho Civil, por lo tanto, la *lex contractu* será necesariamente heterogénea.

Repárese que, en lo concerniente a la etapa de preparación del contrato administrativo, es decir en lo relativo a los pasos para llamar a licitación —por ejemplo—, se encuentran detalladamente legislados en la LCP y sus reglamentos. Ello ocurre también en lo concerniente a la etapa de evaluación y adjudicación del contrato, las cuales se encuentran en cierto sentido, bastante pormenorizadas.

Ahora bien, quedan sin regularse —y por tanto sujetas al Código Civil— áreas neurálgicas de la contratación, como ser la de la *interpretación* de los contratos, y la de varios de sus efectos.

Es más, inclusive a la hora de determinar cuál será el órgano jurisdiccional encargado de dirimir respecto a un tema de ejecución contractual, se observa que lo hará la justicia civil.

Ello se debe justamente a lo que antes resaltáramos, respecto a que el contrato administrativo, por más que tenga ciertas particularidades sigue siendo contrato, y por

⁸ Cfr. Dromi; *ob. cit.*, pág. 295.

lo tanto, originalmente de naturaleza civil, por lo que corresponde que en lo atinente a su cumplimiento o no, lo determine un juzgado encargado de la materia civil.

Sobre el punto el Prof. *Villagra Maffiodo* (1981) ha reseñado que “... todos los contratos celebrados por la Administración como persona jurídica –y no hay otros– se rigen por el Derecho común y los actos administrativos que interfieren en ellos, por el Derecho administrativo. La jurisdicción competente es, por tanto, la ordinaria para las cuestiones propias del contrato y la contencioso-administrativa para la revisión judicial de los actos administrativos...” (p. 216).

Concordante con lo expuesto, la jurisprudencia ha reseñado que la justicia civil se encargará de aquellos casos en los cuales el estado intervenga en cierto pie de igualdad con los particulares, siendo competente la justicia administrativa cuando el estado obre en su carácter de poder público, resaltando a su vez que en el primer caso existiría una simetría o coordinación, mientras que en el segundo existe una suerte de subordinación del individuo al estado⁹.

Ahora bien, siendo que la naturaleza del contrato administrativo en cuanto a su regulación es heterogénea, existen una serie de principios del derecho privado aplicables, como serían la excepción de incumplimiento contractual, la imprevisión, etc. El referirnos a todos ellos excedería largamente el objeto del presente trabajo, por lo cual nos ocuparemos someramente de la excepción de incumplimiento contractual, dada su constante aparición en la práctica.

La excepción de incumplimiento contractual

Una figura del derecho privado cuya aplicación en los contratos administrativos es, según *Marienhoff* (2011), aceptada de manera conteste en la doctrina es la excepción de incumplimiento contractual, es decir, la facultad de negarnos a cumplir con

⁹ En el fallo citado se ha expuesto que: “... en los procesos administrativos lo que se impugna son actividades administrativas públicas; en tanto que en los civiles se disputan actos privados” (Voto de la Dra. María Mercedes Buongermini Palumbo). TApel. Civ. y Com., sala 3, 17/06/2011, Partes: Asociación de Vendedores de Fruti-Hortícola del Mercado Central de Abasto c. Municipalidad de Asunción s/ Cumplimiento de contrato, consignación de pago y medida cautelar de urgencia. (Ac. y Sent. N° 57), Publicado en: La Ley Online; Cita Online: PY/JUR/340/2011.



nuestra obligación si la otra parte debiendo haberlo hecho con anterioridad no lo ha hecho (p. 140).

En efecto, la mayoría de los contratos generarán obligaciones para varias partes; ahora bien, una parte no puede pedir que la otra cumpla con su obligación si ella misma no lo ha hecho (por ejemplo: si no he pagado la cuenta del supermercado, no puedo exigir que me entreguen las mercaderías).

Ello responde, según *Mosset*, citado por *Alterini* (1999), a la incuestionable lógica del “*No cumplo porque tú incumpliste antes*” (p. 535), y responde a un principio de justicia, puesto que no sería justo que me obligasen a cumplir si debiendo la otra parte hacerlo en el mismo acto o antes, no lo ha hecho. De ahí que desde antiguo “*no merecía que se le guardara la fe, quien no comenzaba por observarla (non servanti fidem non est fides Servando)*”. (López de Zavalía, 1997, p. 599).

Sobre el punto, y recomendando que nunca se olvide la noción de que la excepción tiene por fin evitar una injusticia, *Marienhoff* (2011) reseña que “*La exceptio non adimpleti contractus tiene, pues, como razón de ser la necesidad de evitar una “injusticia”. Esto es fundamental y jamás deber se olvidado, porque la idea de “justicia” debe presidir toda solución jurídica, ya se trate de una relación perteneciente al derecho privado o al derecho público*” (p. 140).

Por ello la excepción de “*incumplimiento contractual*” o de “*contrato no cumplido*”, es una defensa en virtud de la cual las partes pueden negarse a cumplir el contrato, hasta tanto la otra contratante cumpla con su parte del acuerdo, siempre y cuando la otra haya tenido que cumplir al mismo tiempo o antes. En otros términos, se ha reseñado que “*...cuando una de las partes incumple el contrato, la otra también puede incumplirlo, amparándose en la exceptio non adimpleti contractus...*” (*Zanella Di Pietro*, 2002, p. 261)¹⁰.

Nótese que la defensa está contemplada dentro de la órbita del derecho privado, puesto que la misma se encuentra legislada en el art. 719 del Código Civil reseñando que: “*En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que*

¹⁰ “*...quando uma das partes descumpre o contrato, a outra pode descumprir-lo também, socorrendo-se da exceptio non adimpleti contractus...*”.

la otra parte debiere efectuar antes su prestación. Cuando ésta debe hacerse a varias personas, puede rebusarse la entrega de la parte que le corresponda hasta que se haya recibido la contraprestación íntegra. Si un contratante ha efectuado prestaciones parciales puede negarse la contraprestación, a menos que, según las circunstancias, deba juzgarse que es contrario a la buena fe resistir la entrega, por la escasa importancia de la parte adeudada”.

Por su parte nótese que la excepción de incumplimiento contractual ha sido recepcionada tácitamente por parte de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas en virtud a la indicación cursada a las Unidades Operativas de Contratación, documento denominado como “*Orientaciones a la UOC para la contratación de obras*”¹¹.

En efecto, en el documento citado se realizó expreso hincapié en que las contratantes no podrán exigir a sus contrapartes privadas la ejecución de obras en plazo, si no han cumplido las obligaciones que por su parte le corresponden, como ser: la liberación de la zona de obras, la entrega de todas las aprobaciones o autorizaciones necesarias, y el pago íntegro del anticipo.

Nótese que dichas orientaciones ponen el foco directamente en la excepción de incumplimiento contractual, puesto que permiten al contratista privado decir “*no voy a cumplir con mis obligaciones, hasta tanto ustedes cumplan con las suyas*”.

La falta de pago como supuesto de la excepción

La falta de pagos —en la que incurre el Estado— se ha vuelto demasiado común en los contratos administrativos, por lo que hoy podemos afirmar sin temor a equívocos, que la regla es que exista mora en los pagos y la excepción, el cumplimiento a tiempo.

¹¹ Orientaciones a las UOC para la Contratación de Obras. Publicadas en el apartado **documentos de interés** del link www.contrataciones.gov.py.



Ahora bien, en la doctrina se ha planteado la cuestión respecto a si la falta de pago habilitaría al contratista a invocar dicha circunstancia en defensa a los pedidos de cumplimiento de sus propias obligaciones¹².

La respuesta a la interrogante citada se presenta con varios matices. En efecto, cierta parte de la doctrina ha destacado que para que la excepción sea admisible, la contratista debió encontrarse en una situación de *imposibilidad absoluta* de realizar la obra a causa de los retrasos, mientras que otra parte hace hincapié en que sólo deberá tratarse de una razonable imposibilidad, en el sentido de que los pagos adeudados sean sustanciales, comprometiendo así la posibilidad de realizar la obra (Marienboff, 2011, p. 140).

Evidentemente la primera posición es absolutamente inaceptable, es decir, sostener la exigencia de una imposibilidad absoluta para realizar la obra sería un total despropósito, puesto que se estaría cargando al particular con situaciones que él jamás previó, sometiéndole a realizar pedidos de crédito y malabares financieros ante la falta de fondos para asumir sus costos, por culpa de la contratante, lo cual en final medida podría ocasionar inclusive su quiebra financiera, con los devastadores efectos que ello conlleva.

En este tenor la doctrina ha expuesto que hipotéticamente *“siempre existiría la “posibilidad material” de que el cocontratante obtenga un préstamo que le permita continuar financiando las obligaciones que le crea el contrato y cumplir éste dentro de los plazos estipulados. Pero exigirle esto al cocontratante sería deshonesto, vacuo de ética y de fundamento legal, pues la mala situación financiera a que lo había conducido el hecho de la Administración no le es imputable, ya que en los cálculos lógicos que se habrá formulado al contratar no tenía por qué considerar*

¹² En principio es necesario reseñar que la falta de pago habilita al contratista a suspender el contrato, conforme lo reseña el art. 56 de la LDC, al expresar:

“Los proveedores y contratistas tendrán los siguientes derechos: ... c)...Si la mora fuera superior a sesenta días, el proveedor o contratista tendrá derecho a solicitar de la contratante la suspensión del contrato, por motivos que no le serán imputables”. Repárese que el artículo citado señala que el contratista tendrá derecho a solicitar, por lo que va de suyo que ello no constituye una obligación sino una facultad pudiendo hacerlo o no. Dicho ello, si la contratista no solicitó la suspensión, que como dijéramos es una facultad, vuelve la interrogante de si podría alegar la falta de pago para oponerse al pedido de la contratante de que cumpla con sus obligaciones.

semejante conducta culposa de la Administración, quien, con tal comportamiento, ha trastornado la situación del sistema económico del cocontratante, sistema o situación en base a la cual dicho cocontratante tenía sobrados fundamentos para considerar que cumpliría sus obligaciones contractuales dentro de los plazos estipulados” (Marienboff, 2011, p. 140).

Ahora bien, es entendible que, al encontrarnos ante contratos administrativos, cuyo norte a seguir lo constituye el interés público, podrían existir restricciones a la hora de considerar admisible la defensa, empero esto no puede implicar la alteración o puesta en riesgo de la capacidad financiera de la contratista. Concretamente, el Estado no puede exigir que el contratista privado se desangre en aras del cumplimiento de la función pública.

Sobre el punto se ha reseñado que el Estado “...*órgano creador del derecho y encargado de asegurar su imperio, no puede basarse en las consecuencias de su propio comportamiento irregular para obtener ventajas de tal situación en contra de su cocontratante inocente y damnificado” (Marienboff, 2011, p. 143).*

Repárese que, en cierto momento, en la República Argentina, se ha planteado la posibilidad de excluir la defensa de incumplimiento contractual en los contratos administrativos, lo cual posteriormente tuvo el rechazo de la propia Procuraduría del Tesoro.

Así se ha destacado que “*La Procuración del Tesoro ha entendido que no corresponde incluir en los contratos públicos una cláusula que implique renunciaciones a la “exceptio non adimpleti contractus” que, en cualquier contrato bilateral, funciona como aseguramiento en tanto permite no cumplir con la propia prestación si la contraparte no cumple a su vez. Se mantiene así, el equilibrio y la correlatividad de las prestaciones. La inclusión en el contrato de la renuncia a la potestad de oponer la excepción de incumplimiento, cuando no estaba prevista en el pliego de condiciones, supone un apartamiento de las reglas contractuales carente de toda razonabilidad jurídica (PTN, Dictamen 80/96, del 21/5/96)” (Dromi, 1998, pp. 353, 354).*

Sumado a todo lo expuesto cabe destacar que es absolutamente indudable que si, como apuntáramos, los pagos adeudados tienen cierta entidad sustancial, habilitarán la defensa, dado que como bien se constata en los casos en que la contratista no recibe los pagos necesarios para realizar la obra, la misma se ve envuelta en una



situación de *fuerza mayor*, ya que dicha situación se constituye en un hecho absolutamente inevitable e imprevisible.

Sobre el punto la doctrina ha expuesto que *“Cuando el incumplimiento en que incurra el Estado fuere de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilite a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte del cocontratante debe considerarse como un “derecho” de éste: ese “hecho de la Administración” se asimila en este caso a la “fuerza mayor”, y ésta le sirve al cocontratante de título idóneo para ser relevado de la obligación de cumplir lo convenido. En estos supuestos la obligación del cocontratante de cumplir el contrato, aunque la Administración Pública no lo cumpla, jurídicamente cesa”*.

Aquí es muy oportuno tener presente que la fuerza mayor como eximente para el cumplimiento de las obligaciones se encuentra expresamente prevista en el art. 78 de la LDC el cual refiere:

“Eximentes de responsabilidad. No se impondrán sanciones cuando se haya incurrido en la infracción por causa de fuerza mayor o de caso fortuito, o cuando se observe en forma espontánea el precepto que se hubiese dejado de cumplir.”

Conclusión

En reiteradas ocasiones las autoridades de la Dirección General de Contrataciones Públicas han resaltado que su principal misión es la de obtener la transparencia en las contrataciones del Estado, y obtener para éste, las mejores condiciones de contratación, como bien la propia LCP lo busca, a través del Art. 4º¹³.

Ahora bien, dicho objetivo solamente podrá ser logrado el día en que las entidades contratantes entiendan que la contratación pública, por más pública que sea, tiene un condimento contractual, un acuerdo de voluntades que le sirve de cimiento, y

¹³ **Artículo 4º.- PRINCIPIOS GENERALES.** La actividad de contratación pública se registrará por los siguientes principios: a) Economía y Eficiencia: Garantizarán que los organismos, entidades y municipalidades se obliguen a planificar y programar sus requerimientos de contratación, de modo que las necesidades públicas se satisfagan con la oportunidad, la calidad y el costo que aseguren al Estado Paraguayo las mejores condiciones, sujetándose a disposiciones de racionalidad, austeridad y disciplina presupuestaria”.

sin el cual sería imposible obtener la colaboración de los contratistas privados, por los menos de los que obran con buena fe.

Para que el contratista privado confíe, y en última medida le interese contratar honradamente con el Estado, deberá percibir que se respetan sus derechos, y que el Estado no abusa de su posición de sujeto más fuerte de la relación. Así debe establecerse “*un justo y sólido sistema de garantías que compensen de algún modo las situaciones de sujeción en que se halla el administrado frente a las potestades públicas*” (Cassagne, 1998, p. 24).

Es por ello que estimo que es fundamental la intervención de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, en miras a concientizar a las entidades respecto a que los contratos administrativos son acuerdos, y no imposiciones, ya que caso contrario seguiremos observando empresas temerosas de contratar con el Estado, ante la zozobra de si al hacerlo, esto podría representar abrir una caja de Pandora.

Referencias

- Alterini, Attilio A.** (1999). *Contratos Civiles – Comerciales – de consumo*, Teoría General. Reimpresión. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
- Borda, Guillermo A.** (2006). *Manual de Contratos*. (20ª ed.). Actualizada por Alejandro Borda. Buenos Aires: Lexis-Nexis – Abeledo-Perrot.
- Buongermini Palumbo, María Mercedes.** (Sin Fecha). “*El actuar dañoso del estado*”, Derecho Paraguayo de Daños. Editora Intercontinental.
- Cassagne, Juan Carlos.** (1998). *Derecho Administrativo*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Editorial Lexis-Nexis.
- Diez Picazo, Luis.** (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial – Introducción a la Teoría del Contrato*. Vol. I. (5ª ed.). Madrid, España: Editorial Civitas.
- Dromi, Roberto.** (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Jorge Coviello, Pedro José.** (Sin Fecha). *¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales*. elDial.com - DC1540.



López de Zavalía, Fernando. (1997). *Teoría de los Contratos* (4ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Zavalía.

Martenboff, Miguel. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.

Masagão, Mário. (1933). "*Natureza jurídica da concessão de serviço público*". São Paulo, Brasil.

Mosset Iturraspe, Jorge. (2000). *Contratos*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal Culzoni.

Trigo Represas, Félix A. & López Mesa, Marcelo J. (2004). *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomo IV. (1ª ed.). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Villagra Maffiodo, Salvador. (1981). *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial El Foro.

Zanella di Pietro, María Sylvia. (2002). *Direito Administrativo* (14ª ed.). Sao Paulo, Brasil: Editora Atlas.



MERCOSUR-ALIANZA DEL PACÍFICO: UNA AGENDA POSITIVA PARA LA INTEGRACIÓN ¹

Mercosur-Pacific Alliance: a positive agenda for integration

RICARDO RODRÍGUEZ SILVERO ²

RESUMEN

El Mercosur y la Alianza del Pacífico están en la dirección correcta, fomentando el acercamiento entre ambos bloques latinoamericanos y abriéndose a la libre competencia con EEUU, Europa, Asia y Oceanía. Aunque cada uno de

¹ Conferencia del autor sobre los temas principales del Seminario Internacional, realizado el 19 de julio de 2017 en Mendoza, Argentina. Recopilación de datos hecha por *Carla Golzio Valdez*.

² El Dr. Ricardo Rodríguez Silvero está especializado en inversiones e impuestos, en desarrollo sostenible y en integración económica internacional. Trabaja con asociados interdisciplinarios en Paraguay, MERCOSUR y Alemania. En Paraguay es asesor de Poderes del Estado, de gremios empresariales y cooperativos, así como de organismos internacionales en proyectos de ley y en la aplicación de leyes de candente actualidad (pymes, rurales y urbanas; cooperativas; reforma tributaria y financiera, entre otras). Formalizador, organizador y saneador de empresas y proyectos, así como docente, analista e investigador en ciencias económicas y sociales. Desarrolla cursos, talleres y seminarios sobre estos temas. Realiza regularmente propuestas de políticas públicas hacia el desarrollo sostenible, cuyos ejes fundamentales son estabilidad macro-económica, justicia social y equilibrio ambiental. Ha realizado taras profesionales en los demás países del MERCOSUR, en EEUU y en Alemania. Tiene varios libros y estudios publicados sobre estos temas en América Latina y Europa. Publica también análisis de actualidad en medios de comunicación y redes sociales. Tiene títulos de doctor en Ciencias Económicas y Sociales en la Universidad de Bremen (*Doktor summa cum laude*), diplomado en Economía y Sociología (*Volkswirt sozialw. Richtung*) en la Universidad de Colonia, Alemania, y Lic. en Ciencias Contables y Administrativas por la Universidad Católica de Asunción.



los países de América Latina y el Caribe está caracterizado por variables económicas, financieras, sociales y ambientales diferentes en términos de desarrollo sostenible, la inmensa mayoría de los mismos comparte la convicción de que hay que seguir fortaleciendo el libre comercio en integración económica internacional.

Palabras clave: *Mercosur, Alianza del Pacífico, Integración, América Latina, Comercio exterior.*

ABSTRACT

The Mercosur and the Pacific Alliance are in the right direction, fostering the rapprochement between both Latin American blocs and opening up to free competition with the US, Europe, Asia and Oceania. Although each of the countries of Latin America and the Caribbean is characterized by different economic, financial, social and environmental variables in terms of sustainable development, the vast majority of them share the conviction that we must continue to strengthen the free trade in international economic integration.

Keywords: *Mercosur, Pacific Alliance, Integration, Latin America, Foreign trade.*

Introducción sobre la Alianza del Pacífico

La Alianza del Pacífico es una iniciativa de integración regional conformada por Chile, Colombia, México y Perú, oficialmente creada el 28 de abril de 2011.

Sus objetivos son:

- Construir, de manera participativa y consensuada, un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la **libre circulación de bienes, servicios, capitales, personas y economía.**
- Impulsar un mayor crecimiento, **desarrollo económico** y competitividad de las economías de sus integrantes, con miras a lograr mayor bienestar, superar la desigualdad socioeconómica e impulsar la inclusión social de sus habitantes.

- Convertirse en una plataforma de **articulación política**, integración económica y comercial, y proyección al mundo, con énfasis en la región Asia-Pacífico.

La Alianza del Pacífico es una plataforma estratégica porque

- Busca la integración profunda de servicios, capitales, inversiones y movimiento de personas.
- Es un proceso de integración abierto e incluyente, constituido por países con visiones afines de desarrollo y promotores del libre comercio como impulsor de crecimiento.
- Es una iniciativa dinámica, con alto potencial y proyección para negocios.
- En conjunto las economías de los países miembros ocupan el octavo sitio a nivel mundial.
- Se orienta hacia la modernidad, el pragmatismo y la voluntad política para enfrentar los retos del entorno económico internacional.
- Ofrece ventajas competitivas para los negocios internacionales, con una clara orientación a la región Asia-Pacífico.

Esta es la presentación oficial de la Alianza del Pacífico, en su página web:

<https://alianzapacifico.net/que-es-la-alianza/>

“MERCOSUR-ALIANZA DEL PACÍFICO: UNA AGENDA POSITIVA PARA LA INTEGRACIÓN”

Desarrollo

Durante el Seminario en la ciudad de Mendoza, Argentina, el 19 de julio de 2017, el Diálogo estuvo estructurado en los siguientes tres temas principales: Contexto y Convergencia, Cadenas Regionales de Valor y Facilitación del Comercio³.

³ El texto que se presenta en esta Revista es la visión del autor de este artículo, no la versión oficial del evento ni la de los otros participantes en él.



A. CONTEXTO Y CONVERGENCIA

En lo que hace relación con este subtítulo, en mi opinión la **principal idea-fuerza** para lograr un acercamiento de ambos esfuerzos regionales de integración en libre comercio vía políticas públicas y privadas adecuadas debería ser la siguiente: ***“Fomento a inversiones de capital, tecnología y competitividad, en libre comercio y desarrollo sostenible, profundizando la integración de América Latina y el Caribe ALC y salvaguardando la fortaleza macro-económica, con una orientación al Asia-Pacífico”***.

La larga estabilidad política en ALC hoy en día da paso a la necesidad de consolidar lo logrado en términos macro-económicos, sociales y medioambientales y mejorarlo aún más, con énfasis en:

1. Integración económica de américa latina y el caribe, vía acercamiento de la alianza del pacífico y del Mercosur

- a. Regímenes arancelarios en comercio exterior con propensión a arancel cero para intercambio de intrazona y un bajo arancel externo común para el de extrazona.
- b. Libre circulación de capitales de inversión en ambos bloques.
- c. Libre transferencia de utilidades al exterior, sin restricciones cuantitativas, con tratamiento tributario preferencial, vía bajos impuestos a las ganancias, los mismos que para la distribución interna de dividendos.
- d. Libre circulación de bienes y personas.
- e. Ampliación de la membrecía, en el nuevo espacio inter-bloque a ser articulado próximamente, a los demás países de ALC.
- f. Acercamiento de ambos bloques a los países del Pacífico y de Oceanía.
- g. Cumplir y hacer cumplir los Acuerdos, así como las demás normas de la Organización Mundial del Comercio OMC.

2. Reforma financiera favoreciendo la radicación de capitales y la solidez del sistema interno

- a. Bajar al menor nivel posible los costos para inversiones directas (adquisición de empresas o parte de sus acciones o de sus activos fijos, así como inversiones de reposición y ampliación en sucursales o filiales).

- b. Fortalecer el sistema financiero local mediante requerimientos de capital mínimo en función a cartera de riesgos.
- c. Crear una unificada Central de Riesgos que permita información rápida sobre clientes morosos antes de la concesión de créditos.
- d. Poner en vigencia leyes que permitan que la eventual quiebra de entidades financieras sea pagada por sus accionistas, no por los contribuyentes.

3. Adecuación fiscal a los tiempos modernos

- a. Reducir el déficit fiscal en torno al 3% sobre el producto interno, mejorando la calidad del gasto y aumentando las inversiones públicas en infraestructura, manteniendo la deuda pública a niveles razonables.
- b. Reforma tributaria mediante mejores controles y reglamentaciones, combatiendo la evasión y mejorando las normas vigentes en favor de impuestos directos, manteniendo tasas impositivas relativamente bajas, reduciendo deducibilidades y aumentando la base imponible.
- c. No crear nuevos impuestos y mantener la presión tributaria relativamente baja.

4. Consolidación monetaria, crediticia y cambiaria

- a. El fortalecimiento de la estabilidad monetaria, con una inflación de un solo dígito, orientándola en promedio a un máximo de 5% anual.
- b. La ampliación de la oferta de créditos blandos también a pequeños y medianos empresarios.
- c. La previsibilidad cambiaria, afianzando el cambio único, libre y fluctuante.

B. FACILITACIÓN DEL COMERCIO Y CADENAS REGIONALES DE VALOR

Sobre este tema, viene bien hacer referencia a un actual documento del Banco Interamericano de Desarrollo, que lleva por título “*El apoyo del BID al proceso de integración de la Alianza del Pacífico*”. He aquí el link en su página web:

<http://www.iadb.org/es/temas/comercio/el-apoyo-del-bid-al-proceso-de-integracion-de-la-alianza-del-pacifico,8834.html>

Allí puede leerse lo siguiente:



El BID está brindando asistencia integral a la AP por la importancia de este proyecto para la integración en América Latina, proyectándola como una de las zonas económicas más dinámicas del mundo, con clara orientación al Asia del Pacífico. En este contexto, el Banco, ha entregado apoyo técnico tanto a los gobiernos, como a los representantes empresariales que han conformado esta iniciativa. —por un lado— en el marco de los grupos de trabajo técnicos, y, por el otro, en el marco del apoyo brindado al Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico CEAP (sic).

El BID ha venido trabajando con los grupos de trabajo y ha entregado apoyo técnico y financiero a los mismos y al Consejo en áreas que han sido definidas como prioritarias para avanzar en el logro de los objetivos de la Alianza, tales como:

a. Acceso a mercados;

- negociación arancelaria y normas de origen
- normas técnicas;
- análisis de buenas prácticas internacionales.

b. Promoción de exportaciones e inversión;

- actividades concretas de promoción de ventas al exterior y atracción de inversiones directas

c. Promoción de innovación y emprendimiento;

- Promover tránsito de personas entre países AP

d. Encadenamientos productivos:

- identificación y fomento de proyectos
- Aduanas y facilitación del comercio: implementación de medidas de facilitación de comercio en esta área.

e. Plan comunicacional: implementación de estrategias para difundir oportunidades de AP

Al mismo tiempo, el Banco ha brindado su apoyo al CEAP en las siguientes *áreas de interés del sector empresarial*:

f. Encadenamientos productivos: aprovechando sinergias con el apoyo al sector público;

- Compras públicas: aprovechar oportunidades en esta área
- VUCE Ventanilla Única de Comercio Exterior: propiciar la interoperabilidad entre Ventanillas en países AP
- Competitividad logística: diagnóstico e implementación de medidas para la facilitación de comercio en este ámbito.
- Integración de mercados financieros, facilitándola
- Armonización de normas técnicas y reconocimiento mutuo, promoviendo la Alianza como cuerpo regulatorio homogéneo y espacio integrado de agencias
- Cooperación en educación, para lograr niveles con estándares internacionales en el bloque.

C. MAGNITUD DE AMBOS BLOQUES ASOCIADOS

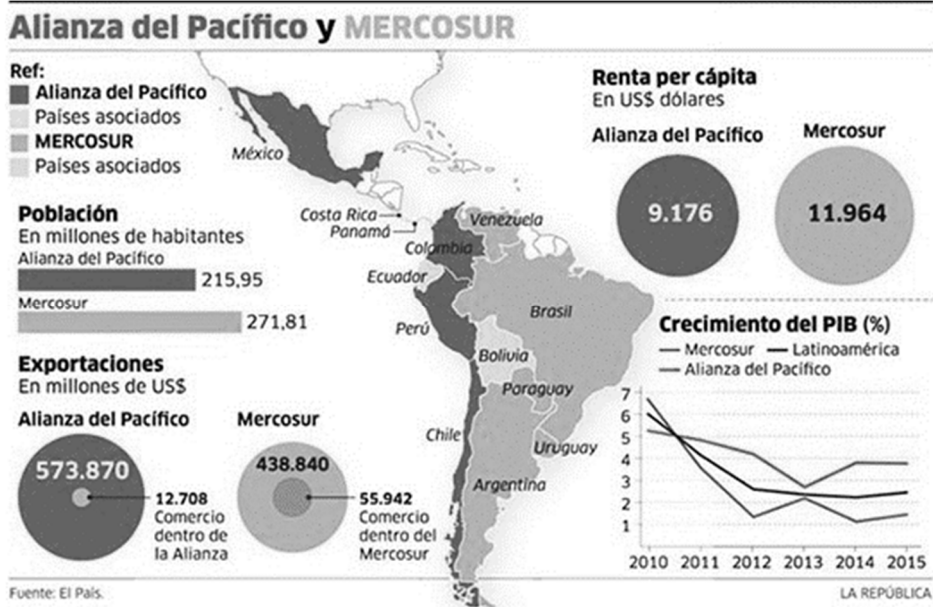
Con valores de 2015⁴, ambos bloques lucen de la siguiente manera:

- En **millones de habitantes**: Alianza del Pacífico unos 216 millones; Mercosur unos 272 millones.
- En millones de dólares norteamericanos, total de **exportaciones** de la Alianza fueron unos 573.870 millones, de los cuales 12.708 millones (2,2%) fueron vendidas dentro del bloque.
- En millones de dólares norteamericanos, total de exportaciones del Mercosur fueron unos 438.840 millones, de los cuales 55.942 millones (12,7%) fueron exportados dentro del Mercosur.
- **Renta per cápita** era en la Alianza 9.176 USD por año, mientras que en el Mercosur era 11.964.
- En términos de **crecimiento del producto**, el de la Alianza es el mejor desde 2011 hasta 2015, oscilando del 5% al 4% anual; el de Mercosur es el peor, bajando del 5% al 1,5%. La media latinoamericana se encuentra entre ambos: del 5% al 2,5%.
- La Secretaría Ejecutiva de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Alicia Bárcena puntualizó el 7nov16 que **la Alianza del Pacífico y el Mercosur representan conjuntamente alrededor del 90%**

⁴ Los datos de 2016 son estimaciones preliminares. Los de 2015 ya están consolidados.



del PIB, población, comercio y flujos de inversión extranjera directa de la región. Por consiguiente, señaló, la convergencia entre estas dos agrupaciones se convertiría en un poderoso catalizador de la convergencia a nivel de la región como un todo⁵.



D. Comercio intrarregional en ambos bloques

El comercio exterior intrarregional en América Latina y el Caribe ALC a comienzos de la década actual oscilaba algo por debajo del 20%, representando la diferencia del 80% y pico el involucramiento comercial con el resto del mundo. Estos porcentajes son una media en esa mega-región. Algunos países se encuentran por encima; otros, por debajo de los mismos. Los productos vendidos por empresas latinoamericanas al interior de ALC son intensivos en mano de obra y en tecnología, mientras que entre los vendidos a extrazona siguen predominando las materias primas, tanto agropecuarias como mineras.

⁵ <http://www.cepal.org/es/comunicados/alicia-barcelona-convergencia-alianza-pacifico-merc-sur-es-clave-desarrollo-comercio-la>

Es llamativo el caso de países pequeños, que frecuentemente tienen en comercio exterior intrarregional porcentajes atípicos. En el caso paraguay, el comercio exterior con los países fundadores del MERCOSUR asciende en promedio al 40%, en el tiempo señalado. Mientras que el porcentaje de los países mayores, respecto de lo intercambiado en bienes y servicios con países asociados, representa fracciones inferiores al 10%.

Tomando la proporción del comercio intrarregional en ALC en el lapso 2012-15, que estuvo entre el 15% y el 20%, ella puede ser calificada de pequeña o insuficiente o mejorable, por lo menos en comparación con el porcentaje cercano al 60% en la Unión Europea y al 50% en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN y en la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático ANSEA. Obviamente, las diferencias en trayectorias históricas y el tiempo acumulado con los esfuerzos de integración difieren significativamente entre el bloque sudamericano y el europeo⁶, como también lo hacen las circunstancias macro-económicas y de comercio exterior entre ambos continentes. Algo similar puede decirse del parangón entre la ALC versus TLCAN y la ANSEA.

Llamativo es el comercio intrarregional de ALC en comparación con el alcanzado entre los países que hoy en día constituyen la Alianza del Pacífico. En ésta, los porcentajes de comercio exterior intra-bloque son aún más pequeños. En el caso de las exportaciones, hasta el 2012 inclusive la proporción de exportaciones intra-zona, en comparación con las totales, seguía estando sólo en el 4%⁷. En el bienio 2014 y 15 esa participación había aumentado al 6%, pero seguía siendo baja en comparación con la usual dentro de ALC.

En América Latina y el Caribe, el costo de transporte se ha convertido en un obstáculo más difícil de superar que el de los aranceles. En términos de fomento al comercio exterior, estos pueden ser significativamente reducidos, sin mayores problemas. Mientras que las obras de infraestructura, cuya carencia resulta un costo determinante en el comercio exterior, en contra de la tan mentada integración, necesitarán varios años hasta que puedan ser sustancialmente reducidas. Un estudio

⁶ Alianza del Pacífico: mitos y realidades. Konrad Adenauer Stiftung 2014, pág. 79 y sgts: http://www.kas.de/wf/doc/kas_40812-544-1-30.pdf?150326110833

⁷ [file:///C:/Users/Ricardo%20Rodriguez%20S/Downloads/Dialnet-ComercioYEvolutionDeLaAlianzaDelPacifico-5262307%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Ricardo%20Rodriguez%20S/Downloads/Dialnet-ComercioYEvolutionDeLaAlianzaDelPacifico-5262307%20(1).pdf), página 17.



reciente del BID, publicado en 2016, que lleva por nombre “*Infraestructura y Desempeño de Exportaciones en la Alianza del Pacífico*”⁸, llama la atención sobre el hecho de que incluso las autoridades públicas y privadas en los países que lo conforman suelen subestimar la importancia de reducir significativamente los gastos de transporte, junto con la también necesaria reducción de los aranceles:

“Los resultados confirman la hipótesis de que los flujos comerciales de la AP son muy sensibles a los costos de transporte. Sugieren, por ejemplo, que un 10% de reducción de estos costos incrementaría las exportaciones por municipio en niveles que van desde un 13% en México a un 45% en Chile. También demuestran que es posible incorporar esta dimensión del comercio en la evaluación de proyectos de infraestructura específicos. Un ejercicio de simulación que utiliza una muestra de proyectos de transporte clave de la AP indica que estos generan efectos positivos en las exportaciones tanto intra como extrarregionales, pero dichos efectos varían considerablemente entre países y proyectos, y los efectos intrarregionales, en general, son mucho más modestos que los que muestran las estimaciones realizadas para la economía en su conjunto”.

No obstante, los datos relacionados con comercio exterior deben ser manejados con cuidado. Los mismos no son suficientemente fidedignos, tanto en lo que hace a la precisión como a la actualidad de los mismos. Para realizar análisis dignos de fe al respecto, habrá que aguardar mejor procesamiento de datos sobre estas variables.

Aparte de eso, la voluntad política manifiesta apunta a que el fomento de las PYMEs⁹, en términos de asistencia técnica y crediticia, llevará al fortalecimiento y ampliación del comercio exterior intrarregional, desde que los primeros datos conseguidos al respecto dan información acerca de que gran parte de la integración intra-regional tiene lugar a través de las empresas de pequeño y mediano porte, en las que las inversiones en tecnología y la creación de puestos de trabajo son relativamente grandes.

⁸ <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7568/Infraestructura-y-desempeno-de-las-exportaciones-en-la-Alianza-del-Pacifico.pdf>, página vii.

⁹ <https://alianzapacifico.net/alianza-del-pacifico-busca-incrementar-participacion-de-las-pymes-en-comercio-intrarregional/>

E. América Latina y El Caribe: marchas y contramarchas en integración¹⁰

Los esfuerzos regionales de integración económica, formalmente hablando, llevan ya más de medio siglo en estas latitudes latinoamericanas. Más allá de los discursos dominicales, de los buenos propósitos en campañas electorales y aún más allá de la proclama en documentos oficiales en favor de estrechar lazos en comercio exterior de bienes y servicios, así como de intercambios de créditos e inversiones, lo cierto es que América Latina y el Caribe se encuentran poco integrados.

Esto puede constatare claramente en la proporción de exportaciones dentro del gran espacio que va desde el Río Grande hasta Tierra del Fuego, que en promedio ascendía en 2012 a apenas el 20%, con tendencia a la baja, de todo lo exportado por ALC. En algunos espacios subregionales, la proporción de intercambio entre países latinoamericanos y caribeños era en ese año aún menor o un poco mayor.

Para peor, en 2013 y 2014 bajó el comercio intrarregional en ALC (en conjunto alrededor del 8%), pero sin alterar mayormente esas proporciones del comercio interior vs extrazona. En 2014, las exportaciones de América Latina y el Caribe alcanzaron 1.074.867 millones de dólares y las importaciones 1.105.109 millones de dólares (CEPAL 2015). En octubre de 2015 se estimaba que las exportaciones totales de la región caerían en -14% ese año. Si fue así, estos tres años 2013-15 se convirtieron en el de peor desempeño exportador de ALC en 8 décadas.

“Si bien los países de América del Sur y Centroamérica exportan a la propia región el doble de productos que a los Estados Unidos y a la Unión Europea, y ocho veces el número exportado a China, persiste un bajo nivel de comercio al interior de América Latina y el Caribe, con un reducido nivel de integración productiva. En 2013 la participación de las exportaciones de la región hacia los países de la misma área fue de 19%, mientras que la Unión Europea exportó 59% de sus ventas totales a miembros del mismo grupo y los países de Asia Pacífico 50%”.

“El mercado regional es clave para el desarrollo de cadenas de valor en América Latina y el Caribe. La profundización de este mercado constituye una estrategia indispensable para avanzar hacia una inserción internacional más conducente al

¹⁰ Parte de este capítulo fue publicada el sábado 6 de julio de 2013 en el diario Última Hora de Asunción. Las demás son de las publicaciones de la CEPAL durante 2015 y 16.



cambio estructural”, recalcó Alicia Bárcena, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Económica para la América Latina y el Caribe CEPAL, al presentar el documento.

“El valor del comercio regional en el primer semestre de 2016 fue 7,6% menos que el año pasado. un hecho determinado por los precios de las materias primas que muestran niveles inferiores que los del primer semestre de 2015. Se destacan las caídas en los precios del petróleo venezolano (-41,3%) que cayó mucho más fuerte que el de Ecuador (-33,5%) y el de México (-33,2%), del hierro (-14,0%), y del cobre (-20,8%)”¹¹.

a. Solo una sexta parte de lo exportado va a ALC. Si fuera a tomarse este indicador como medidor de desempeño integracionista en términos de exportaciones, la subregión más integrada es lo que ha dado en llamarse la “Meso-América”, es decir Centroamérica más la mitad meridional de México. Allí las exportaciones intra-regionales llegan al 25%. Sirva de comparación la composición de exportaciones intrarregionales de la Zona Euro, que asciende al 59%.

En materia de intercambio de ciertos servicios (transportes, seguros y fletes) y de capitales (préstamos e inversiones) las proporciones de flujos dentro ALC son también similares. Es decir que lo que se registra en ese libro gigantesco de relaciones económicas entre los pueblos, que se llama Balanza de Pagos Internacionales, Iberoamérica está menos integrada consigo misma que con el mundo exterior.

b. Productos exportados a ALC son intensivos en mano de obra y en PYMES. Digno de destacar también es que los productos destinados a las exportaciones regionales son los que más emplean tecnologías intensivas de mano de obra e innovadoras, con fuerte énfasis de las pequeñas y medianas empresas en su gestación. En otras palabras, las latinoamericanas unidades de producción de pequeño e intermedio porte son las que más exportan dentro de ALC.

Las exportaciones de ALC al resto del mundo siguen siendo en gran medida productos de los sectores agropecuarios y mineros en estado de materia prima y/o con escaso grado de valor agregado interno.

¹¹ <http://www.cepal.org/es/boletin-estadistico-de-comercio-exterior-de-bienes-en-america-latina-y-el-caribe>

c. **Escasa integración.** A juzgar por estas tendencias del pasado reciente, los líderes políticos de esta parte del continente americano o ponen más énfasis en las exportaciones de productos a extra-zona, marginando de esta manera a las PYMEs y a la creación local de puestos de trabajo y de tecnologías innovadoras. O simplemente no están ni siquiera al tanto de esta decepcionante evolución, tanto en términos de proporción de exportaciones a intra-zona como en los del tipo de productos y de tecnologías utilizados a tal efecto.

Para colmo de frustraciones, en algunas regiones del continente también este modesto proceso de integración vía exportaciones de intrazona puede ir en franco retroceso. Este es el caso del MERCOSUR: ¿Si se mantienen las numerosas barreras arancelarias y para-arancelarias de Argentina en esta parte sur de Sudamérica y si Brasil, esporádicamente proteccionista también, no consigue imponer en su clase política el criterio vanguardista de libre comercio, para qué seguir hablando de integración económica si se la va a impedir sistemáticamente en los hechos?¹²

F. FUNDAMENTACIÓN DEL POR QUÉ EL MERCOSUR NECESITA DE MERCADOS MÁS AMPLIADOS

Dada la no observancia del Tratado de Asunción por parte de los mayores países fundadores, Argentina y Brasil, a los países pequeños, como Paraguay y Uruguay, no les queda otra alternativa que la de evaluar las posibles salidas del laberinto.

Se define “*no observancia del Tratado*” el no cumplimiento del mandato múltiple establecido en su Artículo 1º, a saber, el Mercado Común, la Coordinación de Políticas Macro-Económicas y la Armonización de Legislaciones Internas. Tampoco se ha instalado la Supranacionalidad conjunta, requisito previo de todos esos fundamentales objetivos contractuales.

Se entiende en este contexto por “*salidas posibles de esta situación de incumplimiento contractual*” los siguientes escenarios:

1. Los países mayores del MERCOSUR demuestran en los hechos que pueden deponer ya mismo su espíritu y actitud anti-integracionistas a favor de pasos

¹² Este análisis es válido para ALC y algunas regiones. Los valores son promedios y el abordaje es por tendencias recientes. Algunos países, individualmente considerados, pueden presentarse singularidades específicas.



concretos en prosecución de los mencionados objetivos. En el interín y con apoyo de Argentina y Brasil, los demás países podrán echar a andar simultáneamente los siguientes caminos.

2. Cada uno de los países, que rechaza la actual integración asimétrica por el no cumplimiento del mencionado mandato múltiple del Tratado, debe tener la posibilidad, en derecho y en los hechos, de poder asociarse a otros esfuerzos regionales o hemisféricos o intercontinentales de integración.
3. A tal efecto, debe realizarse una modificación del Tratado de Asunción para fortalecer legalmente tales asociaciones extra MERCOSUR. Esto es a nivel de países, individualmente considerados.
4. Posteriormente, se evaluará conjuntamente la viabilidad de superar el esquema actual del MERCOSUR asociándose colectivamente a otros esfuerzos regionales de integración mediante en un nuevo acuerdo internacional, bajo un nombre a ser adoptado en conjunto.
5. *El actual acercamiento del MERCOSUR y de la Alianza del Pacífico ofrece una extraordinaria oportunidad de cristalizar la asociación de ambos bloques, con el objetivo del libre intercambio de bienes, servicios, capitales y personas, poniendo énfasis en la Región Asia-Pacífico y Oceanía.*

La necesidad de dar tales pasos se funda no solamente en la evidencia empírica de que hoy el día el MERCOSUR no existe como esfuerzo regional coherente de integración internacional, sino además en que se ha comprobado lo siguiente:

- a. Los países pequeños tienen una capacidad de producción que supera ampliamente la capacidad de consumo de sus pequeños mercados internos. Ese exceso de producción actualmente no puede ser vendido libremente a las economías de Argentina y Brasil por el proteccionismo practicado por éstos en los años recientes.
- b. No solamente los países pequeños, sino todos los países del MERCOSUR independientemente de su tamaño, necesitan poder comprar y vender en mayor escala en los demás países de América Latina y el Caribe así como en los países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y de la Unión Europea como también en otros mercados interesados en relaciones económicas con los países del MERCOSUR, tales como la China, el Japón, los de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático más Rusia, Sudáfrica, Australia, Nueva Zelanda así como otras economías emergentes.

- c. Por otro lado, *se ha demostrado que las exportaciones intrarregionales en América Latina y el Caribe fomentan la utilización de tecnologías intensivas en mano de obra así como la producción de pequeñas y medianas empresas. La mayor demanda de mano de obra y el fortalecimiento de las PYMEs se hallan en relación directa con mayores exportaciones intrarregionales. Por lo tanto, está en interés de los países latinoamericanos aumentar la proporción del comercio y de las inversiones intrarregionales porque esa es la forma más directa de crear masivamente puestos de trabajo y de afianzar mayor integración entre sí mismos.*
- d. Del lado opuesto, las exportaciones a mercados de extra-zona, es decir a economías fuera del MERCOSUR, se siguen concentrando en la venta de materias primas, agropecuarias y mineras, así como de productos de escaso valor agregado. En consecuencia, las exportaciones extra-zona afianzan modelos perimidos que poco benefician a economía y sociedad de América Latina y el Caribe.
- e. He aquí el resultado de investigaciones al respecto en el año 2015: Las ventas intrarregionales apenas estuvieron entre el 15% y el 20% de las exportaciones mundiales de ALC. Los otros bloques económicos a nivel mundial superaron ampliamente esa proporción: en la Unión Europea cerca del 60% así como en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y en la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático cerca del 50%¹³.

Palabras finales

El Mercosur y la Alianza del Pacífico están en la dirección correcta, fomentando el acercamiento entre ambos bloques latinoamericanos y abriéndose a la libre competencia con EEUU, Europa, Asia y Oceanía. Aunque cada uno de los países de América Latina y el Caribe está caracterizado por variables económicas, financieras, sociales y ambientales diferentes en términos de desarrollo sostenible, la inmensa mayoría de los mismos comparte la convicción de que hay que seguir fortaleciendo el libre comercio en integración económica internacional.

¹³ “MERCOSUR. *Estado actual y perspectivas*”, Documento preparado para una exposición en el simposio “El futuro del MERCOSUR”, realizado el 1º de abril de 2016 en Asunción, en conmemoración del 25º aniversario de la firma del Tratado.



Las prioridades seguirán siendo integrar mejor el interior de cada uno de sus bloques, acelerando la integración en los términos señalados, pero también y simultáneamente prestando más atención a la necesidad de mejorar el comercio intrazona. La Alianza del Pacífico tiene un nivel de integración en su comercio interior relativamente bajo, en comparación con otras regiones en América Latina y el Caribe. Por otro lado, el objetivo de la Alianza no debe centrarse sólo en la reducción de aranceles, sino también y simultáneamente en masivas obras de infraestructura que mejoren el nada subestimable costo del transporte en cada una de sus economías.

Al mismo tiempo, habrá que prestar mejor atención al fomento de las Pequeñas y Medianas Empresas PYMEs, tanto en términos de asistencia técnica como crediticia, por el hecho de que las mismas requieren mucha inversión en tecnología y aplican métodos de producción intensivos en mano de obra. Son las PYMEs las que están poniendo mayor valor agregado a las materias primas agropecuarias y a las agroindustrias. Y ellas predominan en el comercio intrazona. Es la mejor forma de crear masivamente puestos de trabajo y de integrarse en la región.

El comercio de extrazona, por el contrario, sigue compuesto en su inmensa mayoría por materias primas agropecuarias en estado natural, así como por minería. La mayor parte de ese comercio con extrazona está siendo realizada por grandes empresas, locales y transnacionales.

Por lo tanto, sin descuidar las negociaciones hacia una mejor integración con EEUU y Europa, a la par de poner énfasis en el acercamiento a los países de Asia, con costa sobre el Pacífico, y de Oceanía, los mayores esfuerzos de la Alianza del Pacífico y del Mercosur deberían estar orientados localmente a ampliar y mejorar las obras de infraestructura y a fomentar las PYMEs.

Dr. Ricardo Rodríguez Silvero

Asunción, 17 de julio de 2017

Bibliografía

Reunión Ministerial Mercosur - Alianza del Pacífico: Comunicado conjunto. (07 Abril 2017) Información para la Prensa N° 119/17.

Banco Interamericano de Desarrollo (2017). El apoyo del BID al proceso de integración de la Alianza del Pacífico. <http://www.iadb.org/es/temas/comercio/el-apoyo-del-bid-al-proceso-de-integracion-de-la-alianza-del-pacifico,8834.html>

Banco Interamericano de Desarrollo (2016). Infraestructura y Desempeño de las Exportaciones en la Alianza del Pacífico. Biblioteca Felipe Herrera del BID. Molina, Danielken; Heuser, Cecilia y Mesquita Moreira, Mauricio.

<http://www.cepal.org/es/boletin-estadistico-de-comercio-exterior-de-bienes-en-america-latina-y-el-caribe>. **Comisión Económica para la América Latina y el Caribe** CEPAL, Boletín Estadístico, pág. Web, 2015 y 2016.

Rodríguez Silvero, Ricardo (2016). “*MERCOSUR. Estado actual y perspectivas*”, Documento preparado para una exposición en el simposio “*El futuro del MERCOSUR*”, realizado el 1º de abril de 2016 en Asunción, en conmemoración del 25º aniversario de la firma del Tratado. Publicado parcialmente en el diario Última Hora, de esa capital, durante 2016.

Hernández Bernal, J. A. y Muñoz Angulo, L. G. (2015). *Comercio y evolución de la Alianza del Pacífico*. Equidad & Desarrollo, (24), 97-118.

<https://alianzapacifico.net/que-es-la-alianza/>

Konrad Adenauer Stiftung (2014). *Alianza del Pacífico: mitos y realidades*. http://www.kas.de/wf/doc/kas_40812-544-1-30.pdf?150326110833

<https://alianzapacifico.net/alianza-del-pacifico-busca-incrementar-participacion-de-las-pymes-en-comercio-intrarregional/>

CEPAL (nov2014). *La Alianza del Pacífico y el Mercosur: Convergencia en diversidad*. Naciones Unidas, Santiago de Chile.

Academia Diplomática y Consular Carlos Antonio López, *Revista Diplomática*. Año 1, Nº 2, diciembre 2012. Paraguay versus Mercosur: Magnitudes económicas entrelazadas, en medio de la crisis local, regional y mundial. **Ricardo Rodríguez Silvero**, Asunción dic2012.

CEFIR Integración Internacional (2011). *MERCOSUR 20 años*. Gerardo Caetano, coordinador. Montevideo.



LA CRIMINALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO EN EL PARAGUAY MEDIANTE EL JURADO DE ENJUICIAMIENTO A MAGISTRADOS

Una visión

*The criminalization of the rule of law in
Paraguay through the jury for the prosecution
of magistrates*

A vision

*“Conocer las leyes no es conocer sus palabras,
sino su poder”. Celsus.*

NICOLÁS R. GAONA IRÚN ¹

RESUMEN

Se desarrolla la idea de que en Paraguay no existe equilibrio entre los Poderes del Estado y por lo tanto ausencia de Estado de Derecho. En particular entre

¹ Abogado por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción y Doctor en Derecho Por la Universidad Nacional sede Asunción. Didáctica Universitaria por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción, año 2009. Catedrático Encargado en Derecho Penal Parte General, tercer semestre turno mañana y Noveno Semestre Turno Noche en la Cátedra de Taller de Jurisprudencia II. Sede Asunción.

Publicaciones: Artículo: Revista la Ley año: 2012. “*El instituto de la prescripción penal en el Paraguay y el síndrome de Maradona*”. Compilación de fallos judiciales. Análisis y conclusiones generales. Año 1 N° 1. Manual para la Cátedra de Taller de Jurisprudencia II. Editorial Lina. Año: 2017. Compilación de Fallos Judiciales Análisis y conclusiones generales. Año:



el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Esta afirmación queda evidenciada por el funcionamiento político del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados mediante su ley orgánica que faculta mediante un procedimiento inquisitivo y en violación al artículo 255 de la Constitución –inmunidad de opinión– a procesar a los Magistrados por lo expresado en sus pronunciamientos judiciales.

En nuestra opinión. La disfunción y el desequilibrio igualmente quedan probados mediante dos exámenes, el del número de sentencias definitivas recaídas en el Jurado que en catorce años tras haber removido a cuarenta y siete jueces y en la falta de pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia respecto de las acciones de inconstitucionalidad que tienen que ver con las inmunidades previstas para los Magistrados judiciales. Este punto sin aclaración. Igualmente, no se encuentra sino en zona gris o difusa. No tiene respuesta de cómo debe interpretarse esta ley a la luz de su conflicto con dicha disposición constitucional. Igualmente, y en este tenor, es letra muerta la garantía del plazo razonable y en sede penal material de la aplicación de sanciones sin punibilidad como en los casos de violencia doméstica.

Palabras clave: Estado de derecho – Poder Judicial – Jueces – Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

ABSTRACT

The idea develops that in Paraguay there is no balance between the Powers of the State and therefore absence of Rule of Law. In particular between the Legislative Power and the Judicial Power. This affirmation is evidenced by the political operation of the Judges for the Judgment of Judges through its organic law that empowers, through an inquisitive procedure and in violation of Article 255 of the Constitution –immunity of opinion– to prosecute the judges for what has been said. in its judicial pronouncements.

In our opinion. Dysfunction and imbalance are also proven by two examinations, the number of final judgments handed down to the jury, fourteen years after having removed forty-seven judges and the lack of pronouncement by the Supreme Court of Justice regarding the actions of unconstitutionality that have to do with the immunities provided for judicial Magistrates. This point without clarification. Likewise, it is found only in a gray or diffuse area. It has no answer as to how this law should be interpreted in light of its conflict with that constitutional provision. Likewise, and in this regard, the guarantee of a reasonable period of time and in the material penal venue of the application of sanctions without punishability is a dead letter, as in cases of domestic violence.

Keywords: *Rule of law - Judiciary - Judges - Jury for the prosecution of magistrates.*

I. Cuestiones normativas previas. El ambiente legal y constitucional

El año 1992 fue un año particularmente importante en la República del Paraguay, pues el 20 de junio de dicho año quedaba sancionada y promulgada una nueva Constitución para el Paraguay, que de este modo ingresaba a la que posteriormente sería denominada “democrática” por algunos autores², y por otros “de transición a la era democrática” o por la consolidación de: “la frágil transición paraguaya”³, en oposición a la dictadura cerrada funcionalmente con el golpe del 2 y 3 de febrero del año 1989.

No obstante, el lapso comprendido de febrero de ese año 1989 y al finalizar dicho año, el Poder Legislativo aún en funciones había generado una de las leyes más importantes para la república, pues consolidaba en forma inmediata al golpe de estado,

² Camacho Emilio: “Lecciones de Derecho Constitucional. La defensa de la Constitución”.

³ Camacho Emilio: “Lecciones de Derecho Constitucional. La defensa de la Constitución”. Prólogo del Dr. Luis Lezcano Claude: “El Dr. alude a la frágil transición paraguaya. En nuestra opinión, esta debilidad o fragilidad del proceso de transición quizá pueda deberse al hecho de que el mismo ha tenido como eje los conflictos hegemónicos entre sectores internos del partido oficialista, el mismo que sirvió de sustento a la dictadura”. Pág. 21.



el modelo o diseño de estado sobre el cual deberían trabajar los constituyentes del año 1992, la Ley 1 promulgada el 14 de julio del año 1989 o conocida como Ley 1/89, en cierto modo algo olvidada por los juristas paraguayos pues poco o nada se ha escrito sobre ella, como antecedente nacional inmediato a la Constitución del año 1992 pese a que literalmente, varias disposiciones de dicha ley –o del Pacto de San José de Costa Rica si se prefiere– han sido trasladadas a ella.

Sin ninguna duda es esta una de las leyes más importantes pues desde su primer artículo marca los principios y la dirección política que habrá de seguir la nación paraguaya en lo sucesivo.

En efecto, el artículo 1º establece:

“Art. 1º.- Apruébase y ratifícase la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” o “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, y firmada por la República del Paraguay el 2 de febrero de 1971”.

Esta ley la subscriben los más importantes políticos Paraguayos de entonces, entre ellos el Dr. Luis María Argaña, Andrés Rodríguez Presidente de la República con mandato durante la transición, Evelio Fernández Arévalos y Eugenio Sanabria Cantero como Secretarios Parlamentarios y supone – como ya lo dijimos - para la Constituyente del año 1992, un antecedente inmediato que fundamenta no sólo a la adscripción a los principios de la democracia republicana, representativa participativa y pluralista⁴, sino además el reconocimiento expreso de: “*la dignidad humana*” como presupuesto fundacional del gran pacto social⁵ del año 1992, además de condicionarlos en el artículo “1”, relativo a las “De las Declaraciones Fundamentales, de los derechos, de los Deberes y de las Garantías”⁶.

⁴ Preámbulo de la Constitución de la República.

⁵ Ver Preámbulo de la Constitución del año 1992.

⁶ Gaona Irún Nicolás: “Material de uso frecuente en la Cátedra Taller de Jurisprudencia noveno semestre Turno Noche. Prólogo del Dr. Raúl Gómez Frutos. Editorial Lina S.A. Nuestro Mundo Jurídico- Edición Legislación. Año: 2015.

“Es importante reiterar que desde entonces, la República del Paraguay no sólo asume los compromisos internacionales vinculados a los Derechos Humanos para hacerlos jurídicamente efectivos, sino además para plasmarlos en toda legislación común interna, que deben

Podríamos afirmar entonces, que, aunque reinaba en la nación una clara convicción de que la forma de organización estatal debía ser democrática, la guía esta no podía

ser adaptados a estas declaraciones internacionales, en especial el orden jurídico-penal material y el jurídico-penal procesal de más urgente realización, pues debe recordarse —hoy ya hace 28 años— que el sistema penal conformado por el derecho material y el procesal que involucra además el programa de ejecución penal, obedecían al sistema inquisitivo y son radicalmente substituidos por el sistema acusatorio.

De esta forma, encuentran su expresión material en una regulación legal, en las leyes 1160/97 y 1286/98, concordantes con esta adscripción a los derechos humanos, iniciándose así lo que dio en llamarse “*La reforma global y coherente de todo el orden jurídico-penal paraguayo*”, truncada posteriormente por las fuerzas políticas mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley 1444/2000, que establecía el fin del periodo de transición penal, el cual sin embargo fue prorrogado indefinidamente.

Reiteramos. En este lapso, el Paraguay deja de lado un largo proceso inquisitivo en el orden jurídico procesal penal e ingresa al sistema mixto, acusatorio-inquisitivo y en el penal material, del Causalismo de Anselm Von Feuerbach al Finalismo de Hans Welzel, este último, quien considera que la acción humana es ejercicio de actividad final y luego causal. La significación y la importancia de esta ley, como expresión material del compromiso asumido en ese gran pacto social llamado Constitución del año 1992, está fuera de toda disputa y a impuesto a los diversos gobiernos de turno, la obligación de acatar los fallos internacionales de condena en contra del Paraguay, dictados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en casos emblemáticos tales como el de Panchito López y los de persecución indígena.

En los términos señalados la ley más importante entonces, es la ley 1/89, que ratifica el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos del 7 al 22 de noviembre del año 1969, el que de esta forma se convierte en fundamento de la Constituyente del año 1992 pasando así, de ley a disposiciones constitucionales, gran parte de los derechos humanos de Primera Generación, enunciados en el Pacto, en especial los Derechos Judiciales.

El Pacto de referencia, o “Convención Americana de Derechos Humanos”, metodológicamente se encuentra sistematizado según Partes, Artículos, Numerales y Capítulos y Secciones y un Preámbulo que inicia su sistematización en 82 artículos.

Se regula el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera funciona como receptor de las denuncias y constituye la primera etapa de la denuncia contra el estado una vez cumplida con la etapa de admisibilidad y la segunda la etapa de juzgamiento en la que la Comisión Interamericana Actúa de acusador en contra del Estado denunciado”. Págs. 187 y sgtes.



ser otra que “**social y democrática de derecho**”, tal cual se establece en el “preámbulo” de dicha ley cuando se establece:

“Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional”⁷.

La Constituyente del año 1992, consecuente con este marco de referencia, se aboca a la tarea de producir el texto constitucional, reconociendo como antecedente, disposiciones específicas del Pacto de San José de Costa Rica que son elevadas de la referida ley a niveles constitucionales, en algunos casos como en los derechos judiciales, o el derecho a la vida, casi en forma literal, entre otros, sin olvidar que los estados partes se han comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidas en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio⁸ que no es otra cosa que el Estado de Derecho.

Podríamos afirmar entonces, que bajo estas condiciones se crea lo que se ha llamado en el Constitucionalismo, el Estado de Derecho⁹, como forma opuesta al Estado de

⁷ Gaona Irín, Nicolás Rafael: Material de uso frecuente en la Cátedra de Taller de Jurisprudencia. Pág. 187.

⁸ Ley 1/89. Artículo 1º. OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para todos los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

⁹ Badeni Gregorio: “Tratado de Derecho Constitucional”. T.I. Págs. 32 a 38.

Policía. Según ella, toda actividad estatal se debe adecuar a las normas jurídicas dictadas por el propio Estado. La obligatoriedad de tales normas no se limita a los particulares, sino que se extiende al Estado, cuyo desenvolvimiento debe concretarse en el marco de la ley y nunca fuera de ella¹⁰.

A este respecto el Jurista Argentino *Gregorio Badeni* nos explica que: “*El propósito perseguido por este enfoque jurídico fue el de dotar de seguridad a los derechos de los hombres para que ellos no fueran desnaturalizados a través de un ejercicio abusivo del poder, que como tal, se opone a la ley*”, para concluir con la advertencia de que esta concepción resultó insuficiente, pues esta estructura formal sin una idea política dominante, o puede, transformar en Estado de Derecho a cualquier régimen cuyo accionar se adecuara a la ley¹¹.

En nuestra opinión el Estado de Derecho es creado en Paraguay a partir de la citada ley 1/89 trasvasada a la Constitución del año 1992, bajo la idea política dominante que la diera origen por la adscripción al Pacto de San José de Costa Rica, dentro de cuya formulación debe adecuarse el Poder Estatal y conforme la materialización de los principios de supremacía y jerarquía constitucionales, con esto se dota de seguridad jurídica a los derechos de los hombres¹².

Debemos además destacar que, a la fecha, es muy evidente en Paraguay, que la observación del Tratadista Argentino en el sentido de que “formalmente” los Poderes del Estado, en particular el Legislativo, han adecuado su proceder a las leyes, si bien desnaturalizando la idea política dominante de adscripción a los Derechos Humanos y al Pacto de San José de Costa Rica en un esfuerzo por maquillar al feo rostro del autoritarismo reinstalado, con ropaje democrático.

A este efecto hemos tomado en cuenta como evidencia o muestra que valida esta conclusión, el instituto de las medidas alternativas a la prisión preventiva previsto en el Código Procesal Penal en su artículo 245, igualmente el instituto del plazo razonable establecido en el artículo 136, modificado sucesivamente de plazo razonable quedando a hoy como “plazo indeterminado” por las leyes especiales 2341/03 o ley Camacho, Ley 4662/2012 o Ley Guastella y las calificaciones de crimen contenidas en la comisión de hechos punibles contra mujeres o por casos de violencia

¹⁰ *Badeni Gregorio*: “Tratado de Derecho Constitucional”. T.I. Págs. 32 a 38.

¹¹ *Badeni Gregorio*. “Tratado de derecho Constitucional”. T.I. Pág. 33.

¹² *Badeni Gregorio*. “Tratado de Derecho Constitucional”: T.I. Pág. 33.



doméstica en la leyes especiales 1600/2000, modificatoria del artículo 229 del Código Penal con las 4268/2012 y la 5378/2014, para hacer un contraste general entre la formulación inicial, respetuosa del Estado de Derecho y la formulación modificatoria o simplemente derogatoria, de las que surgen y se evidencia la violación concreta a garantías constitucionales del proceso penal y penal material.

Siempre sobre la base de lo anterior, afirman algunos autores, que es posible caracterizar al Estado de Derecho¹³ en función a los Sgtes. Rasgos mínimos:

- a) Monopolio coactivo estatal, (Arts. 4, 9, 15 y 172 a 175);
- b) División de los poderes (Arts. 3, 182, 226, 247, 248)
- c) Imperio de la ley (Arts. 127, 137, 257, 188, 232, 250, 202, 2, 247, 257, 173, 175)
- d) Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos (106,17.11.) y;
- e) Seguridad jurídica (Arts. 213, 283.3.,127,47.2.;14, 17.3.

Se completa la idea mediante la advertencia: “*resultará obvio que esta concepción de Estado de derecho representa un modelo de Estado contrapuesto a toda clase y especie de Estado absoluto, dictatorial, totalitario o autoritario*”.

Hechas pues estas breves precisiones, podemos concluir sin ambages que el orden jurídico presupuesto en nuestra Constitución y en consecuencia, cuanto concierne a las normas de rango inferior, adscriben a la Ley 1/89 por vía de la Constitución del año 1992, hoy vigente y a la propia Constitución de referencia que es consecuencia del anclaje legal que le impone dicha ley, *configurando de este modo un Estado Social de Derecho, un estado sometido al imperio de la ley y comprometido con el desarrollo de políticas sociales promotoras de bienestar*¹⁴.

Finalmente. En el punto. Los principios y garantías de la nueva Constitución se aplican en forma inmediata y no requieren para su aplicación una reglamentación adicional de conformidad a lo dispuesto por la misma Constitución en su artículo 45, según la misma la falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar o

¹³ Mendonca Daniel. “Apuntes constitucionales una guía para el ciudadano”. Pág. 53.

¹⁴ Mendonca Daniel. “Estado Social de Derecho. Análisis y Desarrollo de una Fórmula Constitucional”. Pág. 29.

menoscabar algún derecho o garantía¹⁵ y tienen prelación por sobre las demás fuentes del derecho, con la consiguiente necesidad de la adecuación del orden jurídico secundario, al primario establecido en la Constitución.

II. La generación de un nuevo orden jurídico. El desafío normativo

Al efecto señalado en el párrafo anterior, es menester recordar que para alcanzar los objetivos políticos y jurídicos trazados en la Ley 1/89 o si se prefiere en el Pacto de San José de Costa Rica, como nunca en nuestra República, se tuvo la oportunidad en razón a la necesidad del dictamiento de una nueva carta constitucional, con el fin explícito de destinar a evitar el ejercicio abusivo del poder y a reconocer los derechos de los hombres. El criterio sustentado en dicha formulación, fue y así quedó configurada el de la división de los Poderes del Estado, la independencia y el recíproco control, que se expresa como objetivo en las Declaraciones Fundamentales, de los derechos, de los deberes y de las garantías¹⁶, el monopolio coactivo estatal, la seguridad jurídica, Imperio de la ley Responsabilidad del estado y de los funcionarios públicos y; seguridad jurídica, es así que se sientan los cimientos sobre los cuales se inicia el proceso de edificar el nuevo orden jurídico en reemplazo del viejo aparato estatal autoritario creado por la Dictadura y a este efecto se dictan un conjunto de

¹⁵ Artículo 45 - DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS NO ENUNCIADOS. 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 figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.

¹⁶ Artículo 1º - DE LA FORMA DEL ESTADO Y DE GOBIERNO La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana. Artículo 2 - DE LA SOBERANÍA. En la República del Paraguay y la soberanía reside en el pueblo, que la ejerce, conforme con lo dispuesto en esta Constitución. Artículo 3 - DEL PODER PÚBLICO. El pueblo ejerce el Poder Público por medio del sufragio. El gobierno es ejercido por los poderes legislativo, Ejecutivo y Judicial en un sistema de separación, equilibrio, coordinación y recíproco control. Ninguno de estos poderes puede atribuirse, ni otorgar a otro ni a persona alguna, individual o colectiva, facultades extraordinarias o la suma del Poder Público. La dictadura está fuera de ley.



nuevas leyes que la reemplazan, adecuando a este sistema normativo constitucional un nuevo orden legislativo operativo y funcional – o al nuevo diseño constitucional, según nos enseña Daniel Mendonca¹⁷ – progresivamente, tal como efectivamente ha ido sucediendo con las leyes vinculadas a la nueva Constitución, de entre las que destaca, la Ley 609/95, cuya formulación permitió adecuar e integrar la nueva Corte Suprema de Justicia de nueve miembros, a la legislación que reglaba su funcionamiento, cuando la misma se constituía solamente con una Corte Suprema de cinco¹⁸ e individual no dividida en salas como la actual.

III. El nuevo orden jurídico. Estado de derecho. Sistema de control constitucional. Las nuevas leyes

Desde esta perspectiva, el nuevo orden jurídico, se caracteriza por desarrollar un sistema de control constitucional concentrado, semejante al de la Constitución del año 1967 y distinto al de la Carta Política del año 1940 cuyo control fue difuso. La Ley Orgánica del Funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia o Ley 609/95 ha sido dictada para su adecuación y como derivación del nuevo orden jurídico creado por la nueva Carta Constitucional, con sus respectivas modificaciones N° 3986/99¹⁹ y la N° 4542/2011²⁰, al igual que las siguientes, Ley 1444/99, llamada de Transición en la reforma del orden jurídico penal, Ley 1286/98 - Código Procesal Penal - Ley 1160/98 - Código Penal - y aquellas posteriores a ella que hacen realidad la reforma del sistema penal y penitenciario, y la adecuación de los órganos llamados extra-poderes – Consejo de la Magistratura con su Ley 296/95 y Jurado de Enjuiciamiento

¹⁷ *Mendonca Daniel*: “La máquina de gobernar. Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática”. Intercontinental Editora. Año 2004.

¹⁸ Constitución del año 1967. Artículo 193: El Poder Judicial de la República será ejercido por una Corte Suprema de Justicia compuesta de no menos de cinco miembros, y por los Tribunales y Juzgados que establezca la ley.

¹⁹ Por esta ley se amplía el Artículo 11, inciso “a” de la Ley 609/95. Según esta, en caso de fallos que declaren la inconstitucionalidad de las leyes o decretos, se debe notificar en un plazo no mayor a quince días a ambas cámaras del Congreso y al Poder Ejecutivo, además de declararse que el acceso a su contenido será libre y gratuito.

²⁰ En esta se determinan, entre otras, para qué casos es imperativa la integración de las Salas en Pleno.

a Magistrados con sus Leyes 131/ 1993 y 1084/1997²¹ 1725/2001; – conformando así, con el conjunto vinculado al ámbito del menor un conjunto sistemático material y procesal que aún a la fecha y a veinticinco años de la constituyente, se sigue adecuando como ha sucedido con la Ley 5162/2014²², de Ejecución Penal, cuya entrada en vigencia se produjo recientemente en el año 2015.

Toda la legislación de referencia, acogió y ejecutó normativamente el plan Constitucional, pasando de un Estado autoritario a un estado social y democrático de derecho en lo político y en lo jurídico de un Derecho Penal de fondo del año 1813, de corte netamente causal a la sustentación en la teoría Final de la Acción en el año 1997²³, y en su Derecho Procesal Penal en el modelo inquisitivo español de un sistema inquisitivo a un sistema inquisitivo mixto de carácter acusatorio en el año 1998.

De acuerdo con esta legislación, se excluyen y reemplazan al sistema jurídico-penal causal a través del nuevo Código Penal que trae consigo:

- a) Legalidad material;
- b) De reprochabilidad personal (culpabilidad) y;
- c) Y de proporcionalidad, que provienen de los máximos valores consagrados en el artículo 1 de la Constitución: se trata de la “*dignidad de la persona*” y del “*Estado de derecho*”²⁴.

En tanto que en el Derecho Procesal Penal –Ley 1286/98– se reemplaza el sistema inquisitivo por el acusatorio mixto, por derivación del artículo 17 de la Constitución, en el que se consagran:

- a) Juicio previo fundado en ley anterior; legalidad del delito y de la pena;

²¹ Es de destacar como puede notarse el progresivo endurecimiento de la persecución a los Magistrados, en directa relación al desequilibrio funcional de los poderes del estado en favor del político. Es decir, los representantes del Legislativo, dos Senadores y dos Diputados.

²² Es importante advertir que esta Ley fue promulgada en el año 2014 y entrada en vigencia seis meses después de su objeción parcial por el Poder Ejecutivo para el mes de abril del año 2015.

²³ *Welzel Hans*, “Derecho Penal Alemán” Edición 11.

²⁴ Extractado de la exposición de motivos. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY LEY 1160/97. Concordado con índice alfabético-temático. Tomo I. Colección de Derecho Penal. División de Investigación, legislación y publicaciones. Centro Internacional de Estudios Judiciales. Asunción-Paraguay. Año: 1999.



- b) No juzgamiento por tribunales especiales;
- c) Competencia e imparcialidad de los jueces;
- d) Presunción de inocencia que obliga a la certeza;
- e) Inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio;
- f) A defenderse por sí mismo o por defensores de su elección;
- g) El derecho del imputado a ser oído;
- h) A ser condenado una sola vez por el mismo hecho.

De acuerdo pues a lo expresado, el sistema jurídico penal material y el procesal penal, conforman con sus variadas aristas, la expresión jurídica y material de un estado de derecho ordenado y previsto por la Constitución de la República, que posteriormente es desmontado pieza a pieza por leyes especiales de rasgos autoritarios.

IV. La criminalización del estado de derecho. El desequilibrio de Poderes entre el Legislativo y Judicial. Los cambios legislativos que lo evidencian

Como vimos. La legislación más cercana, cronológicamente del Pacto de San José de Costa Rica hace girar en gran medida bajo su la Constitución de la República del año 1992 y con ella a toda la legislación siguiente, al menos en el proceso de reforma del Sistema Penal y Penitenciario de la República, de los años cuya cronología indica indica un cambio de dirección de adscripción plena al estado de derecho a adscripción gradual al estado autoritario, combinado con una mayor influencia del Poder Legislativo por sobre los demás poderes, en particular del Poder Judicial, en el que más se ve está marcada influencia por politizar al Poder Judicial.

De acuerdo con este particular criterio. El poder legislativo desarrolla una política de sometimiento al mismo que se da inicio con las leyes orgánicas del funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento a Magistrados, que va de menor influencia a más, y pasa de un sistema Procesal Dispositivo a un sistema Procesal Penal Inquisitivo, de acuerdo con las leyes citadas:

1. Ley 131/1993. Sistema Procesal de acusación.
2. Ley 1084/1997. Sistema procesal de acusación o dispositivo;
3. Ley 1752/2001. Sistema Procesal inquisitivo o de acusación de oficio;

4. Ley 3759/2009. Sistema Procesal inquisitivo de base ampliada²⁵.

De esta suerte, el estado de Derecho en la concepción antes desarrollada de ley 1/89 a Constitución, se ve sensiblemente afectada por la fuerte influencia del Poder Legislativo, con el claro afán de someter al Poder Judicial penalizando a los Magistrados por las opiniones vertidas en el desempeño de sus funciones y pese a la protección e inmunidad que debe brindar el artículo 255²⁶ de la Constitución y es así que no sólo no gozan de esta protección constitucional, sino juzgados sumaria e inquisitivamente y suspendidos en sus funciones y destituidos por el poder político.

Cabe observar además en pro de esta idea, tomando algunas sentencias dictadas cronológicamente²⁷ que:

²⁵ Ley N° 3759/2009. Artículo 16.- El juicio será iniciado ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por acusación del litigante o del profesional afectado, quien podrá hacerlo personalmente o mediante mandatario con poder especial; por acusación de la Corte Suprema de Justicia, del Ministerio Público, de la Cámara de Senadores, de la Cámara de Diputados, del Consejo de la Magistratura y de oficio por el propio Jurado.

Cuando el enjuiciamiento fuere de oficio, el Jurado designará por sorteo a un asesor de la Institución, para que éste asuma el rol de acusador, con todas las facultades inherentes a la función de agente fiscal. El mismo estará sujeto a lo dispuesto en los Artículos 19, 20 y 21 del Código Procesal Civil.

El Jurado podrá disponer la información sumaria previa sobre los hechos denunciados o imputados de oficio y disponer la comparecencia del investigado a solicitud del funcionario que ejerza la investigación o la acusación, según el estado del proceso.

Cuando se tratare de un caso de la comisión de delito, las personas y entidades citadas en el primer párrafo del presente artículo, podrán limitarse a formalizar una denuncia ante la Fiscalía General del Estado, la cual, de considerarla procedente, formulará la acusación correspondiente.

²⁶ Artículo 255 - DE LAS INMUNIDADES.

Ningún magistrado judicial podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones. No podrá ser detenido o arrestado sino en caso de flagrante delito que merezca pena corporal. Si así ocurriese la autoridad interviniente debe ponerlo bajo custodia en su residencia, comunicar de inmediato el hecho a la Corte Suprema de Justicia, y remitir los antecedentes al juez competente.

²⁷ Jurado de Enjuiciamiento A Magistrados. Repertorio Jurisprudencial. Tomo II. USAID. Universidad Católica. CIDSEP. Año junio 2007.



1. En el año 1992, se dictaron 2 Sentencias Definitivas. Claro está año de la Constituyente y girando aún bajo la órbita de influencia del Código de Organización Judicial o ley 879/81;
2. En 1993, 4, bajo efectos de la ley N° 131; Dispositiva.
3. En 1994, 6,
4. En 1995, 6;
5. En 1996, 1;
6. En 1997, 2, entrada en vigencia de la Ley N° 1084, inquisitiva.
7. En 1998, 1;
8. En 1999, 4;
9. En 2000, 3;
10. En 2001, 4, entrada en vigencia de la Ley N° 1752, inquisitiva.
11. En 2002, 1;
12. En 2003; 2;
13. En 2004; 6.
14. En 2005; 5.

Total: 47 jueces destituidos en 14 años.

Como puede verse, el crecimiento estadístico de las Sentencias Definitivas dictadas por el Jurado de Enjuiciamiento a los Magistrados, en razón a la peculiar variación de la estructura legal configurada legislativamente, que transformó a un órgano de procedimiento dispositivo en inquisitivo y de su peculiar composición mayoritaria, de representantes de un órgano político por excelencia, el Poder Legislativo, conforme con el cual, de un total de ocho miembros²⁸ cuatro son legisladores y dos

²⁸ Artículo 253 de la Constitución. Del enjuiciamiento y de la remoción de los magistrados. Dos ministros de la Corte, dos miembros del Consejo de la Magistratura, dos Senadores y dos diputados.

representantes del Consejo de la Magistratura. En el estudio del Dr. *Daniel Mendonca*²⁹, practicado desde el año 1992 al año 2005, se destacan el llamativo número de sentencias absolutorias, 82 % por sobre un 18 % de sentencias condenatorias³⁰.

Sobre este punto, las consecuencias pueden ser examinadas en un contexto general del cual nosotros extraemos la conclusión general de que El Poder Judicial, a esta altura fue sobrepasado por el Legislativo – integración al Jurado con dos Senadores y dos Diputados³¹ -, provocándose así un desbalance mediante el juzgamiento por un órgano extra poder, por completo contradictorio con el propósito constitucional y la división de los poderes del estado (Arts. 3º, 182, 226, 247, 248) y los principios de equilibrio y recíproco control que debe mantenerse en un estado de derecho social y democrático. Bajo esas condiciones no debe sorprender, que las Sentencias Definitivas recaídas en sede jurisdiccional, hoy solo obedezcan a razones políticas y no jurídicas, aunque claro a veces mezcladas con esporádicos y ocasionales pronunciamientos valientes y éticos y conforme a derecho, sin embargo frente a la estructura y a la función política como sistema del manejo del Poder Judicial creado desde el Legislativo, es muy poco sino nada, lo que pueden hacer estas excepciones, excepto únicamente, confirmar la regla.

V. La criminalización del proceso penal y el estado de derecho. La criminalidad de las medidas alternativas a la prisión preventiva. La criminalidad en la violencia doméstica

En nuestra opinión. El mismo estado autoritario hoy vigente, por el desbalance entre los Poderes del Estado en favor del Legislativo, ha legislado en contra de las garantías

²⁹ Asistencia Técnica del Programa de reforma

³⁰ Jurado De Enjuiciamiento de Magistrados. Marco Legal y desempeño institucional. Año 2006. *Mendonca Daniel*. Pág. 43.

³¹ Artículo 253 de la Constitución. Los magistrados judiciales sólo podrán ser enjuiciados y removidos por la comisión de delitos y mal desempeño de sus funciones definido en la ley., por decisión de un jurado de enjuiciamiento de magistrados. Este estará integrado por dos ministros de la Corte Suprema de Justicia, dos miembros del Consejo de la Magistratura, Dos senadores y dos diputados; estos cuatro últimos deberán ser abogados. La ley regulará el funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.



constitucionales de diversa manera. Por un lado, al desnaturalizar el Estado de Derecho mediante un sistema depurado de persecución a los Magistrados del Poder Judicial, conformada con una legislación claramente inquisitiva en el que incluso el Fiscal de dicho Organismo, es empleado a sueldo de la institución³², y por el otro, violando de manera rampante lo estatuido en el artículo 255³³ de la Constitución, que declara la inmunidad de opinión para los Magistrados mediante las leyes orgánicas del Jurado de Enjuiciamiento a Magistrados: 1084/97; 1752/2001 y 3759/2009.

Cabe indicar igualmente, otras evidencias de disfuncionalidad en el Poder Judicial, consecuencia del desbalance entre los Poderes del Estado y del sometimiento del Poder Judicial al Legislativo, pues pese la sanción de leyes que siendo claramente contradictorias con los postulados de un estado social y democrático de derecho e inconstitucionales como lo son las leyes que organizan el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y pese a las numerosas acciones de inconstitucionalidad promovidas

³² Ley N° 3759/2009. Artículo 16.- El juicio será iniciado ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por acusación del litigante o del profesional afectado, quien podrá hacerlo personalmente o mediante mandatario con poder especial; por acusación de la Corte Suprema de Justicia, del Ministerio Público, de la Cámara de Senadores, de la Cámara de Diputados, del Consejo de la Magistratura y de oficio por el propio Jurado.

Cuando el enjuiciamiento fuere de oficio, el Jurado designará por sorteo a un asesor de la Institución, para que éste asuma el rol de acusador, con todas las facultades inherentes a la función de agente fiscal. El mismo estará sujeto a lo dispuesto en los Artículos 19, 20 y 21 del Código Procesal Civil.

El Jurado podrá disponer la información sumaria previa sobre los hechos denunciados o imputados de oficio y disponer la comparecencia del investigado a solicitud del funcionario que ejerza la investigación o la acusación, según el estado del proceso.

Cuando se tratare de un caso de la comisión de delito, las personas y entidades citadas en el primer párrafo del presente artículo, podrán limitarse a formalizar una denuncia ante la Fiscalía General del Estado, la cual, de considerarla procedente, formulará la acusación correspondiente.

³³ Artículo 255 - DE LAS INMUNIDADES.

Ningún magistrado judicial podrá ser acusado o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones. No podrá ser detenido o arrestado sino en caso de flagrante delito que merezca pena corporal. Si así ocurriese la autoridad interviniente debe ponerlo bajo custodia en su residencia, comunicar de inmediato el hecho a la Corte Suprema de Justicia, y remitir los antecedentes al juez competente.

desde su entrada en vigencia, nunca, ninguna de ellas ha sido declarada inaplicable o nula por contradecir el texto expreso y claro de la Constitución.

No obstante, surgen otras y en este orden:

A) El Código Procesal Penal, en su Artículo 245, permite el otorgamiento de medidas alternativas a la prisión preventiva, regulado bajo ciertas condiciones por el Magistrado interviniente, sin embargo, esta disposición ha sido derogada por la Ley N° 4431/2011, que modifica el Artículo 245 de la Ley 1286/98 “Código Procesal Penal”, mediante esta ley, se prohíbe el otorgamiento de medidas alternativas a la prisión preventiva por una mera calificación sea esta provisional del hecho como crimen. Es decir, se penaliza la medida cautelar privativa de libertad y se contradicen el principio de inocencia y se priva de discrecionalidad al Justicante con grave afectación de la presunción de inocencia y a la responsabilidad penal por el hecho; es decir por vía de presunción se penaliza a la persona y no la conducta;

b) El incumplimiento del plazo razonable³⁴, por la modificación de sucesivas leyes claramente contrarias a lo establecido en la Ley 1/89 y el Pacto de San José de Costa Rica en sus “Garantías Judiciales”. La Ley 2341/2003 o Ley Camacho, la Ley 4669/12 o Ley Guastella, luego de una brevísima vigencia, suspendida por seis años.

c) Las Leyes 1600/2000 de violencia doméstica, 4268/12 y 5378/14, que modifican el Artículo 229 del Código Penal, relativo a hechos punibles contra el estado civil el matrimonio y la familia, a excepción de la 3440/2008, que incluyera en el tipo penal la violencia psíquica. Tales leyes no responden a las exigencias de punibilidad y penalizan prácticamente cualquier conducta.

Como puede verse. El estado de derecho se encuentra funcionalmente afectado por el desequilibrio entre los Poderes del Estado en razón directa a la politización del Poder Judicial, que de este modo no cumple con su rol de árbitro, declarando la inconstitucionalidad de las leyes que contradicen el propósito constitucional, pues

³⁴ Exigido en el Pacto de San José de Costa Rica y en la Ley 1/89 en su Artículo 8°. Numeral 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter.



el origen de la dependencia, tiene que ver con la dependencia política del Poder generador del desequilibrio y generador de las leyes inconstitucionales.

Bajo estas condiciones, es razonable concluir que la etapa de transición democrática aún sigue siendo materia pendiente, que sólo será aprobada en tanto y en cuanto el Poder Judicial se convierta en un poder independiente, que cumpla su muy importante rol de interpretar, cumplir y hacer cumplir la Constitución³⁵.

De acuerdo pues con lo expresado, se desprenden las siguientes conclusiones que ponemos a consideración para un mejor desarrollo sistemático de la comunidad académica y jurídica:

Conclusiones

- a) De la dictadura a la democracia, la Ley 1/89, ratificadora del Pacto de San José de Costa Rica es la ley más importante de la llamada Etapa de Transición y la más olvidada por dos generaciones de juristas paraguayos o al menos, se atribuye muy poco mérito a dicha ley y prácticamente no se la menciona en la literatura respectiva.
- b) La legislación promulgada con motivo de la adecuación al Estado Social y Democrático de Derecho creado por la Constitución del año 1992 de acuerdo a su diseño, que comprenden la Ley 131/93 del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, ley 609/95, Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, Ley 1160/97, Código Penal, Ley 1286/98, han sido consecuentes con el marco de referencia constitucional y propias de un estado social y democrático de derecho;
- c) No así las posteriores legislaciones que involucran la creación de un sistema inquisitivo de juzgamiento a los Magistrados del Poder Judicial, las Leyes Orgánicas modificatorias 1084/1997 y 1752/2001, que contradicen la inmunidad garantizada en la Constitución en su artículo 255;

³⁵ Artículo 247.- DE LA FUNCIÓN Y DE LA COMPOSICIÓN.

El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir.

La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley.

d) Siguen la misma suerte las leyes modificatorias del Artículo 136 del Código Procesal Penal, mediante las Leyes Camacho 2341/2003 y Guastella 4669/2012, que declaran que los procesos penales pueden durar indefinidamente en contravención al Artículo 8, inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica y la Ley 1/89;

e) De acuerdo a estos antecedentes, el Poder Judicial, ha perdido su condición de interprete e institución quien cumple y hace cumplir la Constitución para convertirse en un Poder subordinado a la función política y no jurídica;

f) Se encuentra funcionalmente operativo en desbalance frente al Poder Legislativo o como árbitro en los conflictos sociales y subordinado como poder independiente.

g) el Poder Judicial, a raíz de su incapacidad de declarar la inconstitucionalidad de dichas leyes por las anteriores y actual Corte Suprema de Justicia;

h) La llamada Etapa de Transición de la dictadura a la democracia, aún se encuentra en proceso y la Transición aún no ha concluido.

Referencias

Alsina Hugo: *“Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”* Segunda edición. Año 1963. 7 tomos.

Badeni Gregorio. *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Editorial la Ley. 2 tomos. Año: 2004.

Corte Suprema de Justicia. Código Penal de la República Del Paraguay. Ley 1160/97. Concordado con índice alfabético-temático. Tomo I. Colección de Derecho Penal. División de Investigación, legislación y publicaciones. Centro Internacional de Estudios Judiciales. Asunción-Paraguay. Año: 1999.

Mir Puig Santiago: *“El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de Derecho”*.

Mendonça Juan Carlos: *“Crítica al nacimiento de una Constitución”*. Edición al cuidado del autor. Editorial Grafica Litocolor. Año: 2000.

Mendonca Dantel: *“La máquina de gobernar. Ingeniería constitucional y gobernabilidad democrática”*. Intercontinental Editora. Año: 2004.

Mendonca Dantel: *“Apuntes constitucionales. Una guía para el ciudadano”*: Intercontinental Editora – Centro de Estudios Constitucionales. Año: 2012.



Mendonca Daniel. Coordinador: Daniel Mendonca. Juan Carlos Mendonça. Enrique A. Sosa Elizeche. Evelio Fernández Arévalos. Juan Carlos Mendonça Bonnet. *“Derecho Procesal Constitucional. Régimen procesal de las garantías constitucionales”*. La ley paraguaya. Centro de Estudios Constitucionales. Año:

Mendonca Daniel. *“Estado social de derecho. Análisis y desarrollo de una fórmula constitucional”*. Konrad-Adenauer-Stiftung. CIPSEP. Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción. Año: 2000.

Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Marco legal y desempeño institucional. Tomo. I. año 2006. USAID. Universidad Católica. CIDSEP.

Revista del Jurado de Enjuiciamiento a Magistrados. Repertorio Jurisprudencial. Tomo II. USAID. Universidad Católica. CIDSEP. Año: 2007.

Pessoa Nelson R.: *“El derecho del imputado al recurso en el orden jurídico de Paraguay”*. Intercontinental Editora. Año: 2015.

Camacho Emilio: *“Lecciones de derecho constitucional”*. Intercontinental Editora. Año: 2015. Reedición.

Gaona Irín Nicolás Rafael: *“Material legislativo de uso frecuente en la Cátedra Taller de Jurisprudencia II”*. Noveno Semestre Turno Noche. Prólogo del Dr. Raúl Gómez Frutos. Editorial Lina. Edición Legislación Nuestro Mundo Jurídico. Año: 2015.

Mater Julio B. *“Derecho Procesal Penal”*. Tomos I y II. Editores del Puerto S.R.L. Bs.As. 2004, 2da. Edición, 3ra. Reimpresión.

Travieso Juan Antonio: *“Derechos humanos y jurisprudencia. Doctrina y legislación argentina e internacional”*. Editorial EUDEBA. Año 1998.

Tellechea Solís Antonio Y Lezcano Claude Luis. Índice Analítico y concordancias: *“Constitución de la República del Paraguay sancionada y promulgada el 20 de junio del año 1992”* con su edición facsimilar. Editorial La Ley, año 1992 diciembre. Impreso en Imprenta Salesiana.

Welzel Hans; *“Derecho penal alemán”*. Edición 11. 4ta. Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Año 1997.



MALA PRAXIS. AUTOPSIA DE UN CASO PENAL

Posición Jurídica - Doctrinaria sobre los delitos culposos en la práctica médica

Bad practice. Autopsy of a criminal case

Legal and Doctrinary Position on Wrongful Crimes in Medical Practice

JOSÉ IGNACIO GONZÁLEZ MACCHI ¹

RESUMEN

Recientemente, ha tomado estado público una condena que recayó contra dos profesionales de la medicina quienes fueron enjuiciadas por supuesta negligencia médica que derivó en la muerte de una paciente que estuvo a su cuidado (en diferentes momentos). Se acusó a las médicas, querelladas por los familiares de la víctima fallecida e imputadas por el Ministerio Público, por el hecho punible de Homicidio Culposo (Art. 107 del CP).

Al respecto, en ésta entrega me propongo realizar algunas manifestaciones críticas en relación a la sentencia de condena, desde la óptica del Derecho Penal y el Debido Proceso Penal. Al hacerlo, deberé indefectiblemente referirme a los hechos; y al mismo tiempo, me limitaré el análisis a los fundamentos jurídicos esbozados en la resolución judicial; y complementaré mis críticas con posiciones doctrinarias de derecho penal de fondo y forma.

¹ Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, de grado y postgrado. Master en Ciencias Penales y Criminológicas (Venezuela - 1992) y Master en Leyes en Derecho Comparado (USA - 2002). Ex Juez Penal (1995-2000). Abogado Litigante. Autor de varios libros y ensayos jurídicos en Paraguay y en el extranjero. Doctorando en la UNA.



A modo de conclusión, ensayaré distintas falencias argumentativas expuestas por el tribunal de sentencia, siendo algunas de estas: la imposibilidad de sostener una coautoría culposa en los hechos acreditados; la fundamentación aparente y parcialista de los magistrados, violaciones al debido proceso legal, sobre todo a las reglas de la sana crítica al momento de la valoración probatoria, y del beneficio de la duda a favor del procesado; entre otras.

Palabras clave: *Mala praxis – Lex artis – Imputación objetiva – Deber de cuidado - Fundamentación aparente – In dubio pro reo.*

ABSTRACT

Recently, a sentence was passed against two medical professionals who were prosecuted for alleged medical malpractice that resulted in the death of a patient who was in their care (at different times). The doctors, accused by the next of kin of the deceased victim and charged by the Public Prosecutor's Office, were charged as an act of involuntary manslaughter - Homicidio Culposo (Art. 107 of the CP).

In this regard, I propose to make some critical statements in relation to the sentence of conviction, from the perspective of Criminal Law and Due Process of Law. In doing so, I shall undoubtedly refer to the facts; and at the same time, I will limit the analysis to the legal bases outlined in the judicial decision; and complement my critics with doctrinal positions of criminal law in substance and form.

By way of conclusion, I will try different argumentative shortcomings set forth by the sentencing court, some of them being: the impossibility of sustaining co-authorship without dolo in the accredited facts; the apparent and partial justification of the magistrates, violations of due process of law, especially to the rules of reasoned judgment - sana crítica - at the time of the probative assessment, and the benefit of the doubt in favor of the accused; among others.

Keywords: *Malpractice - Lex artis - Objective attribution - Duty of care - Apparent basis - In dubio pro reo.*

Mala Praxis es una expresión que prácticamente escuchamos todos los días, cuando alguien atribuye un resultado lesivo (la causación de algún daño, o al menos, el serio peligro de causarlo) a alguna persona que lo produce sin haber sido provocada intencionalmente, pero que al ser producto de una interacción humana, se le endosa haber sido realizada sin los debidos deberes de cuidado, aunque ello, generalmente, se dice sin poseer mayor peso probatorio que descartar el azar, un accidente, o el destino propio de hechos cuyas circunstancias originales son desconocidas, o aunque conocidas, son impredecibles o de imposible solución. Considero que esto ocurre por aquella tendencia generalizada de querer “culpar a alguien” de lo que nos pasó.

Sin embargo, en una correcta acepción, Mala Praxis es un término que se utiliza para referirse a la responsabilidad profesional (de cierta persona con conocimientos especiales) por los actos realizados con negligencia, imprudencia o impericia. La forma más oída de la mala praxis es la *negligencia médica* o mala praxis médica, pero la situación también se aplica a otros ámbitos profesionales como la *abogacía*, la función notarial, la contabilidad, la arquitectura (en cuanto al diseño) y/o la ingeniería (en cuanto a los cálculos), la enfermería, el tratamiento *psicoterapéutico*, e incluso actualmente en la política.

En Medicina una *mala praxis*² es un término empleado para indicar una gestión incorrecta “por acción o por omisión” en el diagnóstico de un padecimiento, en la prescripción de una medicación, o en el tratamiento terapéutico expuesto, por ejemplo, en la manipulación en el cuerpo del paciente (cirugía). Generalmente, se utiliza el término en una acción judicial tendiente a reclamar la responsabilidad de los médicos –civil o penal- en las complicaciones que hayan derivado de sus actuaciones.

Recientemente, ha tomado estado público la condena que recayó contra dos profesionales de la medicina quienes fueron enjuiciadas por supuesta negligencia médica que derivó en la muerte de una paciente que estuvo a su cuidado (en diferentes

² “Mala praxis”, del *Diccionario de la lengua española* (22ª edición), Real Academia Española, 2001.



momentos). Se acusó a las médicas, querelladas por los familiares de la víctima fallecida, e imputadas por el Ministerio Público, por el hecho punible de Homicidio Culposo (Art. 107 del CP)³.

Al respecto, en ésta entrega me propongo realizar algunas manifestaciones críticas en relación a la sentencia de condena, desde la óptica del Derecho Penal y la “Praxis Judicial” penal.

Al hacerlo, deberé indefectiblemente referirme a los hechos, y en tal sentido, trataré de ser lo más objetivo posible (el caso ha llegado a mi conocimiento en consulta por la defensa técnica de las condenadas); y al mismo tiempo, limitaré el análisis a los fundamentos jurídicos esbozados en la resolución judicial.

Los argumentos de la condena

En primer lugar, para colocar al lector en perspectiva, recordaremos los argumentos esgrimidos para la fundamentación de las condenas impuestas, señalándose textualmente, en cuanto a la causa final de la muerte, lo que sostuvo el Tribunal Juzgador: *“En cuanto al perito Alcaraz se ha expedido con relación a la intervención de la Dra. de la UTI en sus inicios, la medicación empleada, concluyendo que la paciente sufrió de un shock anafiláctico...Sin embargo la autopsia practicada por el Dr. Bellasai como anticipo jurisdiccional de pruebas, si bien es cierto que después de 16 días y dentro de estas limitaciones, nos dio la contundencia de las causa del fallecimiento de (la paciente) y aceptar como válidas estas conclusiones, pues se basó en la exanimación del cuerpo sin contaminarse con el historial clínico, para concluir como causa de fallecimiento el Shock hipovolémico secundario a lesión vascular. Ilustrándonos si bien es cierto no con su presencia en el juicio, pero si con el informe y las tomas fotográficas del trabajo practicado. Este informe se halla corroborado por las declaraciones del Dr. Abilio Obregón, y afirmó que la causa del fallecimiento fue efectivamente la perforación de la vena subclavia en el momento de la colocación del catéter y que nadie de los intervinientes, se dieron cuenta de este hecho, que al ser abierto el cuerpo lo primero que se pudo observar es un catéter traspasando la vena subclavia...”*.

³ Art. 107: “El que por acción culposa causara la muerte de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con multa”.

Es así, que puede determinarse puntualmente la conducta atribuida a cada una de las condenadas, en los siguientes párrafos:

1) RESPECTO A LA DRA. DE URGENCIAS (primera facultativa que atendió a la paciente): “El 7 y el 8 de agosto del año 2009, la Paciente, había comparecido al hospital Tesai por una dolencia leve bajo las costillas, *siendo atendida en primer lugar en urgencia por la Dra. de Urgencias, quien le receto la aplicación de 60 miligramos de Dolgenal* y enviada al laboratorio para análisis clínicos de rutina, prueba para H1N1 y placa radiográfica ... También se ha demostrado que *momento después de la aplicación del medicamento, comenzó a sentir náuseas, vómitos, frialdad en las piernas, volviendo a urgencias con estos síntomas que hicieron que se dispusiera su internación. Ya en internación la paciente fue nuevamente medicada, siempre por instrucciones de la Dra. de Urgencias, con Dolgenal y diclofenac sin que los síntomas variaran, muy por el contrario, se agravaron pues ya presentaba incluso problemas respiratorios.* Además, se la empezó a tratar como paciente con probable cuadro de H1N1 a pesar de que los análisis dieron negativo. Este relato surge claramente de las testificales de las enfermeras y de los familiares de la víctima, su esposo ... y su hija ... y el historial clínico, incluso la declaración indagatoria de la propia acusada, a pesar de que el tribunal no lo valora en su contra, pero si las coincidencias son claras para sustentar la veracidad de las declaraciones testificales y documentales. Avala también sin lugar a dudas el informe pericial del Perito de la acusación Analberto Alcaraz Luizzi. ... En cuanto al perito Alcaraz se ha expedido con relación a la intervención de la Dra. de Urgencias en sus inicios, la medicación empleada, concluyendo que la paciente sufrió de un shock anafiláctico... La descompensación que sufrió posterior a la medicación del Dolgenal y su rápido desmejoramiento que la llevo a su ingreso a la terapia sin que las medicas tratantes pudieran en algún momento llegar a un diagnostico real y la medicación efectiva para evitar así la muerte... La Dra. de Urgencias fue llamada y se limitó a recomendar el mismo tratamiento, sin interesarse en analizar de como ingresó la paciente, el rápido deterioro de su cuadro y que a partir del tratamiento no solo no mejoro sino que entro en un cuadro que no es necesario ser médico para decir que con ese tratamiento se tornaba más que dudosa la recuperación de la paciente; tampoco analizó la posibilidad de que el tratamiento no daba el resultado esperado, lo cual debería llamarle la atención, persistió de que se trataba de gripe H1N1, cuando no se tenía seguridad de que era esa la dolencia; tampoco se estudió la posibilidad de que con ese tratamiento se llevaba a la paciente a un shock anafiláctico”.-



2) RESPECTO A LA DRA. DE LA UTI (facultativa que atendió a la paciente en una segunda situación en la Unidad de Terapia Intensiva): En cuanto al supuesto comportamiento punible, de la citada profesional, extraemos la parte neurálgica de la sentencia, lo siguiente: *“Posteriormente, y ya bajo los cuidados del Dr. Bobadilla quien suplantó a la Dra. de Urgencias en la guardia, y al empeorar su cuadro clínico fue llevada a terapia intensiva, donde fue recibida por la Dra. de la UTI y a cuyo cuidado ha quedado desde las 22 horas. Allí fue sometida a cuidados propios de la terapia, tanto con medicamentos, colocándose un catéter para las medicaciones y posteriormente entubada. Según el historial clínico, al no mejorar la paciente y por el contrario ya con hemorragias a nivel bucal y nariz, fueron convocados algunos médicos, específicamente el Dr. Cerezo médico cirujano de guardia, para descartar probable cirugía de abdomen, ya que la misma había tenido dolencia bajo vientre. ... Sin embargo, la autopsia practicada por el Dr. Bellasai como anticipo jurisdiccional de pruebas, si bien es cierto que después de 16 días y dentro de estas limitaciones, nos dio la contundencia de las causas del fallecimiento de la (paciente) y aceptar como válidas estas conclusiones, pues se basó en la exanimación del cuerpo sin contaminarse con el historial clínico, para concluir como causa de fallecimiento el Shock hipovolémico secundario a lesión vascular. Ilustrándonos si bien es cierto no con su presencia en el juicio, pero si con el informe y las tomas fotográficas del trabajo practicado. Este informe se halla corroborado por las declaraciones del Dr. Abilio Obregón, y afirmó que la causa del fallecimiento fue efectivamente la perforación de la vena subclavia en el momento de la colocación del catéter y que nadie de los intervinientes, se dieron cuenta de este hecho, que al ser abierto el cuerpo lo primero que se pudo observar es un catéter traspasando la vena subclavia... según la autopsia realizada por el Dr. Bellasai el catéter colocado en la vena subclavia por la Dra. de la UTI, perforó la vena y la (paciente) fallece el 8 de agosto de 2009 siendo las diez y treinta horas de SHOCK HIPOVOLEMICO POR PERFORACIÓN DE LA VENA”.*

En relación a ambas condenadas, la cuestionada resolución jurídica expresa cuanto sigue: “Porque una no siguió el tratamiento adecuado a la paciente, habiendo partido su tratamiento evidentemente de un error en el diagnóstico en el que persistió, haciendo que su paciente entre en una descompensación que si tratara correctamente tal vez hubiera evitado el resultado lesivo irreversible y otra porque debiendo proceder de una forma, también cometió el error en el momento de la colocación del catéter que perforó la vena subclavia, en síntesis la cadena de desaciertos no

pudo ser revestido a tiempo, porque no hubo coordinación, atención, interés, diligencia...”.

La sentencia de 1ª instancia⁴ (S.D. N° 77 del 15 de julio de 2013) condenó a dos médicas por homicidio culposo en grado de autoría y coautoría (Art 29 inc. 1 y 2 del CP). He aquí mi primera crítica: la FALSA o INCORRECTA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS.

Al tomar acabado conocimiento de cuáles fueron las conductas denunciadas, luego imputadas, también querelladas, y por último, acusadas (en el orden en que fueron materializados los actos judiciales objeto del proceso), y por las cuales recayó sentencia definitiva, vemos con claridad que se trata de dos conductas⁵ independientes, las materializadas por cada una de las médicas, en momentos diferentes.

A una de ellas, la primera, quien actuó en URGENCIAS, se le condenó por haber diagnosticado incorrectamente a la paciente, y por haber dispuesto que se le administre un medicamento contraindicado, y en sobredosis, causándole un *shock anafiláctico*, lo que derivó en su internación en la Unidad de Terapia Intensiva; y a la segunda, quien intervino en la UTI, se le condenó por haber realizado incorrectamente una operación en el cuerpo de la paciente (al colocarle defectuosamente un catéter en la vena subclavia), generándole un *shock hipovolemico* que culminó con el fallecimiento. En ambos casos debemos hablar de “supuestos”.

Analicemos estas situaciones desde la dogmática penal⁶. Para la autoría (directa) se requiere que el sujeto activo (el que actúa) haya materializado el hecho, o como dice el código: “*el que realizara el hecho obrando por sí*”; mientras que, con relación a la coautoría, en el mismo artículo, en el inciso 2º, se hace referencia cuando en un mismo hecho, interactúan dos o más personas, conjuntamente y de común acuerdo, materializando cada uno su aporte, pero manteniendo –cada uno- el dominio sobre la producción del resultado.

⁴ Es la Sentencia derivada del Tribunal de Sentencia conformado por tres magistrados de Ciudad del Este.

⁵ Por “CONDUCTA” debe entenderse el comportamiento voluntario de una persona dirigida a producir un resultado.

⁶ La DOGMÁTICA no es una forma de pensar; es una herramienta o instrumento jurídico creado por expertos con ciertas especificaciones técnicas y jurídicas que dotan de seguridad al tratamiento del caso objeto de su aplicación.



Entonces, desde el punto de vista de la autoría material (Art. 29 inc. 1º, es autor el que realiza el hecho “*obrando por sí*”); en tal sentido, la conducta desplegada por una de las médicas debe haber sido la causante del desenlace fatal (resultado: muerte de la paciente).

En un caso como éste, rechazamos categóricamente que pueda haber dos autores del mismo hecho, obrando cada uno por sí, sobre todo en un caso donde el resultado es la muerte de una persona; y menos, cuando se trata de un hecho culposos (a falta del dolo). En el caso de la primera profesional, debería entenderse que es “autora” quien con su acción (diagnosticar y aplicar un tratamiento erróneo) ha producido la muerte de otro. Por tanto, sencillamente, al no existir el resultado típico prohibido en esta primera parte de los hechos, no puede hablarse de autoría en homicidio culposos.

Por otra parte, para que exista “coautoría” (Art. 29 inc. 2º) se requiere obrar “*de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización*”. Al respecto, es absolutamente discutible calificar un hecho realizado en coautoría culposa; pero más allá que pueda calificarse así (el papel lo aguanta todo), supongamos que dos o más personas materializan cada uno, independiente del otro, una conducta culposa (negligente, imprudente, o por impericia) respecto a un tercero (víctima), y con ello se produce un resultado lesivo para éste. Aquí, la cuestión es que ambos deben haber obrado de común acuerdo, y que cada uno mantenga para sí el dominio sobre el hecho. Por dominio del hecho debemos entender que cada uno de los intervinientes tiene la potestad de decidir cuándo, cómo y dónde producir el resultado prohibido (dar muerte a una persona).

Veamos, el caso en cuestión: por un lado, la doctora que atendió en URGENCIAS debió haber obrado de común acuerdo con la doctora —que posteriormente- la atendió en la UTI; y por otro lado, cada una de las doctoras debía mantener el control sobre lo que estaba ocurriendo, incluso con la posibilidad de materializar —o impedir- la causación del resultado final.

Por dominio del hecho se entiende la condición por la cual, una persona —o en caso de coautoría, todos los participantes- tienen la potestad de decidir el cómo, cuándo y dónde se materializará el hecho. Al respecto, ninguna de estas condiciones se da en el caso:

No hubo común acuerdo, pues nada consta (en el expediente) respecto a que la médica de la UTI haya seguido las indicaciones de las previsiones tomadas por la médica en URGENCIAS; o viceversa, que la médica de URGENCIAS, se haya puesto de acuerdo con la doctora de la UTI en la operación que ésta iba a realizar; y

No se compartió el dominio sobre el hecho, pues según la acusación y los hechos considerados probados en la condena, una actuó diagnosticando y tratando a la paciente suministrando un medicamento indebido que le causó un shock anafiláctico (reacción alérgica generalizada); y la otra le practicó incorrectamente un procedimiento quirúrgico en el cuerpo que le causó un shock hipovolemico (muerte por pérdida de sangre).

Cada una de estas conductas fue realizada independientemente de la otra, sea cual fuera la condición que en definitiva haya causado la muerte de la paciente; o que no haya sido ninguna de estas.

Para la Teoría del Dominio del Hecho, es autor quien tiene el dominio final sobre el suceso; mientras los partícipes⁷ por su parte carecen de esa potestad. En la opinión de Hans Welzel ejerce el dominio del hecho quien tiene *intencionalmente en sus manos el desarrollo del acto típico*. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la conducta típica. Cabe acotar, desde ésta óptica es prácticamente imposible hablar de COAUTORÍA CULPOSA.

En la coautoría, es autor el que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan conjunto (dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto propiamente típico; pero, participando de la común resolución delictiva.

Criterios a tomar en consideración, conforme a la Teoría del Dominio del Hecho:

- El desarrollo y el resultado del hecho dependen decisivamente de la voluntad del autor:

El agente tiene una relación interna con el hecho, la cual se manifiesta en el “*dominio conjunto del curso del acontecer*”. Esta es condición esencial en la coautoría. Como sabemos *la voluntad dirige el comportamiento de los agentes, pero ésta solo*

⁷ Se consideran partícipes a aquellos que intervienen en el hecho sin ser considerados autores (instigadores o cómplices).



se torna influyente si el agente cumple una función, objetivamente significativa, en la realización del tipo.

- La potestad de hacer, continuar y de frenar:

Esta posición la sostiene *Maurach*, quien expone esta fórmula para caracterizar el dominio del hecho en general y para determinar con mayor precisión la coautoría en particular. *Se plantea que cada agente tiene un papel necesario dentro de la comisión del hecho de manera que, si éste desiste, puede hacer que fracase el plan.*

- La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo:

Es decir, el agente tiene y está en pleno dominio del hecho, por lo que puede darle un giro decisivo. *Esta posición se verifica en los delitos de omisión en los cuales el agente tiene la posibilidad de impedir el resultado.* En otras palabras, no importa si el sujeto, interviniendo activamente, pudo haber impedido el resultado, sino a la inversa, si el que permaneciere inactivo ha detenido el suceso que se venía desarrollando, o lo ha modificado decisivamente.

- El poder sobre el hecho: Se debe atender a las posibilidades físicas o habilidades técnicas del agente y conforme con ello ver si dominan la dirección final del curso causal en la realidad. *La incapacidad para realizar el tipo de propia mano no excluye el dominio del hecho, los cuales se demuestra tanto en la autoría mediata como en la coautoría.* Lo que debemos destacar es que *no basta la mera voluntad de autor o de dominio del hecho -la disposición interna-, para fundamentar la autoría.*
- Voluntad del dominio del hecho y sentimiento de autoría: El autor tiene que conocer las circunstancias fácticas y además ser consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso; es decir, se da un conocimiento fundamental del dominio.
- El Dolo en su conducta: Para ésta Teoría, es prácticamente imposible elucubrar un hecho cometido en coautoría sin conductas dolosas de los participantes; es decir, es imposible una participación culposa en la conducta igualmente culposa de otro, y que ambas sean realizadas de común acuerdo, y manteniendo cada uno el dominio sobre el hecho total o final.

Si bien, podría darse el caso en que dos (o más personas) de común acuerdo materialicen, cada uno, una conducta imprudentemente (por ejemplo: cada uno coloca

algún líquido que no es apto para el consumo humano -sin conocer cabalmente el grado de toxicidad- en la bebida de un joven quien ha pasado los exámenes de ingreso en su fiesta de “bautismo”; así, uno coloca fluido de freno, otro pone un poco de acetona; otro agrega alguna otra sustancia no apta para el consumo, etc. Pero, lo que no puede concebirse es que todos mantengan el dominio del hecho sobre el grado de toxicidad de la bebida incorporada por cada conducta individual, respecto al resultado final: intoxicación del compañero.

No obstante, hacemos una aclaración. Si bien puede argumentarse que la primera conducta (de la médica de Urgencias) fue la que derivó en la materialización de la segunda (de la médica de Terapia), ello no significa que haya existido acuerdo entre ambas, y mucho menos, que hayan compartido el dominio del hecho. En todo caso, una correcta calificación hubiera sido –si correspondía- la individualización estricta de cada conducta, una como LESIÓN CULPOSA (pues no se causó el resultado “muerte de otro”); y la última, como HOMICIDIO CULPOSO (si se llegase a comprobar que ésta última conducta produjo efectivamente la muerte de la víctima).

Fíjense que a la pregunta (de rigor) que se hace el tribunal de mérito en la Sentencia, cuando se refiere a ¿si se halla o no probada la existencia del hecho?, la Presidenta del Tribunal inicia su estudio trayendo a colación que la acusación fiscal acusó a las medicas por la supuesta comisión del hecho punible de homicidio culposo “*ocurrido en fecha 07 y 08 de agosto de 2009*” (sic); pero ello no significa que la víctima murió dos veces; o que se le haya causado la muerte dos veces en dos días.

Cabe advertir también que, durante la investigación fiscal, en un momento de la Etapa Preparatoria, la fiscalía había imputado a otros profesionales médicos por éste mismo hecho punible de homicidio culposo. Así, se imputó al médico de guardia; al médico de guardia de Urgencias que continuó el turno de la anterior; al jefe de la UTI “A”; todos del mismo Hospital, y a todos ellos se les sobreescribió sobre la base de no haber estado involucrados con alguna conducta relacionada con la muerte de la paciente.

Siguiendo con el análisis crítico de la sentencia a partir de la lectura de la parte medular de la fundamentación esgrimida por los jueces. Así, encontramos la única referencia doctrinaria respecto a la estructura de los hechos punibles culposos (en un único párrafo). Los jueces exponen su pensamiento respecto a la estructura del homicidio culposo, en sentido genérico, con las siguientes expresiones: “*En su aspecto objetivo la protección de la vida frente a acciones por un comportamiento*



imprudente en este caso la ligereza del autor al no tomar las precauciones para evitar la producción del hecho dañoso. Como asimismo la negligencia al obrar u omitir los cuidados debidos que no le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta para la persona. Advertir el peligro, debe ir acompañada de un comportamiento externo apropiado a fin de evitar la producción del resultado típico, El deber de cuidado sobre el que se estructura este deber objetivo de prevención estará siempre en relación a la capacidad y al conocimiento del agente y al riesgo permitido. Si el agente crea un riesgo más allá del aceptado responderá por su culpa. Y en su aspecto subjetivo que describe una conducta culposa en la que el autor no quiere el resultado más bien confía en que el mismo no acontecerá” (sic).

Más allá de la confusa redacción con la que los jueces entremezclan las denominaciones de ciertos institutos (comportamiento imprudente; negligencia; conciencia de la peligrosidad de su conducta; deber de cuidado; riesgo permitido; etc.) con afirmaciones dogmáticas sin contenido lógico, lo concreto es que omiten hacer referencia a la específica figura del hecho punible culposos en la actividad médica, en cuanto a los requerimientos dogmáticos exigidos.

En términos más sencillos, los jueces no realizaron la descripción exacta de la o las conductas, con sus específicas exteriorizaciones, que permitan descubrir, fuera de toda duda, que han materializado una acción —u omisión— descuidada que produjo el resultado de causar la muerte de una persona.

La doctrina nos enseña que, en un caso donde se juzga la tipicidad culposa de un hecho punible cometido en ocasión de la práctica médica, debe analizarse especialmente:

Si existió violación a un deber de cuidado: Para ello, -indefectiblemente- se debe recurrir a la *Lex Artis*, y a las reglamentaciones existentes para la materia de que se trata, a fin de determinar el cuidado exigible. Si bien, la violación de las normas de las *lex artis* revelan un indicio de vulneración del deber de cuidado, es insuficiente para afirmar por sí sola que existió un hecho punible, debiendo atenderse además a las circunstancias de hecho que rodearon al caso concreto, y a la adecuación social de la conducta.

Por *lex artis* (literalmente: “ley del arte”)⁸ debe entenderse la regla de actuación de la actividad que se trate, y se ha venido empleando para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse en el caso concreto.

De forma que, si la actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla del ejercicio de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión. Suele aplicarse el principio de la *lex artis* a las profesiones que precisan de una específica técnica operativa, y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto, la profesión médica, toda vez que la medicina es concebida como una ciencia experimental. No obstante, siempre debemos recordar que la ciencia médica busca optimizar medios, sin responsabilizarse en la producción de resultados. Así como el abogado no puede prometerle 100% al cliente que le conseguirá la solución a su caso; el médico no puede prometer que salvará la vida del paciente.

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de *lex artis* como módulo rector o principio director de la actividad médica. A este respecto, se ha definido la *lex artis* como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos u exógenos –real estado del paciente, intervención del enfermo, o de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de ser conforme o no con la técnica normal requerida.

En principio, la *lex artis* es aplicable a toda la actividad médica (exploración, diagnóstico, pronóstico, indicación y tratamiento). Sobre este extremo, la doctrina alemana, afirma que la indicación médica y la *lex artis* son dos conceptos que se hallan estrictamente vinculados, pero esencialmente distintos. La indicación terapéutica consiste, fundamentalmente, en una tarea de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica; mientras que en la *lex artis*, una vez emitido ese juicio o pronóstico, se debe aplicar adecuada y correctamente por parte del facultativo el tratamiento indicado.

⁸ Giraldo L., Daniel. “Lex Artis y Malpraxis”. <http://www.geosalud.com/malpraxis/lexartis.htm>



La indicación previa responde al factor positivo del tratamiento previsto, a si debe aplicarse esta u otra medida tomando en cuenta lo que se espera del mismo; mientras que la *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir para alcanzar el objetivo. La realización de una intervención se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la *lex artis* cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación, ni al cuidado debido, según lo conocido y practicado comúnmente en igualdad de condiciones por otros facultativos.

Si la *lex artis* significa el modo de hacer las cosas bien, la mala praxis sería no cumplir adecuadamente, salvo justificación razonable, con las reglas y preceptos destinados a este fin. Es decir, mala praxis puede significar no seguir la *lex artis*.

Desde el punto de vista jurídico penal se entiende que ha existido negligencia profesional, y por lo tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de mala praxis. Este término refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de los profesionales en las mismas circunstancias.

La mala praxis implica una desviación del acto médico, y es imperativo que en una investigación penal —con mayor razón en un juicio—, los jueces se remitan al expediente médico y al dictamen forense en relación con tales denuncias por imprudencias médicas. Para que el Juez juzgue debe contar con un dictamen satisfactorio e indubitado respecto a si pueden concluirse que hubo mala praxis en las actuaciones profesionales analizadas.

Queda así la mala praxis como un concepto aplicable conjuntamente entre el derecho y la medicina. Cuando el médico informante (perito) se pronuncia sobre una mala praxis está originando que el investigador o juzgador, según el caso, comience a buscar la posible figura penal y sus matizaciones. No puede, sin embargo, admitirse que toda mala praxis —médica— sea sinónimo de hecho punible.

De ahora en adelante, nos permitimos cuestionar la sentencia condenatoria desde la óptica de lo que ya existía en el expediente —antes de la sentencia—, de lo que fue expuesto en el juicio, y de lo que posteriormente fue incuestionablemente refutado desde las ciencias médicas: La inexistencia de MALA PRAXIS.

La insuficiencia de Fundamentación y Error en la Tipificación de la Conducta de la médica de Urgencias.

La condena no determinó con precisión, cuál fue la supuesta norma del protocolo médico, o del deber de cuidado que infringió la primera profesional, siendo que lo que se busca castigar con un delito culposo, es la falta del deber de cuidado referido a la violación de la norma que establezca una determinada conducta debida, y por ende, no respetada.

La sentencia debía hacer expresa referencia al protocolo médico infringido por la médica. No es suficiente con afirmar el supuesto “nexo causal” tomando como base el ingreso con vida de la paciente, y que posteriormente se produzca su deceso en el nosocomio donde a ella se le atendió de urgencias. Se debió haber establecido con claridad qué norma fue infringida con una supuesta conducta culposa (ya sea por negligencia, impericia e imprudencia), para construir a partir de allí el hecho típico.

Incluso si vamos a un extremo y aplicamos la TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES o de la “CONDITIO SINE QUA NON”, no podemos tener certeza de que el resultado lesivo haya podido ser evitado. Si suprimimos mentalmente el comportamiento de la médica de urgencias, igual no tendríamos certeza de que el resultado lesivo no se produciría. La administración del analgésico, nada tuvo que ver con el empeoramiento del estado de salud de la persona posteriormente fallecida, por lo que aunque suprimiendo la primera conducta, esto, no significaría que el resultado final iba a evitarse. Esta teoría, atribuida a Von Buri y a Von Lizst, parte de la idea de que todo resultado es producto de varias condiciones. Así, por ejemplo, para que una planta crezca (resultado), es necesario que se den las condiciones siguientes: buena tierra, semillas, lluvias, y la acción humana de sembrar. Pero la teoría no llama ‘condición’ a cualquier hecho, sino sólo a aquellos sin los cuales el resultado no se hubiese producido. Para saber si un hecho es ‘condición’, se lo elimina mentalmente y, si el resultado no se produce, el hecho es ‘condición del resultado’.

En el caso que nos ocupa, suprimiendo la conducta de suministrar “KETOROLAC”, vemos que el resultado no iba de igual manera a evitarse, pues la causa de la muerte según la condena fue la incorrecta aplicación de un catéter. En síntesis: si un resultado se produce por varias ‘condiciones’, basta que el sujeto haya puesto una de



ellas, para que se considere que, su acción, es ‘causa’ del resultado, y por tanto, que él es el autor.

La teoría es criticada a raíz de que, por ella, el hombre, sería responsable hasta el infinito, ya que no admite que pueda haber una ‘concausa’ (o sea: alguna condición que pueda hacer desaparecer la relación de causalidad entre la acción del hombre y el resultado), o que “alguna” de las condiciones sea más adecuada o eficaz para causar el resultado finalmente acontecido. Pero de igual manera aplicando esta teoría, tan criticada en la actualidad, vemos que la misma no es suficiente para atribuir a la primera médica la consumación del hecho punible. Lo que queda claro y contundente es que por sí sola ésta teoría no es concluyente para ser aplicada a ultranza en este caso.

En la actividad médica, en la mayoría de los supuestos se plantean situaciones de conflicto, que el sujeto debe enfrentar, no se trata solo de evitar riesgos, sino de elegir el curso lesivo de menor entidad (escoger el mal menor). Muchas veces se pretende que la estructura de la imprudencia ofrezca una respuesta para todo “*fracaso*” y que la presencia de un profesional garantice “*que nada malo suceda*”. Esta percepción puede dar origen a sistemas de imputación peligrosos, frente a los cuales, si alguien tenía la obligación de que algún ámbito de la actividad médica funcione adecuadamente y, de todos modos, se produjo el resultado disvalioso, esa persona debe ser responsabilizada. De esta manera, los riesgos de una ampliación en la aplicación del derecho penal se acrecientan peligrosamente.

Falta de determinación del nexo causal entre la conducta de la primera profesional y el resultado típico:

El nexo causal constituye el vínculo entre la conducta del autor y el resultado producido. Existen varias teorías que buscan determinar este vínculo, entre ellas la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y la “teoría de la imputación objetiva”. Leyendo detenidamente la condena, encontramos el título “Nexo Causal” y podemos notar que no se utiliza teoría alguna para explicarla, y que de hecho, no se expone ningún vínculo fáctico entre alguna supuesta conducta de la médica y el resultado muerte de la paciente.

En todo el texto de la sentencia, no se ha demostrado el nexo causal entre la muerte de la paciente, y algún comportamiento desplegado por la primera médica interviniente. Ni se ha especificado en la sentencia qué norma del protocolo médico ésta médica infringió.

En este sentido, la sentencia falta a lo que el Art. 256 de la Carta Magna claramente dispone, que toda sentencia judicial deberá estar fundada en la Constitución, y en la ley. Y a su vez, el Art. 125 del Código Procesal Penal.

Inobservancia de Reglas Procesales que afectan el Derecho a la Defensa y el Debido Proceso:

Al decidir la causa, el Tribunal de Sentencia omitió respetar las reglas de la valoración probatoria de acuerdo a la SANA CRÍTICA (Art. 175 del C.P.P.), pues a la hora de formar su libre convicción no ha tenido en cuenta las pericias formuladas por dos médicos forenses que expusieron al efecto en autos. Con ello, el Tribunal adoptó un sistema de valoración de las pruebas más cercana al de la “íntima convicción” que, a la Sana Crítica, valorando entonces solamente la versión de la querella, y obviando el caudal probatorio objetivo recolectado en el proceso.

La SANA CRÍTICA RACIONAL consiste en la plena libertad de convencimiento de los jueces sobre los hechos puestos a su conocimiento en virtud del principio de inmediación; pero exige, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de la ÍNTIMA CONVICCIÓN, que las conclusiones a que se llega sean el fruto racional de las PRUEBAS en que se las apoye.

El agravio o perjuicio jurídico reclamado en éste punto consiste en que el Tribunal de Sentencia realizó un estudio extremadamente parcialista de la cuestión planteada. Hace suyas la pretensión de la querella, en cuanto a la existencia de un hecho culposo contra la vida, calificándolo como HOMICIDIO CULPOSO, dejando de lado el análisis armónico y lógico del caudal probatorio desarrollado durante el juicio.

Es importante destacar, que, lo diagnosticado por la primera profesional interviniente y el medicamento suministrado conforme a esa primaria prescripción y diagnóstico, no fue la causa del tratamiento que se le practicó posteriormente a la paciente luego de que ella ingresara a la Unidad de Terapia Intensiva. Estas conductas, las de la primera facultativa, al realizar un diagnóstico primario y prescribir medicamentos conforme a ello; y la de la segunda profesional, al decidir posteriormente el tratamiento a ser practicado en la UTI, no guardan ningún tipo de relación.



Por lo tanto, al pasar la paciente al cuidado de otros médicos, la médica de Urgencias –por la teoría de la confianza- pierde el dominio del hecho; y en tal sentido, no se la puede hacer responsable de lo acontecido *a posteriori*. Aquí se puede ver nuevamente la imposibilidad de admitir alguna forma de COAUTORIA (mucho menos construyéndola por la vía de la forma culposa, como ya se ha expresado más arriba).

La medicina moderna requiere actualmente, y por lo general, la cooperación de distintos especialistas, por lo que es una actividad llevada a cabo por varias personas.

Según la teoría de las funciones, la fuente de la posición de garante se encuentra en la confianza que genera la asunción efectiva de funciones por parte del médico. El principio de confianza opera como un criterio limitador de los deberes objetivos de cuidado. En tal sentido, cuando la paciente fue derivada a la Unidad de Terapia Intensiva (UTI), la médica de Urgencias perdió -desde el punto de vista jurídico penal- el dominio de la acción; por lo que todo lo acontecido *a posteriori*, no le puede ser atribuible.

Con relación a la conducta de la primera profesional, también corresponde estudiar la tesis que le otorga relevancia al comportamiento alternativo conforme a derecho, que prescribe que el que causa un resultado con su actuar imprudente no puede ser responsabilizado si no se demuestra con certeza o con probabilidad cercana a la certeza, que *el resultado podría haberse evitado si hubiera actuado prudentemente*. En este sentido, de lo expuesto en el juicio, no se pudo determinar a ciencia cierta (fuera de toda duda), que hubiera pasado si la paciente recibía un tratamiento distinto, si se podía o no cambiar el desenlace de la muerte. Además, en este caso, ni siquiera se ha demostrado fuera de toda duda razonable, que el diagnóstico originario dispuesto por aquella profesional, con la consecuente prescripción de la droga suministrada (KETOROLAC) haya sido en realidad el producto de una conducta negligente. No se puede afirmar que ella haya fallado al proceder en el examen clínico; o en la lectura de los análisis laboratoriales; o en la prescripción de los primeros medicamentos el mismo día de su consulta; o en la decisión posterior de derivar a la paciente a internación en la UTI (que en realidad fue tomado por otro médico).

Cabe aclarar que en la Sentencia condenatoria lo único que se expone como conducta causal de fallecimiento de la víctima es la supuesta incorrecta colocación del catéter en la vena subclavia al ser ésta perforada; aunque se da como un hecho que

el medicamento KETOROLAC causó una reacción alérgica en la paciente. Al respecto, no existe ninguna prueba que haya sido producida en juicio que haya demostrado fuera de toda duda que éste medicamento haya originado alguna reacción alérgica en la paciente por el cual haya sido necesaria su internación.

En cuanto a la supuesta administración de una sobredosis de un medicamento de nombre comercial “Dolgenal” (Ketorolac), que es un analgésico considerado apto para calmar dolores de todo tipo, y todo origen, pues tiene la potencia analgésica de la morfina, pero no los efectos neurológicos y adictivos que tiene aquella, recordemos que es un analgésico de uso y venta libre (sin necesidad de prescripción médica), y ampliamente usado por el 99% de los médicos en nuestro país.

El resultado disvalioso, no guarda relación, con la supuesta conducta desplegada por la médica de Urgencias. Además, luego de suministrarle el medicamento, prácticamente la paciente pasó al cuidado de otras áreas de profesionales, por lo que mal puede imputarse a su comportamiento, el resultado fatal de la paciente.

La teoría de la imputación objetiva enseña que, aun cuando se demuestre que un médico no hizo todo lo que se podría y debía hacer, por lo cual, por su posición de garante de la salud y la vida del paciente resultaría reprochable, en nuestro derecho penal tal conducta sólo resulta inculparable a partir de su efectiva incidencia causal en el resultado abarcado por el tipo penal. En este orden, el comportamiento supuesto, desarrollado por el médico de Urgencias, nada tiene que ver, con el resultado de la muerte de la paciente, esto puede colegirse de cualquiera de las pericias que fueron expuestas en el juicio.

En tal sentido, sostenemos que la primera de las médicas condenadas ha obrado, asumiendo un riesgo permitido por la norma, observando las normas de cuidado como reglas de la *lex artis*. En la condena no existe nexo objetivo comprobado, en otras palabras, no se expuso la relación entre su comportamiento con el fallecimiento de la paciente.

La propia Sentencia Definitiva manifiesta que los peritos, los médicos forenses ya referidos establecen que la causa de muerte fue un “*shock séptico de origen respiratorio y falla multiorgánica*”; mientras que el perito de la querella, estableció la causa de muerte con la frase “*por una cadena de desaciertos y errores*” (que ningún científico puede demostrar). ¿Qué desaciertos? ¿Cuáles errores? La resolución nada nos dice al respecto.



La resolución impugnada, toma también por base la “autopsia” realizada por el médico que asistió en la necropsia, quien no declaró en juicio; sin embargo, su dictamen sirvió de cimiento a la resolución cuestionada. Es importante destacar que ninguno de estos peritos examinó a la paciente, ni en vida, ni posteriormente al fallecer, para sus dictámenes. Solamente han observado las constancias de autos, sin embargo, se obvió la deposición del único perito que estuvo en contacto con el cadáver –aunque recién 16 días después-, pese la insistencia de las defensas.

Hay que tener en cuenta que el procedimiento realizado por el perito citado no fue una autopsia propiamente, sino una necropsia. En este punto es de tener en cuenta que la “Autopsia” es aquel estudio que se realiza sobre el cadáver en las primeras 24/48 hs de acaecido el fallecimiento de la persona. Pasado éste tiempo el procedimiento ya no es autopsia y se pasa a denominar “Necropsia”, pues el cadáver ya empieza su proceso de descomposición normal, lo cual altera las estructuras internas del cuerpo y se ve turbada por la acción de los microorganismos que se encuentran en la naturaleza y contribuyen al proceso de putrefacción.

Por lo tanto, mientras más tiempo se tarda en realizar el estudio del cadáver, más destruidas están las estructuras y órganos del cuerpo que son contaminadas y alteradas por las toxinas y procesos oxidativos que producen las bacterias encargadas de la descomposición natural de los organismos. También debemos recordar que la fallecida fue enterrada, y posteriormente desenterrada días después para practicar la necropsia, con todo el movimiento, condiciones y circunstancias que podían haber afectado el estado del cadáver y de los órganos auscultados.

Violación del principio *in dubio pro reo*

Por este Principio toda “duda” debe guiar la resolución de los casos a favor del imputado y obliga a considerar que cualquier estipulación menor a la certeza se encuentra inhibida de fundar alguna decisión vinculada con la punibilidad u con la propia determinación del ilícito. Se viola el *in dubio pro reo* tanto si el juicio de imputación se basa en un 10% de probabilidad, como si se estructura sobre un 90%. Se trata de que toda duda (del tamaño o porcentaje que sea) deba ser resuelta a favor del imputado. Las afirmaciones contrarias son algo así como la afirmación de que se debe respetar el *in dubio pro reo*, pero “no tanto”. Como si el respeto de una garantía del

Estado de Derecho pudiera ser graduable, y que el Estado estaría autorizado a “violiar un poco” algunas exigencias republicanas.

La resolución cuestionada, de manera solapada, invierte el principio *in dubio pro reo* en contra del justiciable, pues da a entender supuestamente que la paciente “tal vez” podría haberse salvado; en tal sentido, citamos parte de la condena: “...*habiendo partido su tratamiento evidentemente de un error en el diagnóstico en el que persistió, haciendo que su paciente entre en una descompensación que si se tratara correctamente tal vez hubiera evitado el resultado lesivo irreversible...*”.

Al efecto de determinar si se ha considerado de manera correcta el Principio de Imputación Objetiva de la conducta debemos analizar primero los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de HOMICIDIO CULPOSO, que son:

I. Violación al deber de cuidado.

i. La relación de determinación entre dicha violación y la producción del resultado.

Como ya dijimos, la sentencia no determinó con precisión, ni si quiera de forma genérica, cuál regla de cuidado fue obviada o incumplida por la médica de Urgencias, según la *Lex Artis* medica. En la condena no quedó expuesto que la condenada se haya equivocado negligentemente, ni por imprudencia, y menos por impericia, en el primer diagnóstico plasmado; no se confirmó la relación existente entre la medicación dada —en supuesta sobredosis— a la paciente conforme al primer diagnóstico y el desenlace fatal; tampoco se explicó suficientemente que la prescripción del medicamento haya sido el único elemento desencadenante del motivo por el cual a la paciente se le tuviera que hacer un procedimiento quirúrgico; y en el cual, la médica de Urgencias no tuvo intervención alguna.

II. Por otra parte, dentro del tipo subjetivo del Homicidio Culposo, debemos estudiar:

- a) Si existía voluntad de realizar la conducta en la forma, o con los medios elegidos;
- y b) Si existía para el autor la posibilidad de conocer el peligro que la conducta creaba para los bienes jurídicos ajenos, y prever la posibilidad del resultado conforme a este conocimiento (previsibilidad).

Esta cuestión tampoco es expuesta en la sentencia de condena. El tipo subjetivo del homicidio culposo exige analizar si el autor ha querido realizar la conducta en la



forma en que lo hizo; y por otro, si tuvo la posibilidad de conocer la puesta en peligro del bien jurídico y de prever la posibilidad del resultado. El error invencible respecto al aspecto cognoscitivo; o la imposibilidad de prever el resultado, excluyen la tipicidad de la conducta, conforme a la Teoría de la Imputación Objetiva; sobre todo en la praxis médica, donde se presume *prima facie* la expectativa de materializar conductas para evitar riesgos, o al menos, para disminuirlos, y no para crearlos. Se repite constantemente que por el “juramento hipocrático”, el médico está obligado a hacer todo lo posible para curar al paciente.

Es sabido que el médico ha de recurrir a las reglas de la *Lex Artis*. Así, no viola el deber de cuidado la conducta de quien ejecuta el acto médico conforme a las prácticas usuales normalmente desarrolladas en la especialidad de que se trate. En este caso, es esencial conocer, verificar y aceptar que el protocolo que era aplicado en esa época y bajo las condiciones en que fue tratada la paciente, obligaban a tomar las precauciones anti epidémicas y desarrollar tratamientos anti influenza.

Al respecto, la medicación suministrada era entonces la correcta, conforme a los síntomas que tenía la paciente. No solo las reglas de la medicina general deben ser tenidas en cuenta, sino que deben serlo también aquellas referidas a la propia especialidad.

La violación a la *lex artis* constituye un indicio de la violación al deber de cuidado, pero no necesariamente lo afirma. No será atribuible el resultado a la conducta del autor, cuando la conducta prudente e hipotética, analizada conforme las reglas que esbozamos párrafos más arriba, hubiera producido igualmente el desenlace negativo. La médica de Urgencias inspecciona a la paciente aproximadamente a las 14:30 hs en la guardia del Hospital; dispone que se realicen diversos análisis; y prescribe un medicamento de libre uso y apto para el efecto requerido (bajar el dolor y controlar la fiebre); vuelve a inspeccionar las condiciones de la paciente alrededor de las 18:00 hs, y conforme a lo constatado dispone la posibilidad de su internación. Posteriormente ya no se involucra en el tratamiento de la paciente.

Si es que la misma —siguiendo la línea argumentativa del tribunal de sentencia— no se dio cuenta, o no se percató de que algún procedimiento médico de urgencia estaba siendo desarrollado en forma inadecuada ¿Cuál fue la violación al deber de cuidado que, conforme la práctica de la medicina, se omitió? O en su caso ¿Qué acto

concreto consistió en la creación de un riesgo no permitido por parte de ésta profesional? De la lectura del fallo no se puede responder a ninguna de estas interrogantes.

Por su parte, la segunda profesional interviniente (también condenada) recibe a la paciente a las 22:00 hs. en franca insuficiencia respiratoria aguda; es decir, le faltaba aire, podía respirar, pero sus pulmones estaban trabajando mal y se estaba llenando de secreciones o catarro. Esto llevo a la paciente a presentar una saturación de oxígeno muy baja, y es a eso que se llama hipoxia; es decir no se producía el intercambio de gases a nivel de los alveolos pulmonares y su presión estaba muy baja, estaba fallando su pulmón y su corazón, es ahí que la doctora de UTI decide realizar el procedimiento por la vía venosa central, o sea la sub clavia, para poder aportar líquidos y otros medicamentos que se llaman cardiotónicos, con el propósito de mejorar la función del corazón y aumentar la presión, se coloca oxígeno a dosis alta por medio de unas mascarillas y se controla su saturación.

Además, se le practicaron estudios laboratoriales y otra radiografía de tórax, donde se constató que el catéter estaba en posición correcta y se vio que había un infiltrado pulmonar bilateral, o sea los pulmones estaban inflamados, este cuadro se llama *distres* respiratorio y se produce en el contexto de una infección aguda. Si fuere el caso de una alergia, como sugirió el perito de la querella, la paciente hubiera presentado una dificultad respiratoria aguda, pero a nivel del cuello, donde se encuentra la laringe o glotis y es esta la que se inflama y cierra la luz por donde pasa el aire y la persona que presenta este cuadro es como si estuviera atorada con algo en la garganta y no puede respirar, rápidamente se pone toda roja y la muerte se produce en minutos por asfixia. Es muy grande la diferencia entre un cuadro y otro cuadro, pues la paciente no fallece inmediatamente, sino a las 10:30 AM del día siguiente de la internación.

Fundamentación APARENTE de la Sentencia del Tribunal

El Tribunal de Sentencia se contradice al fundamentar su resolución calificando llanamente como negligencia e imprudencia, sin siquiera mencionar cómo las pruebas producidas les ayudaron a llegar a dicha conclusión. En la página donde consta la conclusión del supuesto análisis, los juzgadores nuevamente usan frases comunes sin sustento probatorio alguno, alegando “grado de certeza absoluta”, pero tan siquiera se menciona en toda la sentencia del juicio oral cual es la certeza de qué actos



médicos han sido ejecutados en forma tal que produjeran la muerte al no adecuarse a los procedimientos científicos. Se ha faltado a las obligaciones propias que impone el ejercicio de tan delicada profesión según la sentencia, pero, no menciona en este punto, ni en otro, dichas faltas en forma concreta. En otras palabras, asumen que el catéter fue mal colocado, sin explicar por qué y luego con el simple relato de algunos hechos, se usa la frase “cadena de errores”, sin fundamentar cabalmente el fallo condenatorio.

Una prueba necesaria y convincente para condenar hubiera sido que se realice de manera inmediata una autopsia a la víctima, y no la necropsia practicada 16 días después, por desidia del Ministerio Público. El cadáver ya estaba en estado putrefacto, lo que hace que no pueda arribarse a una conclusión certera. Además, el tribunal ha obviado hacer concurrir al juicio al perito de la necropsia, quien elaboró un dictamen, que sirve como cimiento a la sentencia condenatoria. La resolución impugnada es contradictoria, en sí, porque se establecen dos causas de muerte distintas. Como primera causa, la establecida en su dictamen por el perito de la necropsia —quien no declaró en juicio—; y como segunda causa, la establecida por el médico, de la querella.

Ninguna de estas conclusiones tiene respaldo científico, o son producto de un análisis del caudal probatorio de autos. Existiendo más oscuridades que luces y existiendo una total falta de certeza, el tribunal debió haber considerado la duda a favor de la encausada.

El eminente procesalista *Julio B. J. Maier*, expone, haciendo referencia a los niveles de “Certeza, Posibilidad y Duda” que: “Frente a un acontecimiento a averiguar, los tres estados o grados subjetivos respecto de la verdad se comportan de diferente manera. Prescindiendo ahora del signo positivo o negativo de la hipótesis en la crisis, la certeza y la probabilidad son estados bipolares, pues la indagación sobre un hecho puede arrojar como resultado que la hipótesis existe, ciertamente, o que no existe, con idéntica certeza, que el hecho es probable o, al contrario, que es improbable. Designamos como certeza o probabilidad positivas a aquella posición subjetiva del sujeto cognoscente que confirma la hipótesis a averiguar o tiende a esa confirmación, según el grado de conocimiento alcanzado. La duda, en cambio, por definición, representa un estado neutro, sin salida posible. Pues expresa el fracaso absoluto del intento por conocer, la imposibilidad de emitir un juicio de certeza o probabilidad, positivo o negativo, sobre la hipótesis objeto de la averiguación.

La sentencia condenatoria, por ejemplo, requiere la certeza positiva sobre todos los elementos de la imputación que en ella se afirman para fundarla. La sentencia absolutoria, por el contrario, se satisface con cualquier posición subjetiva respecto de la verdad que no sea la certeza positiva (certeza negativa, probabilidad positiva o negativa y la duda en sentido estricto). En ocasiones la ley no se refiere a estas posiciones subjetivas, en sentido estricto, ni coincide con estas nomenclaturas. El ejemplo académico lo constituye el principio *in dubio pro reo*, que no menta la duda en el sentido de las categorías estudiadas, sino que, según ya se advirtió, traduce la falta de certeza positiva sobre la imputación (duda lata): “duda y probabilidad excluyen la certeza sobre la culpabilidad del acusado, necesaria para condenar”.

Una cosa es la fundamentación de los hechos, es decir fundamentar porqué el Tribunal considera que tales o cuales hechos han sido acreditados, y otra es fundamentar por qué la acreditación de tales hechos lleva a la aplicación de un precepto normativo en concreto. Con respecto a esto, la falta de análisis de todos los elementos que conforman el tipo objetivo de HOMICIDIO CULPOSO, o la mera afirmación de su existencia en la Sentencia Definitiva de 1ª Instancia, no sirven como fundamentación de los preceptos jurídicos aplicables, y por tanto en este caso se han violado los principios consagrados en los artículos antes citados, dictándose por tanto una sentencia arbitraria.

El art. 107 requiere que el Tribunal “forme” o “construya” el tipo penal, porque la descripción legal de la acción típica es incompleta ya que ópticamente es imposible que el legislador prevea todas las formas de causación imprudente de resultados disvaliosos. Por ello la tarea esencial del Tribunal es “cerrar” el tipo mediante una subsunción correcta de los hechos que determinen una calificación de una acción como “descuidada” con relación al bien jurídico: Vida.

Un tratamiento médico cumple con los presupuestos del tipo penal del art. 107 (homicidio culposo) cuando el médico ha actuado violando objetivamente las normas de cuidado que su ámbito profesional le impone, y en base a esta violación la causación del resultado —es decir la muerte del paciente—, le es objetivamente imputable.

Violación de una norma de cuidado = creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

En lo que respecta al primer presupuesto: violación objetiva de las normas de cuidado, se observa principalmente una falta de concreción del complejo de normas



referida al estándar de la medicina. En este sentido, un médico solo puede actuar anti normativamente cuando ha realizado una acción prohibida según el tratamiento estándar, que en la medicina en general, o según las especialidades, se espera que despliegue; es decir según una expectativa de conducta. Esta comparación solo se refiere a los medios y no a los resultados del tratamiento.

Un tratamiento médico por lo general cuenta con el riesgo de efectos colaterales indeseables. La medicina al ser una ciencia biológica, se tiene que lo máximo exigible al médico es el despliegue de los medios adecuados. Esta concreción debe realizarse según una consideración *ex ante*, es decir al momento de la realización del acto médico. Lo que es permitido o prohibido, no puede juzgarse *ex post*.

Una conducta es prohibida (negligente, imprudente, o por impericia) cuando lesiona el estándar de requerimientos del sistema de asistencia a la salud. El estándar se compone de reglas escritas y empíricas desarrollado por la praxis médica, que son corregidas y completadas por las ciencias médicas.

La imputación objetiva del resultado = la realización del riesgo creado en la producción del resultado.

Como el tipo penal del art. 107 CP es un hecho punible de resultado se requiere que exista una conexión causal entre la acción prohibida o descuidada con el resultado muerte. Es decir, la violación de una norma de cuidado como tal no es suficiente para establecer una punibilidad.

Para esta relación de causalidad no basta por sí sola meros criterios fácticos de causa y efecto, sino se requiere puntos de referencias normativos. En términos dogmáticos: no es suficiente la denominada *conditio sine qua non*, porque su única aplicación –sin tener en cuenta correctivos normativos- produce un *regressus ad infinitum* que viola el principio constitucional de reconocimiento de la dignidad de la persona y del Art. 20 de la Constitución que dispone que la pena es la *ultima ratio* de la responsabilidad.

La aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non* es inadmisibles para este caso, porque no discrimina cuál ha sido la condición que configura la causa de la muerte. De manera simplista y para evitar problemas tanto fácticos como probatorios, el Tribunal utilizándola “mete en una sola bolsa” todas las condiciones que podrían ser causa. De esta forma se ha ampliado exageradamente el ámbito de responsabilidad.

Esto es así porque la *conditio sine qua non* supone una construcción mental imaginaria y como tal hipotética. El Tribunal se ha servido de ella y no ha individualizado la causa del resultado muerte, sino que se ha contentado con una causalidad genérica, es decir ha presumido reglas causales, y no ha exigido la demostración de la causalidad concreta en base a criterios normativos, en este caso concreto.

La médica de Urgencias no ha creado ningún riesgo jurídicamente desaprobado, por ende, al no haber ese riesgo, el resultado muerte no puede ser obra de su actuación. Muy por el contrario, mediante una perspectiva *ex ante* y según un observador objetivo, la misma ha efectuado un acto médico que conforme a las reglas estándares de la medicina era correcto. Por lo tanto, no hay violación de una norma de cuidado. Es decir, ella ha actuado conforme con las expectativas de comportamiento médico adecuado para salvar vidas, y no para causar la muerte. Por su parte, según las probanzas categóricas obrantes en autos, la médica de la UTI no pudo haber colocado mal el catéter, puesto que de haber sido así, el cuadro clínico de la paciente hubiera reflejado otros índices.

La violación del principio *in dubio pro reo* también constituye una lesión contra el derecho material. El tribunal ha conculcado este principio ya que ha actuado en contra del *in dubio pro reo*, al subsumir –arbitrariamente y sin fundamento lógico ni razonable– los hechos bajo los elementos del tipo. Los tribunales presumen circunstancias fácticas y leyes causales puesto que inadmisiblemente utilizan en contra de la doctora de Urgencias la doctrina denominada de los “cursos causales hipotéticos” como el único regulador punitivo.

Contra esto cabe afirmar que al derecho penal solo le importa aquello que efectivamente ha ocurrido, y no lo que hubiera podido pasar; de lo contrario la determinación de la punibilidad de una persona dependería de factores del azar. El Tribunal presume que al realizar el acto médico de diagnóstico y prescripción primaria se ha desencadenado una cadena causal que ha finalizado con la muerte de la paciente; ampliando incluso la punibilidad con la conducta desplegada por la segunda profesional juzgada, desoyendo las probanzas que impiden juzgar con certeza absoluta respecto a lo que a ella le cupo practicar.



LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

*Análisis del Caso Venoklim vs. República Bolivariana
de Venezuela Tramitado ante el CIADI*

*The doctrine of lifting the corporate veil in
International Law*

*Analysis of the Venoklim vs. Case Bolivarian Repub-
lic of Venezuela Processed before the ICSID*

FERNANDO ANDRÉS BECONI ORTIZ ¹

RESUMEN

Fue en el 2008 que en el seno del arbitraje internacional comienza a abrirse paso una nueva tendencia. De acuerdo con esta tendencia, los árbitros deben buscar la fuente real del control de las personas jurídicas (empresas) que demandan a Estados receptores de una inversión, al menos cuando tienen la misma nacionalidad del Estado parte en el marco del diferendo.

Cuando la persona jurídica que invierte la nacionalidad de un Estado distinto al Estado vinculado en la controversia, invocar el recurso de la doctrina del

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas, con Calificación "CUM LAUDE", por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Abogado y Escribano egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Post-Grado en el Curso de Maestría en Ciencias Jurídicas en el Área de Derecho Civil y Comercial. Profesor de las asignaturas Derecho Mercantil I y II, Derecho Civil Obligaciones. Profesor visitante de Grado y Post-Grado ante las Facultades de Derecho de La Universidad de Granada (España), Universidad de Bolonia y de Trento (Italia), Universidad de Buenos Aires (Argentina), Río De Janeiro (Brasil). Profesor en el Instituto de Altos Estudios Estratégicos. Ministerio de Defensa Nacional.



levantamiento del velo societario, es decir, el control del mismo, es viable, por cuanto que permite determinar si la persona jurídica que aparece como nacional de otro Estado no está controlada por nacionales del Estado parte al diferendo o, si se quiere, del Estado receptor de la inversión.

La práctica de tribunales arbitrales aun se ha sedimentado. En el caso *Aucoven contra Venezuela*² se constató que la persona jurídica se encontraba bajo control extranjero. Esto es, de toda evidencia, el primer paso o “primera capa” para proceder luego al levantamiento o no del velo societario.

Sin embargo, el tribunal luego de correr la “primera capa” se negó a correr la “segunda capa” del velo societario que permitiría develar si la sociedad controladora posee o no la nacionalidad del Estado parte al diferendo³ o proceder a investigar la nacionalidad de las personas físicas beneficiarias finales de la sociedad controladora.

Dentro del espectro de instrumentos jurídicos internacionales y del Derecho Internacional, trataremos el tema de la doctrina del velo societario en la práctica de interpretación y aplicación de normas.

Palabras clave: *velo societario, tratado, control, mayoría accionaria.*

ABSTRACT

It was in 2008 that a new trend began to emerge in international arbitration. According to this trend, arbitrators must seek the real source of control of legal entities (companies) that sue States that are recipients of an investment, at least when they have the same nationality as the State party in the dispute.

² CIADI - Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (“Aucoven”), c República Bolivariana de Venezuela, Caso N° ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2001.

³ Dijo el tribunal al respecto: “En vista del acuerdo de las partes respecto de ese criterio para determinar el control, no existen motivos para que el Tribunal analice otros criterios (por ejemplo, la nacionalidad de los miembros del Consejo de Administración, la frecuencia de las visitas de los miembros del Consejo de Administración del accionista directo, la frecuencia de la “supervisión” de las actividades de Aucoven, el apoyo financiero, etc.), aunque esos criterios pudieran ser pertinentes en otras circunstancias”. Aucoven, Op. cit., párr. 65.

When the legal entity that invests the nationality of a State other than the State involved in the dispute, invoking the recourse to the doctrine of lifting the corporate veil, that is, controlling it, is viable, as it allows determining whether the person Legal status that appears as a national of another State is not controlled by nationals of the State party to the dispute or, if you like, of the State receiving the investment.

The practice of arbitral tribunals has been settled. In the Aucoven case against Venezuela, it was found that the legal entity was under foreign control. This is, of all evidence, the first step or “first layer” to proceed then to the lifting or not of the corporate veil.

However, the court after running the “first layer” refused to run the “second layer” of the corporate veil that would reveal whether the holding company has the nationality of the State party to the dispute or to investigate the nationality of the parties. the final beneficiaries of the controlling company.

Within the spectrum of international legal instruments and international law, we will address the issue of the corporate veil doctrine in the practice of interpretation and application of standards.

Keywords: *corporate veil, treaty, control, majority action.*

Sumario. 1. La disposición normativa internacional. La nacionalidad de las personas jurídicas.- 2. Tratados.- 3. Criterios de incorporación y control.- 4. La justificación de la doctrina del levantamiento del velo.- 5. La práctica arbitral de interpretación.- 6. Efecto del control.

La disposición normativa internacional. La nacionalidad de las personas jurídicas

El Convenio de Washington de 1965, por el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de diferendos relativos a las inversiones dice:



“Artículo 25

1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y **el nacional de otro Estado** Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: ...

(b) Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a **control extranjero**”.

Tratados

Lo primero a señalar es que estamos ante un tratado. Acorde con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, contenida en el artículo 2.1 a) un tratado es “...*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*; ...”.

De la misma manera, la cuestión referente a la nacionalidad o control de las personas jurídicas está contenida en los más de cuatro mil tratados sobre inversiones concluidos por los Estados. A título ilustrativo: el artículo 1 del Tratado sobre Promoción y protección recíproca de las inversiones, Austria- Paraguay contiene la siguiente disposición:

“(2) la expresión “inversionista” significa con respecto a la República del Paraguay:

a) Toda persona física que sea ciudadana de la República del Paraguay de acuerdo con la legislación de la República del Paraguay y haga una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante; y,

b) Toda **persona jurídica**, constituida de acuerdo con la legislación de la República del Paraguay, que tenga su sede en el territorio de la República del Paraguay y que realice una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante;

Con respecto a la República de Austria:

a) Toda persona física que sea ciudadana de la República de Austria y que realice una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante; y,

b) Toda persona jurídica o sociedad constituida *de acuerdo con la legislación de la República de Austria*, que tenga su sede en el territorio de la República de Austria y que realice una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante”.

Notemos que en esta disposición no aparece el criterio de control directo o indirecto *de la sociedad: se limita a utilizar la expresión “toda persona jurídica”*. En lo que respecta al inversionista extranjero, la persona jurídica austriaca que invierta en Paraguay, debe estar constituida acorde con los requisitos de la ley austriaca y que además tenga su sede en Austria.

El criterio definitorio de la sociedad es ante todo la normativa interna de cada uno de los Estados signatarios. Luego aparece el criterio de “**sede**” agregando el tercero que es el **acto de inversión**, la inversión internacional realizada en el territorio del otro Estado Parte.

El artículo 1 tratado Holanda- Paraguay dice lo siguiente:

“Para los fines del presente Acuerdo: ...

b) El término “nacionales” comprenderá, con relación a cada Parte Contratante:

i) A las personas naturales que tengan la nacionalidad de esa Parte Contratante;

ii) A las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante; y,

iii) A las personas jurídicas no constituidas de conformidad con el derecho de esa Parte Contratante pero controladas directa o indirectamente por personas naturales definidas en i) o por personas jurídicas definidas en ii)”.

En este acuerdo internacional, a diferencia del anterior, aparece la noción de control en sus dos vertientes: directa o indirectamente. Esta disposición es agregada al primer criterio retenido que es la legislación interna de una de las Partes.



El control directo o indirecto, en este caso, implicaría que la sociedad o persona jurídica, no necesariamente debe estar constituida acorde con las formalidades y requisitos de fondo de la normativa interna, sino que también, en el momento de definir la nacionalidad, entra a jugar el criterio de control. Esto quiere decir, *prima facie*, que una sociedad que no sea holandesa pero que tenga el control directo o indirecto de la sociedad, cae bajo el tratado y la protección jurídica brindada por el mismo. Esto incluye las inversiones efectuadas por intermedio de filiales de sociedades de una de las Partes, dondequiera que se encuentren situadas, incluso si esa situación se da en el territorio de un Estado No Parte⁴.

El tema del control y nacionalidad pueden coincidir en ciertos casos. Así, el tribunal arbitral puede proceder a determinar si la sociedad o persona jurídica está verdaderamente sometida a “control extranjero” o si estaba, directa o indirectamente, en manos de nacionales del Estado receptor. En otras palabras, si teniendo la nacionalidad de un Estado distinto- se entiende Parte al tratado- aparece, *prima facie*, como un inversionista extranjero, mientras que, en realidad, los propietarios son nacionales del Estado receptor de la inversión.

Tenemos así dos criterios principales. El primero, la nacionalidad de la persona jurídica. El segundo, la noción de control directo o indirecto.

Entonces es casi inevitable preguntarse: ¿es suficiente que nacionales de los Estados no Contratantes o incluso del Estado receptor constituyan una empresa por conveniencia en un Estado Contratante para crear la apariencia de un control extranjero legítimo?

Con la citación de algunas disposiciones, ya podemos perfilar la complejidad del problema. Además, nos permite tomar conciencia de toda la problemática que conlleva la interpretación del contenido y campo de aplicación de estas normas jurídicas.

Lo primero que todo tribunal debe hacer es recurrir al texto de los acuerdos para responder a la cuestión de saber si la disposición de un tratado o sus disposiciones, determina los criterios de nacionalidad o en su caso, si una sociedad está controlada

⁴ . Cf. CIADI- AFRICAN HOLDING COMPANY OF AMERICA, INC ET SOCIÉTÉ AFRICAINE DE CONSTRUCTION AU CONGO S.A.R.L. et RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO, Affaire CIRDI N° ARB/05/21, 29 juillet 2008, párr. 91.

directa o indirectamente por otra persona jurídica. Para ello, el texto del tratado es elemento esencial.

En materia de interpretación⁵ de las disposiciones convencionales, todo tribunal arbitral internacional tiene a su disposición las disposiciones de la CVDT de 1969, en particular los artículos 31 y 32.

En consecuencia, el campo en el que analizamos el tema, es el campo convencional interestatal y la interpretación, acorde con las normas consuetudinarias consagradas en el Derecho de los Tratados.

En esa interpretación, en el ejercicio de sus competencias, están los tribunales arbitrales internacionales, que, si bien sus interpretaciones no hacen jurisprudencia, sirven como elemento referencial en tanto que práctica y, en particular, práctica de interpretación.

Seguidamente procederemos a realizar un breve análisis de la disposición del Convenio de Washington de 1965.

⁵ “Según la doctrina prevaleciente, a la hora de interpretar los TBIs, “es el tratado el que se debe interpretar; son los términos cuyo significado común debe ser el punto de partida; el contexto modera la selección de ese significado y el proceso que está más inspirado por el objeto y el propósito del tratado”.

160. Cuando el texto del tratado es lo suficientemente claro, no cabe recurrir a ninguna ‘regla de interpretación’ adicional. Es cierto que rara vez se observan tratados cuyas disposiciones no podrían eventualmente ser consideradas ambiguas en su aplicación a determinadas circunstancias de un caso en particular. Por ello, los términos de un tratado deben ser interpretados en su sentido más común, salvo que tal sentido sea incompatible con el espíritu y el contexto de la cláusula o instrumento en el cual las palabras están contenidas, y a la luz del objeto y propósito del tratado”. contexto de la cláusula o instrumento en el cual las palabras están contenidas, y a la luz del objeto y propósito del tratado o contexto de la cláusula o instrumento en el cual las palabras están contenidas y a la luz del objeto y propósito del tratado”. SERAFÍN GARCÍA ARMAS, KARINA GARCÍA GRUBER y REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA, Caso CPA N° 2013-3, Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 160-161.



Criterios de incorporación y control

Según se desprende de la norma citada, son dos los eventos que se regulan en materia de personas jurídicas: **de un lado**, personas jurídicas extranjeras al Estado receptor de la inversión, pero nacionales de un Estado contratante y, **de otro lado**, personas jurídicas nacionales del Estado receptor de la inversión.

Observemos **primero** que la primera cláusula del Artículo 25(2)(b) sólo menciona la “nacionalidad” del Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia.

En otras palabras, utiliza como criterio el concepto jurídico formal de nacionalidad, que, en el caso de las personas jurídicas, se determina mediante uno de los dos criterios generalmente aceptados: el lugar de constitución o la sede social de la empresa (*siège social*)⁶.

Aquí no se hace referencia al “control”, sea extranjero o no, ni se hace alusión a “correr el velo societario” o ir más allá de dicha nacionalidad.

Si analizamos la segunda cláusula del Artículo 25 (2) (b), la disposición indica que la situación es bastante diferente.

En efecto, el texto permite que las partes acuerden levantar el velo societario, pero sólo “por estar sometidas a control extranjero”, lo cual justifica, y a la vez condiciona, la aplicación de la excepción del levantamiento del velo societario.

Aunque el texto se refiere a personas jurídicas que tienen la nacionalidad del Estado receptor y que las partes acordaron tratar como nacionales de otro Estado Contratante “por estar sometidas a control extranjero”, se debe probar objetivamente la existencia y materialidad de dicho control extranjero.

⁶ La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles dispone en el Artículo 2º cuanto sigue: “*La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rigen por la ley del lugar de su constitución. Por “ley del lugar de su constitución” se entiende la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades*”.

En este sentido, la disposición general reconoce la amplia libertad que tienen los Estados, como sujetos soberanos, para definir quiénes son y quiénes no son sus nacionales⁷.

En la práctica, los criterios más utilizados para definir la **nacionalidad de las personas jurídicas** son el criterio de la incorporación y el criterio de la sede social, los cuales han sido reconocidos por distintos arbitrajes ante el Centro de Arreglo de Diferendos Relativos a las Inversiones (CIADI) como criterios razonables⁸.

⁷ Como lo señaló un tribunal: “los encargados de redactar el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI se abstuvieron deliberadamente de definir la expresión “control extranjero” con el fin de otorgar amplias facultades a las partes para que ellas proporcionaran una definición (A. Broches: The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Recueil des Cours, (1972-II) (Venezuela, Fuentes documentales, Anexo 12). En síntesis, resolvieron las dificultades relativas a la definición reconociendo que las partes tenían autonomía para convenir los criterios que utilizarían para determinar el control extranjero”. CIADI- Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. (“Aucoven”), c República Bolivariana de Venezuela, Caso N° ARB/00/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2001, párr. 61.

⁸ Ver, CIADI- Autopista Concesionada de Venezuela, Aucoven vs. República Bolivariana de Venezuela, *Op. Cit.* En el caso Aucoven, el tribunal no aplicó la doctrina del levantamiento del velo societario. El fundamento para no hacerlo que el siguiente: “*El acuerdo (entre Venezuela y Aucoven) incluido en la Cláusula 64 es razonable: las partes establecieron que “control” significaba “control directo” y utilizaron el criterio tradicional de la titularidad de las acciones para determinar el control. Efectivamente, como se desprende claramente de los dos casos más importantes que se ocupan en ciertos pasajes de control extranjero (nos referimos a Amco (Venezuela, Fuentes documentales, Anexo 1) y SOABI (Venezuela, Fuentes documentales, No. 8), si bien existen fundamentos para afirmar que el control directo no es el único medio que permite determinar el control en virtud del Artículo 25(2)(b), también es indudable que el control directo es un método razonable para determinar el control que está a disposición de las partes que suscribieron una cláusula de arbitraje CIADI. . . . En vista del acuerdo de las partes respecto de ese criterio para determinar el control, no existen motivos para que el Tribunal analice otros criterios (por ejemplo, la nacionalidad de los miembros del Consejo de Administración, la frecuencia de las visitas de los miembros del Consejo de Administración del accionista directo, la frecuencia de la “supervisión” de las actividades de Aucoven, el apoyo financiero, etc.), aunque esos criterios pudieran ser pertinentes en otras circunstancias*”. Párrs. 64-65.



En cuanto a la interpretación que pueda hacer del criterio “nacional” formulado en el artículo 25 del Convenio, existen dos alternativas:

La primera, que el tribunal se ciña estrictamente al criterio formal enunciado por la disposición citada. En otras palabras, una interpretación literal del texto.

La segunda, superar el marco de interpretación formal y proceder a analizar si la nacionalidad formal (bajo la cual actúa u opera la empresa) oculta una sociedad controlada, directa o indirectamente, por personas de la misma nacionalidad del Estado receptor.

Segundo, el Convenio tampoco define el término **control**, el cual se utiliza en este contexto para otorgarle a una persona jurídica nacional del Estado receptor de la inversión, la nacionalidad de otro Estado con el fin de permitir su acceso al CIADI.

Se ha entendido para estos efectos que la nacionalidad de la persona jurídica será la misma de las personas que tienen su **control**, circunstancia que generalmente se define en función de la nacionalidad de quien ostente la **mayoría accionaria**⁹, aunque el Convenio no indica si sólo se determina de esta manera o también según la nacionalidad de los directores de la persona jurídica, o la nacionalidad de quienes poseen el **control efectivo** de la compañía por medio de otras operaciones económicas.

En tal sentido, corresponde a los Estados definir la forma como opera el criterio del control en cada caso concreto¹⁰.

Del análisis de la disposición contenida en el artículo 25 se desprende que el control está referido a los casos en los cuales la persona jurídica parte en el procedimiento tiene la nacionalidad del Estado contraparte o si se quiere del Estado origen de la inversión. En el CIADI se ha planteado en distintos asuntos y procedimientos:

- a) que también debe hacerse **uso del control** para definir el verdadero propietario de las personas jurídicas nacionales de los otros Estados contratantes, y
- b) que el ejercicio del **control** implica correr el velo societario hasta la determinación final del verdadero controlante de la persona jurídica, esto es, ir más allá del

⁹ . Conocido en doctrina como control directo. Véase *Aucoven c. Venezuela*, párr. 64.

¹⁰ Véase, *CIADI- Tokios Tokenes v. Ukraine*. Caso ARB/02/18, Decisión sobre jurisdicción (29 de abril, 2004).

primer nivel de accionistas con el fin de determinar si la controversia vincula en realidad a una parte extranjera al Estado contraparte y evitar de esta forma abusos en la utilización del sistema.

La pregunta con respecto a si se debe correr o levantar el velo societario por aplicación del Artículo 25 (2) (b) del Convenio del CIADI, o en qué medida debe hacerse, se presenta de diferentes maneras y tiene diversas soluciones que dependen de si el caso se encuentra dentro de la esfera de aplicación de la primera o de la segunda cláusula de la disposición en cuestión¹¹.

La justificación de la doctrina del levantamiento del velo societario

En casos excepcionales se recurre a la llamada *técnica del levantamiento del velo* societario para mirar la conducta de las personas que se encuentran detrás de una construcción jurídica conocida como personalidad de la sociedad.

Los motivos para correr el velo societario hasta llegar a la verdadera fuente de control tienen, *a fortiori*, más peso a la luz de la segunda cláusula del Artículo 25 (2) (b) del Convenio de Washington, al alegar que el **máximo control está en manos de nacionales del Estado receptor**, cuya **nacionalidad formal** es la misma de la empresa que demanda al Estado receptor ante un tribunal arbitral internacional.

No basta, por tanto, con la existencia de una sociedad o persona jurídica, ni tampoco con algunos elementos que *a priori* pudieran resultar controvertidos (la existencia de un grupo de sociedades, la unipersonalidad de alguna de ellas, etc.): la constitución de varias sociedades que integren un mismo grupo, por ejemplo, no es en sí misma un abuso de derecho.

Todo ello es perfectamente lícito y, por tanto, sólo cabe apelar al levantamiento del velo cuando el tribunal aprecie una **intención fraudulenta**, un uso abusivo de todas esas herramientas jurídicas, válidas y legítimas, que todo ordenamiento jurídico pone a disposición de las empresas.

Si no se aprecia que exista fraude alguno, los tribunales rechazan acertadamente que se aplique esta doctrina.

¹¹ Cf. CIADI - TSA Spectrum De ArgenTINA S.A. c. República Argentina, Caso N° ARB/05/5, 19 de diciembre de 2008.



Por el contrario, será perfectamente aplicable cuando concurren los requisitos para apreciar ese posible fraude. Entre los requisitos:

- a) Control de varias sociedades por parte de una misma persona,
- b) Operaciones vinculadas entre dichas sociedades, y
- c) Carencia de justificación económica y jurídica de dichas operaciones.

Cuando se aprecia este tipo de situaciones, en que las operaciones intra-grupo no obedecen a ninguna otra finalidad que la defraudatoria, desviando por ejemplo los fondos de la sociedad que tiene deudas hacia otra que no las tiene, con evidente perjuicio para los acreedores de la primera, los tribunales aplican la doctrina del levantamiento del velo, dejando de este modo sin efecto esos negocios aparentes que han constituido el abuso.

Esta misma situación defraudatoria puede plantearse en el campo de las inversiones internacionales donde la empresa, por medio de un tratado, entra en relación contractual con el Estado receptor.

Concluyó al respecto un tribunal arbitral:

“No sería coherente con el texto si se le ordenara al tribunal, al establecer si hay control extranjero, que corra el velo societario de la empresa nacional del Estado receptor y que se detenga en la segunda capa del velo societario, en lugar de realizar una *identificación objetiva del control extranjero* hasta llegar a su fuente real, utilizando el mismo criterio con el que comenzó”¹².

Lo que el tribunal dice es que una vez iniciada la operación de la determinación del control (directo o indirecto), no puede limitarse a esa constatación, sino que se impone continuar la operación hasta determinar a su turno, ***cuál es la nacionalidad objetiva o efectiva de la empresa, y en consecuencia, quienes detienen el control real u objetivo.***

El tribunal pues, descarta una interpretación formal del criterio de nacionalidad así como una interpretación formalista del control, tal cual aparece en la disposición del Convenio de Washington.

¹² TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina, op. cit., párr. 147.

La práctica arbitral de interpretación

Para el análisis de este otro aspecto, tomamos como referencia el caso Venoklin contra Venezuela, decisión del año 2015¹³.

Venoklin es una compañía registrada según las leyes de Holanda. Venoklin es una sociedad incorporada y existente conforme a las leyes holandesas, de nacionalidad holandesa, en calidad de sociedad matriz y accionista mayoritaria de las siguientes empresas mercantiles venezolanas: LUBRICANTES VENOCO INTERNACIONAL, C.A. (Lubricantes Venoco); ADITIVOS ORINOCO DE VENEZUELA, ADINOVEN, C.A. (ADINOVEN); SERVICIOS TÉCNICO ADMINISTRATIVOS VENOCO, C.A. (Servicios Venoco); C.A. NACIONAL DE GRASAS LUBRICANTES (CANGL) y QUÍMICA VENOCO, C.A. (Química Venoco).

El debate en la etapa de objeciones a la jurisdicción se centró sobre el hecho de saber si, Venoklin es un inversionista internacional, protegido por un tratado sobre inversiones, si podía reclamar la protección jurídica y, en consecuencia, conforme a la disposición del tratado, reclamar la solución de una controversia ante el CIADI.

Venezuela argumentó que Venoklin no es una inversionista internacional pues está **controlada final y efectivamente** por nacionales venezolanos¹⁴.

¹³ CIADI - Venoklin Holding B.V. c. República Bolivariana de Venezuela, Caso N° ARB/12/22, 3 de abril de 2015.

¹⁴ En igual tenor, la República Argentina argumentó en el caso TSA cuanto sigue: "... que TSA no cumple con las condiciones establecidas en el Artículo 25 (2) (b) del Convenio del CIADI para ser tratada como un nacional de los Países Bajos, dado que, según surge de los datos proporcionados por TSA, en todas las fechas críticas posibles (la presentación de la solicitud de arbitraje, el consentimiento a la jurisdicción, el origen de la diferencia), TSI estaba controlada por un nacional argentino, Jorge Justo Neuss, quien poseía, directa o indirectamente, la mayor parte del capital accionario —empezó teniendo el 51% hasta llegar, a lo largo del tiempo, a poseer casi la totalidad de las acciones. Por lo tanto, TSA no se encontraba sometida al control extranjero y no se la puede tratar como "nacional de otro Estado Contratante". En consecuencia, se debe desestimar el caso por falta de jurisdicción". Por su parte, el demandante, TSA desarrolló el siguiente argumento: "... que TSA poseía la totalidad de las acciones de TSA y que TSI está constituida según las leyes de los Países Bajos, donde tiene su domicilio. Por lo tanto, TSA cumple con el criterio establecido en el Protocolo y en el Artículo 25 (2) (b) del Convenio, dado que las partes acordaron en el TBI que TSA —



Para Venezuela, ninguna de las normas invocadas por la Demandante en este arbitraje (la Ley de Inversiones, el Tratado holandés y el Convenio CIADI) les permite a los nacionales venezolanos actuar en contra de sus propios Estados ante el CIADI¹⁵.

Acorde con el desarrollo argumentario jurídico de Venezuela el criterio a utilizar es el del **control efectivo**, según el cual resulta evidente que las acciones de la Demandante pertenecen en definitiva a la compañía Industrias Venoco, C.A., de nacionalidad venezolana.

En consecuencia, Venoklim no cumple, según Venezuela, con los requisitos del Artículo 25 (1) del Convenio CIADI, el cual requiere que el Estado Contratante demandado y el inversionista extranjero sean de nacionalidades diferentes ni los del Artículo 1 (b) del Tratado holandés¹⁶.

Venoklim por su parte, argumentó que el Tratado holandés, prima sobre cualquier norma de derecho interno¹⁷ y por lo tanto debe ser aplicado por este Tribunal para determinar su competencia¹⁸. Así, según Venoklim, los requisitos para demostrar la nacionalidad del inversionista de conformidad con el Tratado holandés se encuentran suficientemente probados, toda vez que el criterio a seguir es el de la **incorporación** y no el del control efectivo¹⁹.

Por el criterio de incorporación la ley interna de Holanda permite identificar a Venoklim como un nacional de esos país.

En último caso, según Venoklim, para que el criterio del control efectivo prime sobre el de la incorporación sería necesario que el Tratado holandés incluyera una disposición específica sobre el particular, cosa que no ocurre²⁰.

debido a que TSI está constituida en los Países Bajos y posee el 100% del capital de TSA – debe ser tratada como un nacional de los Países Bajos”. TSA, Op. cit., párrs. 160-161.

¹⁵ Venoklim, Op. cit., párr. 131.

¹⁶ Venoklim, Op. cit., párr. 133.

¹⁷ La Ley de inversiones, según Venoklim, incorpora al tratado bilateral.

¹⁸ Op. cit., párr. 134.

¹⁹ Op. cit., párr. 135.

²⁰ Op. cit., párr. 137.

Del desarrollo de los argumentos, dos figuras aparecen; control efectivo y elemento de incorporación. En esta perspectiva, dos instrumentos jurídicos deben ser analizados por el tribunal: el Convenio de Washington de 1965 y el tratado Venezuela- Holanda en relación a la nacionalidad.

El tribunal primeramente procede a realizar un análisis minucioso de la organización de Venoklim, realizando, *prima facie*, de esta manera la operación de levantamiento del velo sociedad, bajo el criterio de control efectivo²¹.

El tribunal demostró un interés particular sobre el hecho de determinar quien, en última instancia, la controlaba y podría ser considerado como su propietario y no se limitó al análisis formal de la figura de incorporación, es decir, abordar el tema no sólo a partir de la determinación de dónde se encontraba incorporada²².

Concluyó que Venoklim es una compañía con sede en Rijkstraatweg 104, Voorst, Países Bajos, organizada en la forma societaria de responsabilidad limitada de acuerdo con las leyes holandesas.

El 100% de sus cuotas sociales pertenece a la compañía International Petrokemiklim AB, con sede en Suecia, la cual a su vez está controlada por la sociedad Industrias Venoco, C.A., de nacionalidad venezolana; propietaria del 100% de las acciones de la compañía sueca; el 69,96% de las acciones de esta última pertenecen a Inversora Petroklím, C.A., también venezolana.

El tribunal ante el desconocimiento de la nacionalidad y la distribución del capital accionario de Inversora Petroklím, C.A., la última persona jurídica que figura en la “cadena corporativa” de Venoklim, solicitó a las Partes información adicional sobre esta última empresa²³.

Se comprobó que Petroklím “...es una sociedad mercantil venezolana cuyas acciones pertenecen en su totalidad a los Sres. Franklin Durán Guerrero (propietario del

²¹ En el caso *Aguas del Tunari c. la República de Bolivia*, el tribunal arbitral se negó a correr el velo societario más allá de la primera capa o del primer escalón de la escalera societaria, según la cual la sociedad tendría la nacionalidad del Estado receptor. Véase, CIADI- Decisión sobre jurisdicción, Case No. ARB/02/03, 21 th October 2005.

²² *Venoklim*, Op. cit., 143.

²³ *Venoklim*, Op. cit., 144.

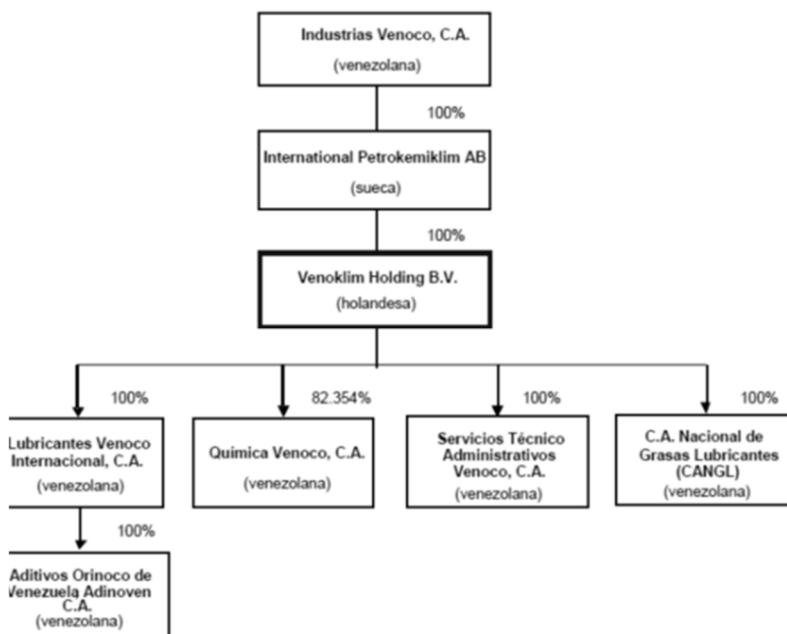


99% de las acciones) y Carlos Eduardo Kauffman Ramírez (dueño del 1% de las acciones), ambos nacionales venezolanos”²⁴.

En conexión con la organización societaria, se demostró que, desde el 2006, Ricardo Francisco Barreto Muskus, de nacionalidad venezolana, es el Presidente de Industrias Venoco, C.A. y también miembro del Consejo Directivo de Venoklim desde el 2008 y Presidente de la empresa sueca que controla a Venoklim: International Petrokemiklim AB. Ricardo Francisco Barreto Muskus también es el Presidente de cuatro de las filiales de Venoklim: Lubricantes Venoco, ADINOVEN, Servicios Venoco y CANGL; además, es Director de Química Venoco, la quinta filial de Venoklim²⁵.

Aquí podemos notar la complejidad que envuelve a la organización interna de una sociedad nacional. Las corporaciones transnacionales, poseen una trama aún más compleja y complicada.

Para mejor entender este entramado, lo graficamos del siguiente modo:



²⁴ Venoklim, Op. cit., 145.

²⁵ Venoklim, Op. cit., 146.

El rigor con que el tribunal analizó el tema lo llevó a evidenciar que "...la compañía venezolana Industrias Venoco CA que controla Venoklim esta a su vez efectivamente controlada por la compañía venezolana Inversora Petroklím, C.A., cuyas acciones pertenecen a los nacionales venezolanos Sr. Franklin Durán Guerrero (propietario del 99% de las acciones) y Sr. Carlos Eduardo Kauffman Ramírez (dueño del 1% restante) (ver párrafos n° 144 a 146). Así, Inversora Petroklím es la propietaria real de las filiales venezolanas de Venoklim: Lubricantes Venoco Internacional, C.A. (Lubricantes Venoco) y su filial Aditivos Orinoco de Venezuela, Adinoven, C.A. (ADINOVEN), Servicios Técnico Administrativos Venoco, C.A. (Servicios Venoco), C.A. Nacional de Grasas Lubricantes (CANGL) y Química Venoco, C.A. (Química Venoco)²⁶."

"Ante esta realidad, Venoklim no puede ser tratada como una inversionista internacional ... lo que significa que no puede fundar su solicitud de arbitraje... aplicable únicamente a inversionistas extranjeros.... tampoco puede otorgársele la protección del Tratado holandés...²⁷, aseveró el tribunal²⁸.

Termina afirmando que "... en vista de que el Tratado holandés no puede ser aplicado en este caso, el Tribunal encuentra inútil abundar en los criterios establecidos en dicho Tratado para determinar la nacionalidad del inversionista que pretenda beneficiarse de la protección que él confiere"²⁹.

Para el tribunal es evidente que el principio rector de la jurisdicción *ratione personae* del CIADI, en lo que concierne al inversionista, busca evitar que nacionales actúen contra sus propios Estados y busca permitir que personas jurídicas nacionales

²⁶ Venoklim, Op. cit., párr. 148.

²⁷ Venoklim, Op. cit., párr. 148.

²⁸ A la misma conclusión llegó el tribunal en el caso TSA c. República Argentina: "por lo tanto, la única conclusión que se puede sacar de la información y las pruebas con las que cuenta en Tribunal es que el último titular de TSA a la fecha en la que se prestó consentimiento era el ciudadano argentino Jorge Justo Neuss. En consecuencia, *independientemente de qué interpretación se le dé al TBI celebrado entre la Argentina y los Países Bajos y su Protocolo, no se puede tratar a TSA, según el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI, como un nacional de los Países Bajos* debido a que no hay "control extranjero". Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje no tiene jurisdicción para evaluar las reclamaciones de TSA". Op. Cit., párr. 162. En otras palabras, si hubiera habido control extranjero, el CIADI podía declararse competente.

²⁹ Venoklim, Op. cit., párr. 148.



controladas por extranjeros tengan la oportunidad de arbitrar sus controversias ante esa jurisdicción³⁰. Esos dos objetivos cumplen la esencia del sistema del CIADI que fue creado exclusivamente para dirimir conflictos entre un Estado y un inversionista extranjero³¹.

En términos muy duros el tribunal expresó:

“Pretender que se considere como una inversión extranjera la efectuada por Venoklim por el solo hecho de ser esta una compañía incorporada en los Países Bajos, aunque la inversión objeto de la disputa sea en definitiva propiedad de personas jurídicas venezolanas, sería permitir que prevalezca el formalismo sobre la realidad y traicionar el objeto y el fin del Convenio CIADI.

Además de que, por las razones expuestas, el Tribunal no puede llegar a una conclusión distinta de la referida, considerando el artículo 31 de la Convención de Viena el cual establece: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”³².

³⁰ En otro asunto y casi con el mismo análisis, llegó a una conclusión contrapuesta. El tribunal arbitral evidenció el hecho de que “*It is undisputed that Venezuela Holdings (Netherlands) is an entity incorporated in the Netherlands and as such, a Dutch national entitled to prevail itself of the BIT. But Venezuela submits that its subsidiaries, Mobil CN Holding (Delaware), Mobil Venezolana Holding (Delaware), Mobil CN (Bahamas) and Mobil Venezolana (Bahamas) have been incorporated either in the United States of America or in the Bahamas and are not Dutch nationals...*”, luego concluyendo que “*...In the present case, Venezuela Holdings (Netherlands) owns 100 % of the share capital of its two American subsidiaries, which in turn own 100 % of the share capital of the two Bahamas subsidiaries. Thus the share capital of Venezuela Holdings (Netherlands) in those subsidiaries makes it possible for it to exercise control on them. The Tribunal does not have to consider whether or not such control was exercised in fact. In any case, under paragraph 1 (c) of the Protocol, those subsidiaries must be considered as nationals of the Netherlands benefiting of the provisions of the BIT*”. CIADI- MOBIL CORPORATION, VENEZUELA HOLDINGS, c. VENEZUELA, CASE No. ARB/07/27), **Decision on Jurisdiction**, June 10, 2010, párrs. 150 y 160.

³¹ Serafín, Op. cit., párr. 153.

³² . Serafín, Op. cit., párr. 156.

Efecto del control

El ***control efectivo*** realizado por el Tribunal llevó a revelar la nacionalidad de las personas físicas, que controlan el entramado organizativo de una persona jurídica nacional del Estado demandado.

La incorporación, o si se quiere, la regulación interna de paraísos convencionales como Holanda, por medio de los cuales corporaciones transnacionales y sociedades mercantiles nacionales del Estado “receptor” intentan cometer ***fraude a la nacionalidad***, invocando la figura de incorporación, encuentra en esta decisión un límite jurídico objetivo.

Sea cual fuere la figura utilizada, ***control efectivo*** u otra, lo cierto es que con esta profunda investigación realizada por el tribunal, se muestra que el levantamiento del velo societario es un elemento de primera importancia para evitar el fraude contra Estados, invocando disposiciones convencionales extrañas y que, sin ser una conducta ilícita, conlleva una ***intención dolosa***, elemento constitutivo del fraude a la ley, tal como es conocido en Derecho Internacional Privado.



VESTIGIOS VIVIENTES DEL SECRETISMO AUTORITARIO: LAS SESIONES RESERVADAS EN EL PODER LEGISLATIVO

*Living vestiges of authoritarian secrecy: The
sessions reserved in the legislature*

JOSÉ MARÍA COSTA¹

RESUMEN

Las sesiones reservadas en el Poder Legislativo se rigen —en su vigencia y procedimiento— a través de los reglamentos internos de cada Cámara del Congreso. No existe normativa alguna de rango de ley formal al respecto y tampoco la Constitución Nacional habla de la posibilidad de que existan sesiones secretas en dicho Poder. Todo ello, sumado a las particularidades normativas y al hecho de que son reglamentos vinculados históricamente a la Constitu-

¹ Abogado y Licenciado en Ciencias de la Comunicación por la Universidad Nacional de Asunción. Profesor Adjunto en las cátedras de Derecho de la Información y Teoría y Práctica de Periodismo (Facultad de Filosofía UNA), profesor asistente en la cátedra de Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y las Industrias Culturales (Escuela de Ciencias Sociales y Políticas UNA), profesor encargado de cátedra de Derecho de la Información (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA). Master en Política Global por la Universidad de Salamanca y la Universidad Columbia del Paraguay. Doctorando en Derecho Público y Gobernabilidad por la Universidad Columbia del Paraguay. Doctorando en Derecho de la Información por la Universidad Complutense de Madrid. Director de Transparencia y Acceso a la Información Pública de la Corte Suprema de Justicia. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Investigadores de la Comunicación y de la Sociedad Paraguaya de Consultores Políticos.



ción de 1967, tornan necesaria una adecuación en la materia tanto a los estándares internacionales como a los nacionales, incluidos entre éstos los contemplados en la Ley 5282/14 de acceso a la información pública.

Palabras clave: *Poder Legislativo – Congreso - Acceso a la Información pública- Transparencia.*

ABSTRACT

The sessions reserved in the Legislative Power are governed, by their validity and procedure, through the internal regulations of each Chamber of Congress. There is no regulation of any kind of formal law in this respect and neither does the National Constitution speak of the possibility of secret sessions in said Power. All this, together with the normative peculiarities and the fact that they are regulations that are historically linked to the 1967 Constitution, make it necessary to adapt to international and national standards, including those included in Law 5282/14 access to public information.

Key words: *Legislative power – Congress - Access to public information - transparency.*

Introducción

El 15 de octubre de 2013 la Corte Suprema de Justicia daba a conocer su Acuerdo y Sentencia N° 1.306/13² por el cual concedió la razón al ciudadano sanlorenzano Daniel Vargas Télles en su reclamo de acceder a información sobre los salarios y funciones cumplidas por funcionarios de la Municipalidad de San Lorenzo. Este fallo histórico representó el punto de avance crucial para la transparencia y el acceso a la información pública en el Paraguay, logro ratificado y fortalecido luego con la aprobación de dos leyes sobre la materia en el año siguiente: la Ley N° 5189/14³ que obliga a las instituciones del Estado y que reciben fondos públicos a divulgar en

² Disponible en <http://www.pj.gov.py/descargas/AYS-1306.pdf>

³ Disponible en https://www.sfp.gov.py/sfp/archivos/documentos/Ley%205189%202014_8n4kfexc.pdf

sitios web información administrativa y la Ley N° 5282/14 de acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental⁴.

Aquella sentencia constituyó en la práctica una expresión de activismo judicial por parte de la Corte para dotar de significación y efectividad al derecho a la información consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional. El supremo tribunal vino a llenar un vacío debido a la falta de reglamentación de dicha norma constitucional (Costa, Cuando la Justicia abre las puertas del Estado, 2015)

El fallo judicial prácticamente “abrió las compuertas” para el acceso a la información pública —algunos medios hablaron entonces de una primavera de la transparencia— con un efecto cascada que obligó a todas las instituciones estatales a mostrar sus datos administrativos, sus nóminas de funcionarios y otras informaciones en sus sitios web (Costa, La Corte Suprema de Justicia en el rol de promotor de políticas públicas: la trascendencia de un fallo histórico, 2015).

El impacto se acentuó con las dos leyes citadas que vinieron a llenar un vacío legislativo de más de dos décadas en relación al derecho a la información pública consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional. La relevancia de estos hechos se reforzó con la adopción de un decreto reglamentario (Decreto 4064/15)⁵ así como con la Acordada N° 1005/14 por la cual se dispuso que el recurso judicial para reclamar el cumplimiento de las leyes de transparencia debía seguir la tramitación de una acción de amparo constitucional. Asimismo, el desarrollo e implementación del Portal de Acceso a la Información Pública⁶, por parte del Poder Ejecutivo, con la adhesión de numerosas instituciones del Gobierno central, así como de gobiernos subnacionales y de entes autónomos o descentralizados, viene contribuyendo a la consolidación vigencia de este derecho sustantivo para la democracia (Santagada, 2015).

Frente a esta innovación normativa que ese contexto histórico-político tenía como principal elemento, además de la fuerte participación ciudadana con los reclamos de transparencia y las campañas de repudio por la corrupción en diversas instituciones públicas, se han abierto nuevos desafíos y nuevas expectativas. Entre éstas, la

⁴ Disponible en http://informacionpublica.paraguay.gov.py/public/ley_5282.pdf

⁵ Disponible en http://informacionpublica.paraguay.gov.py/public/decreto_4064.pdf

⁶ Disponible en http://informacionpublica.paraguay.gov.py/portal/#!/buscar_informacion#busqueda



esperanza de estimular un fortalecido protagonismo de la ciudadanía y las organizaciones de la sociedad civil en torno a la promoción y ejercicio de este derecho. Y entre aquellos, los desafíos emergentes, la necesidad de adecuar y actualizar diversas normativas vigentes en base al nuevo paradigma de la transparencia y, sobre todo, apuntalar esa nueva cultura de la transparencia que debería reemplazar y enterrar para siempre a la cultura del secretismo y la cerrazón que durante tantas décadas venía reinando en nuestra sociedad, producto principalmente de los modelos autoritarios que florecieron y tuvieron papel hegemónico en gran parte de nuestra historia política.

Encontrar vestigios de esa cultura secretista no sería, pues, algo raro, pero sí deberá ser una tarea necesaria y requirente trabajar por la demolición de esos muros de la oscuridad, del ocultamiento, de la reserva y la cerrazón que todavía están presentes en diversas normas, en muchas instituciones, y, lo que es peor, en la mentalidad de muchas autoridades y funcionarios, y hasta en la cultura organizacional de muchos entes.

En el caso concreto al cual nos referiremos, este trabajo habrá de explorar no solo el estado de situación sino las posibilidades y líneas de reforma o adecuación necesarias para que aquél modelo anacrónico sea reemplazado por un modelo más actualizado y congruente con el sistema democrático en la materia específica de las sesiones reservadas que pudieran precisarse tener en el ámbito legislativo.

Los vestigios vivientes del secretismo en el Poder Legislativo

Vamos a referirnos, por consiguiente, a algunos de esos “vestigios” del pasado secretista que todavía subsisten en ciertas instituciones de nuestra República. Y en particular, mencionaremos y analizaremos algunas de las rémoras que persisten en ambas cámaras del Poder Legislativo. Específicamente en los reglamentos internos de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados.

Para ello vamos a recurrir a analizar de manera específica las disposiciones reglamentarias vigentes en ambas Cámaras, poniéndolas en su contexto histórico, así como a la luz de las constitucionales vigentes y las nuevas normativas en relación a la transparencia gubernamental. También consideraremos las normativas y los estándares internacionales más específicos a fin de ofrecer un análisis completo de las

reglamentaciones objeto de estudio. Todo ello, obviamente, en el marco de un artículo que, con las limitaciones de espacio, no podrá ser exhaustivo pero sí ayudar a resignificar en el contexto normativo vigente la necesidad de remoción de rémoras oscurantistas que impiden el ingreso de la saludable luz de la transparencia a los espacios de deliberación y decisión de las autoridades, mandatarios de un pueblo que tiene en el acceso a la información pública uno de los puntales más fuertes para ejercer su ciudadanía y el control de la gestión pública.

En primer lugar, debemos señalar que ambas reglamentaciones internas para el funcionamiento de las Cámaras –tanto del Senado como de Diputados– son anteriores a la actual Constitución Nacional de 1992. Vale decir, encuentran su contexto constitucional en la carta de 1967, aprobada en tiempos de la dictadura stronista, con el sesgo político que ello implica y el contexto histórico de un Estado autoritario, un régimen poco propicio (por decir lo menos) para el ejercicio de los derechos humanos en general y con la particular evidencia objetiva de que Paraguay, por ese entonces y hasta 1989 cuando cayó la dictadura de Stroessner, no había ratificado como Estado la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. En suma, la transparencia no era precisamente un valor destacado bajo dicho contexto histórico-político-constitucional, y antes bien, el secretismo y el control hegemónico de la información por parte del régimen y sus órganos era una de las claves del sometimiento al pueblo y del poder absoluto que detentaba el dictador.

Los órganos legislativos, con mayoría absoluta conformada por el partido de sustento del régimen (la ANR o Partido Colorado) y, más aún, por las facciones radicalmente afines al dictador, tenían una participación “pluralista” de fachada, pues los partidos de oposición (en algunos momentos también doblegados a la voluntad del dictador que “reconocía” a través de la abyecta Junta Electoral a las dirigencias de menor posición crítica) apenas tenían todos sumados un tercio de las bancadas y con ello no podían neutralizar decisión alguna que proviniera del partido de gobierno y del propio régimen.

Los reglamentos de ambas cámaras legislativas datan del año siguiente a la realización de la Convención Nacional Constituyente de 1967. El Reglamento de la Cámara de Senadores fue aprobado el 10 de mayo de 1968, y el de la Cámara de Diputados, el 29 de abril de 1968. Ambos reglamentos tuvieron diversas modificaciones a lo



largo de los años, pero en la parte pertinente a este estudio —vale decir, la que reglamenta el mecanismo de secreto para las sesiones reservadas— no han sufrido modificación sustancial alguna, salvo la numeración de los artículos o la ubicación de las normas en el contexto general del cuerpo reglamentario.

Las sesiones reservadas en la Cámara de Senadores

El Reglamento del Senado, en el capítulo IX “De las sesiones”, trata el asunto entre los artículos 92 y 94, que transcribimos a continuación para mejor lectura y comprensión:

ARTÍCULO 92.- Las sesiones serán públicas, pero podrán haberlas secretas cuando lo solicite el Poder Ejecutivo, o cuando así lo resuelva el Senado.

ARTÍCULO 93.- A las sesiones secretas podrán concurrir los Ministros del Poder Ejecutivo y otras personas autorizadas por la Cámara. Estas últimas, así como los taquígrafos actuantes, prestarán juramento de guardar fielmente el secreto.

ARTÍCULO 94.- El pedido de sesión extraordinaria hecho por un Senador fuera de sesión, se formulará por escrito, y deberá ser apoyada por no menos de tres Senadores. La Cámara resolverá por simple mayoría. Cuando la sesión tuviere que ser pública se consignará el objeto de la petición, pero no será necesario hacerlo cuando tuviere que ser secreta.

ARTÍCULO 95.- Toda sesión podrá convertirse en pública, cuando el Senado así lo resuelva.

ARTÍCULO 96.- Los pedidos de sesión extraordinaria, pública o secreta, se tratarán sobre tablas, y, resueltos favorablemente, se fijará fecha y hora para la realización de aquélla a la brevedad posible.

ARTÍCULO 97.- Los pedidos de acuerdo constitucional serán siempre tratados en sesión secreta.

De lo transcrito, se tiene que el reglamento del Senado admite que pueden realizarse sesiones “*públicas o secretas*”, tanto ordinarias o extraordinarias, “*cuando lo solicite el Poder Ejecutivo o cuando así lo resuelva el Senado*” (art. 92), pero además, señala un tipo de casos en los que reglamentariamente ya se indica que sólo

podrán ser sesiones secretas: los casos en que deban tratarse *“los pedidos de acuerdo constitucional”*.

En cuanto a lo primero, se deja en manos del Poder Ejecutivo o del cuerpo senatorial (y sin expresión del tipo de mayoría necesaria, por lo que debe presumirse que la medida debe contar con mayoría simple) la decisión de reserva para la sesión. En la práctica, esta disposición se presenta contraria a aquellos estándares internacionales y a la norma legal nacional vigente, según vimos en el título anterior.

La mención de un caso típico en el que las sesiones deban ser automáticamente *“reservadas”*, incurre en la misma contrariedad, máxime aún por su carácter genérico al establecer que todos los pedidos de *“acuerdo constitucional”* deban ser tratados en sesiones secretas.

De acuerdo a la Constitución de 1967, artículo 151, el Senado tenía atribuciones exclusivas para tratar los siguientes pedidos de acuerdo constitucional:

2) Prestar acuerdo para la designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia, del Fiscal General del Estado, de Embajadores y Ministros Plenipotenciarios del servicio exterior de la República, así como para los ascensos militares desde el grado de Coronel en el Ejército, inclusive, o su equivalente en las otras armas y en los servicios:

Vale decir, en todos los casos en que debiera tratarse el acuerdo constitucional pedido por el Ejecutivo para los nombramientos o designaciones señalados, el Senado debía reunirse y sesionar en forma secreta. Así fue la costumbre incontrastable e indiscutida durante todo el tiempo de vigencia de la Constitución de 1967, y que permaneció incluso luego en el marco de la nueva Constitución de 1992, pese a que en esta no se hace referencia explícita a que puedan realizarse sesiones reservadas en el ámbito del Poder Legislativo. En ese sentido, el silencio constitucional ha sido interpretado, en la práctica, como una aquiescencia implícita para seguir contando con sesiones *“reservadas”*, contrariando de alguna manera el principio de legalidad en el ámbito del derecho público (*“solo se puede hacer lo expresamente permitido o dispuesto en la ley”*).

La reglamentación del Senado, al abordar las funciones y atribuciones del Secretario General de la Cámara, establece que el mismo debe *“custodiar el Libro de Actas de las sesiones secretas y guardar la toma taquigráfica y la versión definitiva de cada una de ellas dentro de un sobre lacrado con el sello del Senado”*. Y además, señala



que *“en la cubierta del sobre se bará constar el día, mes y año en que la sesión se celebró, con la firma del Presidente y la del Secretario General. Las mismas formalidades se cumplirán en caso de apertura de dichos sobres, luego de leídas las versiones taquigráficas con autorización del Senado”*.⁷ También le compete al mismo *“organizar el archivo y custodiar especialmente todo cuanto tenga carácter reservado”*.⁸

Nótese que la reglamentación habla de la posibilidad de *“apertura de dichos sobres”* pero señala que aún después de ello persistirá el mismo procedimiento para mantener el estado de reserva.

Las sesiones reservadas en la Cámara de Diputados

En la Cámara de Diputados la normativa data, como señalábamos, de 1968 y tuvo varias modificaciones posteriores. Los artículos referidos a las sesiones reservadas no fueron alterados a lo largo de los años, aunque sí cambiaron de ubicación en el contexto del reglamento.

En ese sentido, en el capítulo 13 del Reglamento se establece el *“procedimiento para las sesiones secretas”*. El artículo 91 dispone que *“las sesiones podrán ser secretas por decisión de la mayoría absoluta de votos de la Cámara, pudiendo omitirse la revelación del asunto a tratar”*. Nótese que en este caso, a diferencia con lo dispuesto en el Senado, se establece una mayoría calificada para declarar la reserva de las sesiones. Asimismo, no se considera que el pedido de reserva pueda provenir del Poder Ejecutivo, como ocurre con la Cámara Alta. El artículo siguiente, el 92, establece que la misma mayoría definirá si la sesión *“continuará siendo secreta”*.

En el reglamento de Diputados, en comparación con el del Senado, hay más normas que hablan del procedimiento de manera específica para las sesiones secretas. En las sesiones secretas, de acuerdo al artículo 93, *“sólo podrán hallarse presentes, a más de los miembros de la Cámara, los secretarios y los taquígrafos que el Presidente designe. Cuando corresponda, también podrán estar presentes los Ministros del Poder Ejecutivo. Los taquígrafos prestarán juramento ante el Presidente de guardar el secreto”*. Al finalizar una sesión secreta, según el artículo siguiente, *“se*

⁷ Reglamento del Senado, Honorable Cámara de Senadores, Art. 45, inc H.

⁸ Ídem, Art. 45, inc J.

labrará un acta reservada que será guardada en un sobre lacrado, en el que se escribirá el año, mes y día en que fue celebrada la sesión. Firmado el sobre por el Presidente y los Secretarios, se lo depositará en el lugar del archivo destinado para las actas de las sesiones secretas”.

Añade el reglamento, en el artículo 95, que “Cuando se proceda a la apertura del sobre que contenga un acta secreta y cumplido el objeto para el que fue abierto, se la volverá a guardar en la forma establecida en el artículo anterior, dejando dentro el sobre que tenía y poniendo en el nuevo la misma nota del anterior, con expresión del año, mes y día en que se hizo la apertura, al fin de la cual firmarán el Presidente y los Secretarios”.

Reglamentaciones que contrarían estándares y jurisprudencia internacional sobre el acceso a la información pública

Ambas disposiciones reglamentarias de las cámaras legislativas contradicen diversos principios y estándares sostenidos a nivel regional sobre la base de la letra y la interpretación jurisprudencial dada a la Convención Americana de los Derechos Humanos. De manera específica, entran en colisión en relación a los siguientes aspectos, que abordaremos puntualmente en cada caso, aunque no de manera exhaustiva:

1. Necesidad de que las limitaciones o excepciones al acceso a la información estén contenidas en una ley, considerada ésta en sentido estricto, y sean establecidas de manera clara y precisa.
2. Necesidad de que la limitación al acceso a la información tenga proporcionalidad y razonabilidad en base a los criterios establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos;
3. Necesidad de fijación de un tiempo razonable por el cual la reserva pueda tener vigencia, pasado el cual la información se haga disponible al público.

¿Es legítimo que un “reglamento”, y no una ley, imponga un límite al derecho de acceso a la información?

De manera especial deberíamos evaluar el grado de legitimidad o legalidad que poseen estas disposiciones al establecer, vía reglamentación, un ámbito de secrecía que



no está autorizado expresamente en la Constitución Nacional ni amparado por ley alguna. Recordemos que en la Constitución Nacional no se habla en ningún momento del carácter de las sesiones de las cámaras legislativas en cuanto a su publicidad o si pudieran existir sesiones reservadas. La característica de publicidad de las sesiones deviene, lógicamente, del carácter del sistema republicano y de democracia representativa, participativa y pluralista consagrado por la Constitución. Por ello, debería haberse esperado que la excepción a este carácter “público” que procede de la esencia republicana, tuviera una mención específica como se merece toda excepción a la regla.

Aunque no ha ocurrido así en el texto constitucional, podemos convenir que no resulta ilógico ni irracional que haya una excepción a la publicidad en materia de sesiones de los órganos legislativos, toda vez que estas excepciones estén previstas por ley y se orienten a objetivos legítimos para la vida democrática. Estos objetivos generalmente –lo veremos más adelante– están ligados a cuestiones de seguridad nacional o a la protección de otros derechos colectivos o personales, como por ejemplo el derecho a la intimidad, siempre y cuando esta protección sea razonable y proporcionalmente provista por el carácter de la reserva.

Al respecto de esto último, debemos referirnos a la Ley Modelo de Acceso a la Información Pública (Organización de los Estados Americanos, 2010), adoptada por la OEA, que establece que el principio que rige en cuanto al acceso a la información en poder de las instituciones del Estado es el de “*máxima publicidad*”, de manera que “*cualquier información en manos de instituciones públicas sea completa, oportuna y accesible, sujeta a un claro y preciso régimen de excepciones, las que deberán estar definidas por ley y ser además legítimas y estrictamente necesarias en una sociedad democrática*”⁹.

Por su parte, en consonancia con los estándares normativos y de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Ley 5282/14 ha dejado en claro - además del principio de publicidad obrante en cuanto al acceso a la información en poder de instituciones del Estado- que la información reservada debe estar señalada por ley:

⁹ Ley Modelo de Acceso a la Información Pública, Organización de Estados Americanos. En https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf?forcedefault=true Ultimo acceso el 6/agosto/2017

Artículo 22.- Definición. La información pública reservada es aquella que ha sido o sea calificada o determinada como tal en forma expresa por la Ley.

En consecuencia, sólo podría admitirse una restricción al acceso a la información a través de una ley formal y no con una normativa de rango inferior.

En el caso de ambos reglamentos internos en el Poder Legislativo, en principio estamos ante normas de jerarquía menor a la ley, entendiendo a ésta como la ley formal producto del acto legislativo que involucra la participación de ambas cámaras y el paso por el Poder Ejecutivo para su promulgación.

No faltan las interpretaciones de algunos que señalan que la atribución constitucional que tienen ambas Cámaras para dictar su propio reglamento confiere la suficiente legalidad y legitimidad de estas disposiciones. En puridad, dicha interpretación apenas sirve para legitimar la atribución específica y el resultado concreto de la reglamentación, pero no podría actuar como un soporte para validar algo que en la propia ley nacional (amén de lo sostenido por los estándares internacionales) se establece que debe tener rango de ley formal, entendida ésta de manera estricta.

El proceso de generación de la norma con carácter de ley formal —esto es, sanción por ambas cámaras del Congreso y promulgación por parte del Poder Ejecutivo— brinda la suficiente fuerza para la norma de rango legal, algo que un reglamento interno de una Cámara legislativa dista mucho de tener ni siquiera de compararse. Esta norma reglamentaria, por el contrario, se asimila más a una disposición administrativa interna que a una norma de rango de ley. Con esto, podemos concluir que una restricción al acceso a la información pública contenida en estos reglamentos iría en contravención no solo con los estándares internacionales sino con la propia Ley 5282/14.

Hay numerosas y contundentes referencias sobre esto en la legislación comparada y en la jurisprudencia regional, así como en la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual genera, como ya lo admitiera la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, disposiciones de carácter obligatorio para nuestro sistema de derecho positivo el cual ha incorporado tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como reconocido la competencia y jurisdicción de la Corte IDH.

Al respecto, se ha señalado que tratándose de un derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, las limitaciones del derecho a buscar, recibir y divulgar información deben estar previa y expresamente fijadas en una ley, en tanto



medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público; y su consagración debe ser lo suficientemente clara y precisa como para no conferir un nivel excesivo de discrecionalidad a los funcionarios que deciden si se divulga o no la información (CIDH, 2012).

La Corte IDH en su opinión consultiva OC-6/86 estableció que la expresión “leyes” no significa cualquier normativa jurídica, esto es, le quitó el sentido de una expresión genérica. Señaló, por el contrario, que la expresión “leyes” debe considerarse relativa a actos normativos generales adoptados por el órgano legislativo constitucionalmente previsto y democráticamente elegido, según los procedimientos establecidos en la Constitución, ceñidos al bien común¹⁰.

¿Es legítimo que los contenidos de lo tratado en las sesiones reservadas permanezcan con carácter secreto sin plazo específico para que termine dicha reserva?

En ninguna parte de ambas reglamentaciones se habla del tiempo de duración del carácter reservado de los contenidos de las actas de las sesiones no públicas, algo que contradice el criterio uniforme sostenido en la jurisprudencia interamericana y en los estándares respectivos, en el sentido de que no puede declararse una reserva de información “sine die”.

Los estándares generalmente sugieren la adopción de un tiempo de reserva razonable tanto para garantizar el secreto como para, a posteriori, dar acceso a la información en un tiempo futuro en el cual se presume que ya no existirían razones para la reserva.

En la legislación comparada se hallan numerosos ejemplos de este principio que actúa en la forma de una gestión explícita y legítima del Estado para mantener la reserva y una obligación también explícita y legítima para “desclasificar” los documentos originalmente clasificados, en beneficio del acceso ciudadano a la información.

En la mayoría de los países con leyes de acceso a la información pública o con leyes de secreto oficial, se establecen periodos específicos para la “veda” de información

¹⁰ Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C, N° 51, párrafo 89.

que pudiera afectar a la seguridad nacional o del Estado. Los períodos varían entre 20 y 30 años en su mayoría, pero hay algunos países, hay que reconocerlo, que tampoco han dado este paso, como España, que hoy día está volviendo a debatir la necesidad de fijar el plazo para la desclasificación de documentos reservados en una nueva propuesta de “Ley de Secretos Oficiales”. El problema de no fijar plazos es que se deja un amplio margen al arbitrio de la autoridad para desclasificar o no documentos que, pasado cierto período de tiempo, ya no constituirían una amenaza para la seguridad del Estado.

Al considerar el grado de legitimidad que debe tener un régimen de excepciones para el acceso a la información, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en sus informes pertinentes, como la Corte IDH en algunos fallos, han sostenido que dicho régimen debe consagrar un plazo “razonable” para la reserva, al término del cual la información podrá ser divulgada al público. Como se ha visto, la reglamentación respecto a los contenidos —y los documentos resultantes, como las actas— de las sesiones reservadas de ambas Cámaras, no cumplen con este estándar hoy extendido en la legislación internacional.

¿Es legítimo que la reglamentación no requiera las razones para establecer la reserva o ellas no sean proporcionales al objetivo de la preservación de bienes protegidos?

En ambas reglamentaciones aparece de manera vaga el “motivo” por el cual pueden realizarse o solicitarse que las sesiones de las Cámaras puedan ser reservadas. En el caso del Senado, se señala en el artículo 92 del reglamento que *“las sesiones serán públicas, pero podrán haberlas secretas cuando lo solicite el Poder Ejecutivo, o cuando así lo resuelva el Senado”*, sin mencionar el motivo o los aspectos generales sobre lo cual puede determinarse la reserva. La única mención con algo de especificidad se da en el artículo 97 que establece que *“los pedidos de acuerdo constitucional serán siempre tratados en sesión secreta”*.

Como mencionáramos antes, al estar originalmente contextualizado dicho reglamento con la Constitución Nacional de 1967 (art. 151 y consistente con art. 180) estos pedidos de acuerdo constitucional podrían referirse (por entonces) a los acuerdos para:

1. Designar miembros de la Corte Suprema de Justicia;



2. Designar Fiscal General del Estado;
3. Designar embajadores y ministros plenipotenciarios del servicio exterior;
4. Ascender a militares desde el grado de Coronel en el Ejército o su equivalente en las otras armas y en los servicios.

Con la posterior (y vigente actualmente) Constitución Nacional de 1992, ha permanecido casi como una “tradición” incuestionable en el seno del Poder Legislativo (y para peor, en el resto de la opinión pública y tampoco nunca cuestionada ni siquiera por sectores políticos, de organizaciones de la sociedad civil o de la prensa) la costumbre de aplicar el reglamento respecto a las “sesiones reservadas” a todo lo referente a los acuerdos constitucionales que el Senado debe proveer en cuanto a designaciones o ascensos propuestos por el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, no se ha notado que, con la actual carta fundamental de la República, algunas de las condiciones y cargos definidos para ser llenados con “acuerdo constitucional” han variado. Veamos cuáles son, efectivamente, los puntos y cargos en los que la Constitución Nacional de 1992 requiere una interconexión de la voluntad política entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo para constituir la decisión final en términos formales.

En primer lugar, en el artículo 202 se señala entre las atribuciones del Congreso la de “prestar los acuerdos y efectuar los nombramientos que esta Constitución prescribe, así como las designaciones de representantes del Congreso en otros órganos del Estado” (inc. 17).

La Cámara de Diputados tiene la atribución de prestar acuerdo “para la intervención de los gobiernos departamentales y municipales” (Art. 222, inc. 3).

La Cámara de Senadores, por su parte, de acuerdo al artículo 224 tiene atribución para prestar acuerdos para:

- “los ascensos militares y los de la Policía Nacional, desde el grado de Coronel del Ejército o su equivalente en las otras armas y servicios, y desde el de Comisario Principal para la Policía Nacional” (inc. 2);
- “la designación de los embajadores y ministros plenipotenciarios en el exterior” (inc. 3);
- “la designación del Presidente y los directores de la Banca Central del Estado” (inc. 6);

- “la designación de los directores paraguayos de los entes binacionales” (inc. 7).

Sin embargo, es puntualmente importante remarcar que en contraste con la Constitución Nacional de 1967, la de 1992 ha revertido la manera de designación de los miembros de la Corte Suprema de Justicia. En aquella, la atribución de designación recaía en el Presidente de la República, y el Senado tenía la atribución de prestar el acuerdo constitucional. En la carta magna de 1992, empero, la atribución de designación recae en el Senado, que a posteriori debe contar con el acuerdo del Poder Ejecutivo. Esto está contenido así en el artículo referente al Consejo de la Magistratura, órgano creado por la actual Constitución:

Artículo 264 - DE LOS DEBERES Y DE LA ATRIBUCIONES

Son deberes y atribuciones del Consejo de la Magistratura:

1. *proponer las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, y elevarlas a la Cámara de Senadores para que los designe, con acuerdo del Poder ejecutivo;*

Igual procedimiento se menciona para la designación de los miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral (Art. 275, CN).

En puridad, entonces, para el tratamiento en el seno de la Cámara de Senadores de las designaciones de ministros de la Corte Suprema de Justicia o de miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, no serían pertinentes tener sesiones reservadas dispuestas “de oficio” como pretende el reglamento vigente del Senado, sino a petición de algún legislador si fuera el caso¹¹.

La paradoja de todo esto es que, tanto para la designación de estos altos magistrados -cuya propuesta de designación viene de un proceso de selección establecido en el Consejo de la Magistratura- como para la elección del Fiscal General del Estado -que sí sigue teniendo el sistema de propuesta del Poder Ejecutivo y acuerdo del Senado- en dicho proceso se incluyen AUDIENCIAS PÚBLICAS donde los candidatos son prácticamente sometidos a un sistema de escrutinio público, preguntas sobre sus

¹¹ Igual conclusión podría tenerse en cuanto a la designación del presidente y los miembros del Directorio del Banco Central, así como a la de los directores paraguayos de las entidades binacionales.



opiniones y capacidades profesionales, así como se toman en consideración denuncias que se reciben desde la ciudadanía o sectores organizados sobre los mismos.

No se podría considerar razonable ni lógico que, tras ese proceso abierto a la observación de la sociedad sobre la personalidad, el profesionalismo y los antecedentes del postulante, el órgano parlamentario deba sesionar en secreto para estudiar las condiciones o capacidades del mismo postulante, ya ternado por el Consejo de la Magistratura.

Las acostumbradas excusas de buscar con la reserva de la sesión “proteger la intimidad” de los postulantes en el tratamiento del pleno del Senado, se diluyen y desmoronan ante estos procedimientos aplicados en el proceso de selección de las terms. Además, como se ha sostenido invariablemente en la jurisprudencia nacional e internacional, los funcionarios públicos (y quienes están pretendiendo serlo, por ello mismo) siempre tendrán un nivel de protección reducido de su privacidad, en la medida de que la información sobre ésta sea pertinente para juzgar su conducta pública o su capacidad personal para asumir alguna función pública.

Más ilógico aún resultará, si se sigue el criterio de sesiones reservadas para “todo aquello que requiera acuerdo constitucional”, aplicar la secrecía a las sesiones donde se traten, como estipula el artículo 222 CN, los acuerdos de la Cámara de Diputados para decidir la intervención de municipios o gobernaciones.

Imaginémonos que cualquiera de estas autoridades (ministros de la Corte, miembros del TSJE, Fiscal General del Estado) fuera designado en sesiones reservadas cuyas actas luego también queden en secreto, por tiempo indefinido, y la ciudadanía no pudiera enterarse de los motivos esgrimidos por sus representantes para decidir sobre tal o cual postulante. No parece nada lógico para una República, pero sigue siendo una práctica anacrónica y autoritaria, rémora de la cultura secretista vigente en el Senado de la Nación, totalmente incompatible con la esencia de la República.

La Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han sostenido de manera coincidente que cualquier restricción para el acceso a información en poder del Estado, para ser compatible con la Convención Americana de los Derechos Humanos, debe superar una prueba de proporcionalidad de tres pasos: a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza con causar un perjuicio

sustancial a ese objetivo legítimo; c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en conocer la información.

Los bienes jurídicos que son considerados como legítimos para sostener una restricción o excepción al acceso a la información están señalados en la Convención Americana de los Derechos Humanos en su numeral 13.2 y son:

- “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, o
- “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

En las disposiciones que establecen la reserva en ambas cámaras del Poder Legislativo no se encuentran definidos los bienes jurídicos que pudieran estar protegiendo. En la concepción originalmente ligada al contexto constitucional de 1967, pudiera concluirse que la motivación de las sesiones secretas quedaba en un plano difuso, a expensas de la coyuntural decisión de los legisladores, o bien, ligado al objeto puntual de los “acuerdos constitucionales” para los cuales el Senado —en el caso específico— debía abordar un proceso de decisión. Ni lo uno —la ambigua o amplia facultad de “razones” para el secreto— ni lo otro —el tratamiento de acuerdos constitucionales para la designación de ciertas autoridades o el ascenso de militares— parecen tener consonancia con los estándares existentes en esta materia a partir de las normas convencionales o de la jurisprudencia ligada a ellas.

En el supuesto del tratamiento de cuestiones muy sensibles en torno a una persona que es candidato a ocupar un cargo, podría hasta ser suficiente el pedido de reserva sobre la parte específica de dicho debate, no así a toda la sesión y de todo el acta de la sesión, siguiendo el principio de divisibilidad en el derecho de acceso a la información pública. En el supuesto del tratamiento de cuestiones vinculadas a la seguridad nacional, podría hallar mayor razón la reserva de la sesión y el acta correspondiente, pero he aquí que justamente el uso de las disposiciones reglamentarias para las sesiones reservadas es menos frecuente para este tipo de motivos que para aquellos “formales” como los acuerdos para la designación de cierto tipo de funcionarios. No obstante, en ninguno de los casos se justifica que no se proporcionen las razones específicas que motivan la reserva ni la inexistencia de un plazo explícito para la duración de dicha reserva.



Conclusión y recomendaciones

Habiendo relevado el estado de situación en cuanto a las normativas —de carácter reglamentario— existentes y vigentes en materia de sesiones reservadas en ambas Cámara del Poder Legislativo, podemos sostener que la condición de contrariedad que dichas normas presentan frente a la propia Constitución Nacional y a las leyes vigentes, en especial a la Ley 5282/14 de “Acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental”, debería motivar una revisión de las mismas y su correcta adecuación tanto a tales normas como a los estándares internacionales sobre el tema.

Estipular que haya sesiones secretas en las Cámaras del Congreso podría ser necesario para el tratamiento de ciertos temas que naturalmente requieren de reserva, como cuestiones referidas a la seguridad nacional, por ejemplo. Pero sostenemos que esto debe darse a través de disposiciones con rango de ley formal para garantizar su legitimidad y un debate más amplio en las condiciones y criterios de la reserva. No es lo mismo el establecimiento de esto a través de una reglamentación interna que a través de una ley formal cuya discusión y tratamiento se genera con mayor nivel de participación y con mecanismos de control mutuo inter-poderes.

A la hora de establecer los criterios y procedimientos, asimismo, es necesario que se adopten medidas que permitan por un lado garantizar la reserva que fuera necesaria, pero además, tener una limitación explícita y públicamente conocida para el tiempo de vigencia de la reserva, como también, mecanismos para la desclasificación de los documentos (particularmente actas y/o diarios de sesiones) que hayan sido objeto de la reserva.

Finalmente, consideramos que todas estas cuestiones deberían ser abordadas por las propias Cámaras legislativas a fin de corregir y adecuar esta situación para beneficio de una mayor legitimidad, tanto como para la congruencia necesaria con el principio de legalidad que debe presidir los actos y decisiones del más representativo Poder de la República. Es preciso reforzar y promover la cultura de la transparencia, consonante con la esencia de la República, y desterrar los hábitos y vestigios —aún persistentes— de la cultura del secretismo, que es sustancialmente parte del ADN de un Estado autoritario y anacrónico.

Referencias

- CIDH, R. E.* (2012). El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Costa, J. M.* (2015). Cuando la Justicia abre las puertas del Estado. mimeo.
- Costa, J. M.* (2015). Cuando la Justicia abre las puertas del Estado. Activismo judicial de la Corte Suprema de Justicia de Paraguay para el impulso de políticas públicas en materia de transparencia gubernamental. Asunción: mimeo.
- Costa, J. M.* (2015). La Corte Suprema de Justicia en el rol de promotor de políticas públicas: la trascendencia de un fallo histórico. En J. M. Costa, El Acceso a la información pública en Paraguay (pág. 75/102). Asunción, Paraguay: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte Suprema de Justicia.
- Organización de los Estados Americanos.* (2010). Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública. 29 de abril de 2010. https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf. Washington: OEA. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2840-10_Corr1_esp.pdf
- Santagada, E.* (2015). Recorrido histórico por el derecho de acceso a la información pública en Paraguay. Asunción, Paraguay: Semillas para la Democracia - Grupo Impulsor del Acceso a la Información (GIAI).

Normativas consultadas:

- Constitución de la República del Paraguay, del año 1967.
- Constitución de la República del Paraguay, del año 1992.
- Ley N° 5282/14 de Acceso Ciudadano a la Información Pública y Transparencia Gubernamental.
- Reglamento interno de la Honorable Cámara de Diputados. Actualizado al 29 de marzo de 2017, según Resolución N° 2632. Copia oficial de la Secretaría General de la Cámara.
- Reglamento interno de la Honorable Cámara de Senadores. Copia disponible en <http://www.resdal.org/Archivo/com-def-paraguay-reglamento-sena.htm>



EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS SOCIOS DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES

The right to information of members of societies for actions

MARÍA DEL MAR PEREIRA JIMÉNEZ ¹

RESUMEN

La política de transparencia ha llegado al derecho societario propugnando pautas de buenas prácticas al interior de las sociedades de capital.

La sociedad anónima, denominada tradicionalmente sociedad por acciones, es un tipo societario establecido en el ordenamiento jurídico que permite crear una persona jurídica de existencia ideal con patrimonio propio para realizar determinados fines, patrimonio que se erige distinto de los pertenecientes a los socios. Éstos al realizar sus aportes quedan exentos de responsabilidad frente a las deudas sociales. Es previsible que los socios tengan interés en informarse respecto a la gestión societaria, a fin de salvaguardar sus inversiones y los intereses sociales.

El derecho de información es un derecho esencial que corresponde a los accionistas de las sociedades anónimas en general y de aquellas cuyos valores cotizan en bolsa.

Palabras Clave: *Transparencia, Derecho de Información, Accionista*

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA. Docente en la misma institución de las asignaturas Derecho romano I, Derecho romano II y Obligaciones. Posgrado en Derecho mercantil por la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ejerce la profesión de abogada y es asesora en Derecho civil, Derecho mercantil y Derecho administrativo.



ABSTRACT

The policy of transparency has come to corporate law advocating best practice guidelines within capital companies.

The anonymous society, traditionally called society for actions, is a corporate rate established in the law that creates a legal person of ideal existence with its own assets for certain purposes, heritage that stands other than those belonging to the partners. These when making their contributions are exempt from liability against social debts. It is foreseeable that the partners have an interest in learning about corporate management, in order to safeguard their investments and social interests

The right to information is a fundamental right which corresponds to the shareholders. The research work is aimed to study shareholders right to information in anonymous society in general and those whose values listed.

Keywords: *Transparency, Right to information, Shareholder.*

Las nuevas tendencias del Derecho societario se orientan a proteger el derecho de información del accionista

Tradicionalmente se denomina “sociedad por acciones” a la “sociedad anónima”; en la actualidad la nominación de esta forma de sociedad de capital se halla en tela de juicio tras la reciente promulgación y publicación de la *Ley 5895/2017 de 5 de octubre “Que establece reglas de transparencia en el régimen de las sociedades constituidas por acciones”*, que ha modificado disposiciones del Código Civil Paraguayo dejando sin efecto la posibilidad de que emitan acciones al portador.

Cabe acotar brevemente que la citada normativa en el artículo 11 mantiene la figura jurídica “sociedad anónima”, sin embargo, en el acápite y en el artículo 1° la designa como “sociedad constituida por acciones”.

La última denominación es errónea, en razón de que la entidad se “constituye” por el acuerdo de voluntades de los socios (contrato de sociedad) y el capital se divide en acciones, por tanto, desde el punto de vista jurídico la tradicional nominación “sociedad por acciones” es la más correcta ante la situación planteada.

En el presente artículo se analiza el derecho, que corresponde a los socios de las sociedades por acciones, de acceder a información interna referida a la administración del patrimonio social.

El derecho de información de los socios de las sociedades anónimas está reconocido por la doctrina y la jurisprudencia como un derecho esencial, por excelencia, para lograr transparencia en la gestión de las empresas que se organizan bajo este tipo societario.

La transparencia es la cualidad de todo aquello que deja pasar la luz, claro, evidente, y se comprende sin dudas, ni ambigüedades.

En la República del Paraguay las principales normas positivas que enmarcan la regulación de las sociedades de capital, así como la constitución y el funcionamiento de las sociedades anónimas, están contenidas en el Código Civil - Ley N° 1183/85 y modificaciones.

Las disposiciones del Código Civil relativas a las sociedades de capital están complementadas con normas establecidas en la Ley 1034/83 del Comerciante y en la Ley N° 1284/98 del Mercado de Valores; ésta regula en general la oferta pública de valores y contiene reglas destinadas a las sociedades anónimas de capital abierto.

Los principios de Buen Gobierno Corporativo, elaborados por expertos en Derecho mercantil², fueron inicialmente dirigidos a mejorar el funcionamiento y el control de las sociedades cuyas acciones cotizan en el mercado de valores; se reducen esencialmente a:

- a) Transparentar la administración de las sociedades, y
- b) Publicitar la estructura de capital y de control de las sociedades

² Se elaboraron varios Códigos e Informes con recomendaciones de buenas prácticas corporativas, entre los que destacan: Cadbury (1992), Greenbury (1995), Hampel (1998), Higgs (2003), The UK Corporate Code (2014) publicados en Gran Bretaña; Vienot I (1995) y Vienot II (1999) en Francia; Peters (1997) en Holanda; Cardon (1998) en Bélgica; el Código de Gobierno de las Sociedades (2007) en Portugal; Olivencia (1998), Aldama (2003), Código Unificado de Buen Gobierno o Código Conthe (2006) en España. En el ámbito de la Unión Europea sobresalieron los Informes Winter I y II (2002). Consultas realizadas en octubre de 2017 en el sitio internet del European Corporate Governance Institute www.ecgi.org



Ambas pautas de conducta están directamente relacionadas a otras prácticas recomendadas para el mejor gobierno de las empresas: participación de los socios dentro de las sociedades; igualdad de trato a los socios; implementación de medios eficaces a disposición de los socios para ejercer en forma activa influencia sobre las sociedades; conducta leal de los directivos; información empresarial considerada como bien de interés público; utilización de las nuevas tecnologías de información y participación a distancia.

Caracterización referencial

A fin de distinguir claramente “el derecho de información” de los demás derechos que corresponden al accionista de la sociedad por acciones, se exponen seguidamente sus caracteres esenciales, con base en la doctrina, la jurisprudencia y el derecho positivo españoles, los cuales paulatinamente reconocieron la necesidad de proteger este especial derecho, orientados a su vez por el Derecho comunitario europeo, tras largos estudios y debates.

Derecho individual y subjetivo

La sociedad por acciones es un tipo societario establecido en el ordenamiento que permite crear una persona jurídica de existencia ideal con patrimonio propio para la realización de determinados fines, patrimonio que se erige distinto y diferenciado de los pertenecientes a los socios, quienes al realizar sus aportes quedan exentos de responsabilidad frente a las deudas sociales.

El capital social responde ante los riesgos del emprendimiento y se divide en acciones.

La adquisición de acciones emitidas por la sociedad determina la condición de socio, cualidad que consiste en una especial relación jurídica que vincula al accionista con la sociedad como entidad subjetivada, supone el disfrute y ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones, por lo que el derecho de información corresponde a todos los socios, cualquiera sea la cuantía de sus aportaciones, cada uno de ellos

se constituye en acreedor a la prestación de información societaria, según indica la doctrina³.

El derecho de información es un derecho subjetivo en sentido propio, que legitima al accionista a exigir de la sociedad, a través de sus órganos, una específica prestación de informar, lejos de cualquier incertidumbre, e incluso al margen de las modalidades legisladas en el derecho positivo, señala la doctrina⁴.

Derecho consustancial e irrevocable

El Tribunal Supremo español ha dejado sentado en jurisprudencia constante y uniforme que dichos caracteres son inherentes al derecho de información del accionista. Durante la vigencia de la Ley de S.A. del año 1951 el Tribunal dictó varias Sentencias en dicho sentido, entre ellas la Sentencia 1776/1960 del 29 de marzo, la Sentencia 1988/1960 del 28 de abril, la Sentencia 92/1961 del 15 de febrero, la Sentencia 2449/1962 del 4 de octubre⁵.

Asimismo, la mejor doctrina⁶ ya en el año 1978 afirmaba la consustancialidad de este derecho como exigencia jurídica, en respuesta a la estructura de la sociedad por acciones, y además destacaba como más intensa ésta característica en el derecho de información que en el derecho de voto, en razón de que aquel es insoslayable, sea o no ejercido.

³ *Esteban Velasco, G.*, "Derecho de información del accionista", en *Derecho de Sociedades Anónimas, Capital y Acciones*, AA.VV., Alonso Ureba A. (Coordinador), Tomo II, Vol. 1, Madrid, 1994, pp. 198 y ss.

Peñas Moyano, M. J., "El derecho de información del accionista: cautelas exigidas para su efectividad (STS 15 noviembre 1994)", en *Revista de Derecho de Sociedades* n° 6 (1996), España, p. 235.

⁴ *Martínez Martínez, M. T.*, El derecho de información del accionista en la sociedad anónima, Madrid, 1999, pp. 125 y 126.

⁵ Consultas realizadas en octubre de 2017 en el sitio internet del Poder Judicial de España www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial

⁶ *Garrigues J.*, "Una vez más en torno al tema del derecho de información del accionista en la sociedad anónima", en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, AAVV, Madrid, 1978, pp. 169 y 171.



Los caracteres de consustancialidad e irrevocabilidad encierran a su vez varios elementos caracterizadores que se concatenan, por constituir el derecho de información un derecho unido a la cualidad de socio, de titularidad individual, que debe estar atribuido por normas de carácter imperativo que lo sustraigan de la voluntad de la mayoría de los accionistas, señala la doctrina⁷.

Derecho inderogable

Hace más de medio siglo la doctrina⁸ señalaba que el criterio para decidir cuáles derechos del socio eran inderogables era discutible, y recomendaba deducirlo de la propia ley.

Posteriormente el Tribunal Supremo por Sentencia del 9 de diciembre de 1996 (RJ 8788)⁹ sentó jurisprudencia al declarar: *“el derecho del accionista a ser informado es la facultad que el mismo tiene atribuida por Ley para obtener un correcto y debido conocimiento, lo más exacto posible, de la situación económica, patrimonial y financiera de la sociedad, así como los datos necesarios para calibrar la gestión social, y es éste un derecho esencial no sólo inderogable, sino, asimismo, irrenunciable...”*

La doctrina señala que el carácter inderogable del derecho del socio refiere a aquel que no puede ser alterado por acuerdo social contra la voluntad del accionista¹⁰, por tanto, podemos afirmar que este derecho no debe estar sometido a la voluntad de la mayoría reunida en asamblea.

Actualmente la “inderogabilidad” del derecho de información del socio de una sociedad de capital en el derecho español viene dada por su inclusión en la categoría

⁷ Martínez Martínez, M.T., ob. cit. p. 122.

⁸ Gíron Tena, J. *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, p. 182.

⁹ Sentencia transcripta en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, España, (s. 1ª) de 29 junio 2011. Consulta realizada el 15/05/2012, en <http://notasdejurisprudencia.blogspot.com/2011/10/mercantil-sociedades-impugnacion-de.html>

¹⁰ Gíron Tena, J. *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, p. 181.

de “derechos mínimos” que reconoce la legislación positiva a su favor, específicamente en el artículo 93 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de capital del año 2010¹¹.

Derecho de naturaleza pública y carácter imperativo

La doctrina¹² sostiene que el carácter imperativo del derecho de información del accionista está dado como prohibición de cláusulas restrictivas, más no de aquellas que modifiquen las disposiciones legales para ampliar y reforzar las posibilidades de información del socio.

La inadmisibilidad de la exclusión del derecho de información del accionista mediante disposición estatutaria, acuerdo social o pactos particulares entre socios, entre administradores, o entre administradores y socios, subraya la doctrina¹³.

En el mismo sentido el Tribunal Supremo ha resuelto numerosas Sentencias emitidas en los últimos años en las fue perfilando los atributos peculiares del derecho de información del accionista, dejando sentado que se trata de un derecho fundamental para que el accionista pueda ejercer el derecho de voto y demás derechos que le corresponden, con conocimiento de causa¹⁴.

¹¹ Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio y modificaciones. Consulta realizada el 17/06/2016 en el sitio internet de la Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado español: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544&tn=1&vd=&p=20150721&acc=Elegir>

¹² *Esteban Velasco, G.*, ob. cit., p. 202.

¹³ *Boquera Matarredona, J.*, “Aprobación de las cuentas anuales y derecho de información del socio en la sociedad anónima y en la sociedad de responsabilidad limitada, en *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, AAVV, Vol. II, Madrid, 2002, pp. 2070 y 2071.

¹⁴ Sentencia 2313/2000 del 22 de marzo de 2000, Sentencia 7192/2000 del 9 de octubre de 2000, Sentencia 5587/2004 del 29 de julio de 2004, Sentencia 1473/2006 del 21 de marzo de 2006, Sentencia 806/2007 del 22 de febrero de 2007. Consulta realizada el 06/06/2012, en el sitio internet del Poder Judicial español: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Jurisprudencia_del_TS



La vulneración del derecho de información faculta al accionista a exigir el cumplimiento de la obligación de informar y los daños y perjuicios que se le haya podido causar, según ordena el inciso 5 del artículo 197 de la Ley española de Sociedades de capital, estableciendo la norma explícitamente que el quebrantamiento del derecho de información no es causa de impugnación de la junta general; ésta última determinación legislativa ha sido dictada a contrario sensu de anterior reiterada opinión jurisprudencial, favorable a la declaración de nulidad en casos de conculcación del este derecho, en tal sentido se puede mencionar el fallo del Tribunal Supremo español contenido en la Sentencia N° 250/2008¹⁵.

Es menester que la legislación reconozca al derecho de información del socio de la sociedad y le imprima carácter obligatorio, de manera que no pueda ser modificado o excluido por pactos particulares y además es necesario que el derecho positivo establezca reparaciones en casos de violación o desconocimiento de este derecho.

Derecho autónomo

La inclusión en una disposición normativa del “derecho de información” como uno de los derechos mínimos del socio de una sociedad de capital, sin vincular a éste con el ejercicio de otros derechos, determina la *sustantividad propia* del derecho objeto de estudio, señala la doctrina¹⁶.

El legislador español ha considerado la mencionada premisa, incluyendo el derecho de información en la enumeración de derechos mínimos de los socios de todas las sociedades de capital. Asimismo, a más de ello, el artículo 196 de la Ley societaria determina las características específicas del derecho de información de los accionistas de las sociedades anónimas.

¹⁵ Sentencia Tribunal Supremo núm. 250/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 1 abril. Jurisdicción Civil. Recurso de Casación núm. 397/2001. Sociedades anónimas. Junta general: impugnación de acuerdos sociales. Consulta realizada el 06/06/2014, en el sitio internet de la Universidad Carlos III de Madrid. http://ocw.uc3m.es/derecho-privado/derecho-de-sociedades-curso-basico-sobre-la-sociedad-anonima/materiales-jurisprudencia-y-formularios/jurisprudencia/Tema_III_ANEXO_1_

¹⁶ *Sánchez-Calero Guilarte, J.*, ob. cit., pp. 632.

El ordenamiento jurídico peninsular otorga al derecho de información *carácter autónomo*, no accesorio, ni subordinado, sino en el mismo plano que otros derechos fundamentales como el derecho de asistencia y el derecho de voto en la reunión de la junta general de socios, expresa la doctrina¹⁷.

El derecho de información es el más importante de los derechos atribuidos al accionista por la Ley, es un derecho básico para el ejercicio de los demás derechos que le corresponden, constituye instrumento de control de la actuación de los administradores de la sociedad y como derecho autónomo permite al accionista conocer datos imprescindibles para adoptar decisiones de inversión o desinversión, destaca la doctrina¹⁸.

La facultad que corresponde al accionista de una sociedad anónima de informarse de los asuntos sociales es un derecho autónomo, esto es decir “independiente” del ejercicio de otros derechos que corresponden a aquel, y de tal manera debe ser reconocido por el derecho positivo.

Derecho instrumental

El derecho de información cumple además una importante función instrumental respecto al conjunto de la posición social del accionista y aunque debe tener autonomía jurídica, su peculiaridad consiste en el *carácter auxiliar* que desempeña en relación a los otros derechos del accionista, expresa la doctrina¹⁹.

Es un derecho fundamental para que el socio pueda ejercer con conocimiento de causa sus derechos sociales, en especial el derecho de voto en la Junta general de accionista, señalan la doctrina y la jurisprudencia²⁰.

¹⁷ *Martínez Martínez, M.T.*, ob. cit., p. 142.

¹⁸ *Sánchez Calero, F.*, ob. cit., p. 364.

¹⁹ *Esteban Velasco, G.*, ob. cit. p. 200.

²⁰ *Vicent Chuliá, F.*, Introducción al Derecho Mercantil, decima sexta edición, Valencia, 2003, p.319

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo español N° 6477 de 13/10/1994. Consulta realizada el 07/06/2016 en el sitio internet del Poder Judicial español: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>



En dicho sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo español Roj: STS 208/1993 del 26 de enero²¹ señaló la importancia de la recta observancia de los artículos de la Ley de S.A., entonces vigente, que reconocían el derecho de información del accionista: *“...tienen carácter imperativo e imponen, por ello, obligaciones de ineludible cumplimiento que no pueden ignorarse, ni escamotearse en aras del debido conocimiento que han de tener los accionistas para emitir responsablemente su voto....(Sentencias de 13 de abril de 1962, 3 de mayo de 1977 y 20 de junio de 1982, entre otras)”*.

Idéntico criterio subyace en la Sentencia del Tribunal Supremo Roj STS 6497/1994 del 13 de octubre²²: *“...la demanda de nulidad se fundó en no haberse cumplido el deber de información que, como es sabido es derecho fundamental de los accionistas, cuya finalidad es proporcionarles el ejercicio consciente de su derecho de voto, y cuyo ejercicio tiene como medio la solicitud de informes”*. La Sentencia del Tribunal Supremo STS 7378/1994 del 15 de noviembre²³ se expidió en el mismo sentido: *“los socios pueden obtener un conocimiento más completo de la marcha de la sociedad y pueden emitir su voto con un más fundado conocimiento de causa”*.

El ejercicio adecuado del derecho de información es condición previa para la participación de los accionistas en la sociedad, en consecuencia, es indispensable para la formación de la voluntad social y el correcto funcionamiento corporativo, destaca la doctrina²⁴.

La instrumentalidad más resaltante del derecho de información se da respecto al ejercicio del derecho de voto y al derecho de asistencia a la Junta general de socios y además es fundamento de las determinaciones del accionista individual respecto a otros derechos derivados de la condición de socio, tales como el derecho de separación de la sociedad, el derecho de impugnación de los acuerdos sociales, nos dice la doctrina²⁵.

²¹ Consulta realizada el 10/07/2016, en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

²² Consulta realizada el 10/07/2016, en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

²³ Consulta realizada el 10/07/2016, en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

²⁴ *Sánchez-Calero Guilarte, J.*, ob. cit., p. 632.

²⁵ *Martínez Martínez, M. T.*, ob. cit., pp. 140 y 141.

El carácter instrumental de la modalidad de derecho de formular preguntas relacionadas a cuestiones a ser tratadas en la reunión de socios es innegable, porque existe una estrecha conexión entre el derecho de información y el derecho de voto, así como con el derecho de asistencia a la reunión. La modalidad del derecho de examen de documentos, ejercitable antes, en ocasión y al margen de la celebración de la junta general también cumple función instrumental, destaca la doctrina²⁶.

Derecho en tutela de los intereses del socio dentro de la sociedad

Al accionista le corresponde el derecho de obtener información de las cuestiones intrasocietarias relevantes que le permitan adoptar decisiones convenientes a sus intereses patrimoniales dentro de la sociedad.

El derecho de información del accionista no está destinado a la satisfacción de intereses extra sociales, señala la doctrina²⁷.

La premisa constituye un límite a la configuración del derecho de información del accionista, en consecuencia, la normativa debe contemplar esta limitación.

Conclusión

Los caracteres jurídicos enunciados configuran con acierto el derecho de información del accionista, siendo conveniente y recomendable que el derecho positivo lo reconozca con las mencionadas características, a fin de lograr su tutela jurídica efectiva.

La protección jurídica del derecho de información de los socios de la sociedad por acciones implica la transparencia de la administración del patrimonio social, en consecuencia, impulsa el desarrollo y la perdurabilidad de las empresas, con previsibles beneficios para la economía del país.

²⁶ *Martínez Martínez, M. T.*, ob. cit., pp. 140 y 141.

²⁷ *Esteban Velasco, G.*, "Derecho de información del accionista", en *Derecho de Sociedades Anónimas, Capital y Acciones*, AA.VV., Alonso Ureba A. (Coordinador), Tomo II, Vol. 1, Madrid, 1994, p. 199.



Seguidamente se presenta un proyecto de ley cuya finalidad es proteger efectivamente el derecho de información del socio de la sociedad por acciones en la República del Paraguay, estableciendo el objeto del mismo, las formas, los plazos, los términos para su ejercicio, así como los deberes correlativos a cargo de la sociedad y la determinación del órgano más idóneo para brindar la información a los accionistas.

PROYECTO DE LEY “QUE PROTEGE EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN GENERAL Y DE LAS QUE COTIZAN EN BOLSA”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Señor

Presidente

Honorable Cámara de Senadores

Tengo el honor de dirigirme a Usted y por su digno intermedio a los Señores Senadores, con el objeto de presentar, patrocinando la creación intelectual de la Doctora en Ciencia Jurídicas María del Mar Pereira Jiménez, el Proyecto de Ley “QUE PROTEGE EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN GENERAL Y DE LAS QUE COTIZAN EN BOLSA”, que adjunto a la presente exposición de motivos.

El proyecto de Ley tiene por finalidad establecer un soporte normativo en protección del derecho de información que corresponde a los accionistas; para lograrlo se proponen modificaciones a disposiciones legales del ordenamiento jurídico vigente.

El Código Civil, Ley 1183/85 y modificaciones, contiene las normas básicas aplicables a las sociedades de capital. Dicho cuerpo legal regula también la organización y el funcionamiento del tipo societario “sociedad anónima” o “sociedad por acciones”, mayormente utilizado para establecer empresas en nuestro país. La elección de esta forma societaria permite además a las empresas participar en el mercado de valores; la Ley 1284/98 del Mercado de Valores contiene la normativa aplicable a las entidades que cotizan en el mercado bursátil.

Las nuevas tendencias del derecho de sociedades proponen que el derecho positivo brinde mayor protección a los derechos de los accionistas. El derecho de información es un derecho básico y esencial para que los accionistas puedan ejercer debidamente los demás derechos que les corresponden, siendo necesario que las disposiciones legales e imperativas lo protejan efectivamente.

Analizados los dos cuerpos legales vigentes mencionados *ut supra*, se constata que existen lagunas respecto al tema planteado, razón por la cual es necesario introducir disposiciones normativas que protejan el derecho de información del socio de toda empresa constituida bajo la forma de sociedad por acciones, sea pequeña, mediana o grande, cotice o no en bolsa de valores.

En el proyecto de ley se busca proteger el derecho de acceder a información interna societaria que corresponde a toda persona física o jurídica que realice aportaciones de capital en una sociedad por acciones, a fin de que el accionista pueda valorar su situación dentro de la sociedad, adoptar decisiones de inversión o desinversión, evaluar la actuación de los administradores, y con ello favorecer la buena gestión de la empresa. Se proponen modificaciones a determinados artículos del Código Civil, respetando en lo posible la estructura del cuerpo normativo, así como el vocabulario jurídico utilizado en el mismo.

La propuesta se inicia con la inclusión del derecho de información como derecho mínimo del socio de toda sociedad de capital, agregando un inciso al artículo 989 del Código Civil. Es necesaria la enunciación del derecho de información en la citada norma en razón de que este derecho no está reconocido explícitamente como derecho esencial, básico e imperativo en la normativa vigente. La falencia se corrige con la inclusión del inciso e) al artículo mencionado, en el que con una frase se reconoce expresamente la facultad que corresponde al socio de toda sociedad de capital de solicitar información sobre los asuntos relacionados a la administración de la sociedad, para el ejercicio de derechos sociales dentro de la sociedad.

Seguidamente el proyecto de ley plantea la modificación del artículo 1082 del Código Civil, disposición que se encuentra inserta en la Sección que regula el funcionamiento de las sociedades anónimas. El artículo refiere a la convocatoria a las asambleas ordinarias y extraordinarias, a la forma, los plazos, modos de realizarla y los medios a través de los cuales darle difusión. En el proyecto de ley que adjuntamos se respeta básicamente la redacción original, sin embargo, se amplía sustancialmente el contenido al agregar disposiciones puntuales destinadas a la protección efectiva



del derecho de información del accionista, determinando con claridad el objeto de este derecho, así como las formas, los plazos para ejercerlo con anterioridad a la celebración de la asamblea, durante la reunión, e incluso una vez finalizada la misma.

En la propuesta se modifica el plazo mínimo que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la asamblea, ampliándolo de diez a treinta días, a fin de permitir el ejercicio efectivo del derecho de información de los accionistas, determinando con ello un lapso de tiempo suficiente para que puedan acceder a la documentación relativa a la administración de la sociedad, formular preguntas, recibir respuestas, y analizarlas, de modo a acudir a la asamblea con criterios fundados, y consecuentemente adoptar las mejores decisiones en pro de la empresa y de sus propios intereses; asimismo se amplía a cuarenta y cinco días el plazo máximo entre la convocatoria y la asamblea.

Se establecen las formas y los plazos en que la sociedad, a través del correspondiente órgano, debe dar respuesta a las solicitudes de información del accionista, antes, durante y una vez culminada la asamblea.

Se incluye en la modificación del artículo 1082 del Código Civil la denominada cláusula del interés social, nominación aportada por la doctrina, facultando al directorio a denegar la información requerida por los accionistas, si la publicidad pudiere perjudicar los intereses de la sociedad. Se establece además una expresa disposición que contempla la posibilidad de que no corresponda la denegación de información si fuere solicitada por accionistas que reúnan determinado porcentaje de acciones con derecho a voto, y se permite que los estatutos de cada entidad fijen un porcentaje diferente, no inferior a un mínimo exigible, también predeterminado en el proyecto.

Se introduce además otra modificación al artículo 1082 del Código Civil, facultando al accionista, que entendiere vulnerado su derecho de información, a accionar contra la sociedad exigiendo el cumplimiento de la obligación de informar y la indemnización de daños y perjuicios, sin embargo, también se establece un límite al ejercicio del derecho del accionista, pues no podrá impugnar las decisiones de la asamblea.

Asimismo, previendo situaciones de abuso de derecho, la propuesta de modificación del artículo 1082 del Código Civil impone al accionista la responsabilidad de los

daños y perjuicios ocasionados por la utilización perjudicial de la información societaria.

Merece especial atención la protección del derecho de información del accionista con anterioridad a la celebración de la asamblea, situación que no está prevista en la legislación vigente, por cuya razón en el presente proyecto se salva la falencia introduciendo las modificaciones pertinentes al artículo 1082 del Código Civil, las que permitirán a los accionistas con derecho a voto requerir informaciones o aclaraciones sobre todos los asuntos a ser tratados en la asamblea, estableciéndose además la correlativa obligación de suministrarlas a cargo del directorio, órgano administrador de la sociedad por acciones, y un plazo previo a la asamblea en que deberán cumplir la obligación; ésta última determinación tiene el objetivo de conceder un tiempo útil a los accionistas a fin de que puedan valorar las informaciones y aclaraciones recibidas.

En el artículo 1082 del Código Civil, in fine, se incluye una disposición que protege jurídicamente el derecho de información del accionista revistiéndolo de carácter imperativo, al establecer la prohibición de incluir cláusulas restrictivas en el estatuto social.

Si bien el Artículo 1096 del Código Civil reconoce el derecho del accionista de acceder a copia del acta de la asamblea, documento en el que consta las decisiones adoptadas, cabe señalar que dicha disposición carece de sentido de oportunidad y resulta poco útil para la protección de los intereses de los socios y la buena gestión de la empresa.

El artículo 1124 inciso f) del Código Civil establece la obligación a cargo del síndico, órgano fiscalizador de la sociedad anónima, de suministrar información completa sobre las materias que son de su competencia, a los accionistas que representen al menos el diez por ciento del capital integrado, única mención normativizada y vigente que encontramos en dicho cuerpo legal respecto al derecho de información del accionista.

En la precitada norma no se reconoce las cualidades inherentes al derecho de información del accionista, el de ser un derecho individual y subjetivo, destacadas por la doctrina más actual, pues se somete a los accionistas a la condición de reunir el diez por ciento del capital integrado a fin de acceder a la información.



Asimismo, cabe destacar, la obligación de informar impuesta al síndico carece de sustento legal y natural, en razón de que no podrá informar sobre la gestión administrativa al no corresponderle dichas funciones en la estructura legal diseñada en la normativa positiva paraguaya, pues se halla explícitamente excluido de dicha gestión, según establece el artículo 1124 inciso a) in fine del Código Civil, el cual atribuye a la sindicatura exclusivas funciones de fiscalización.

En base al análisis previamente realizado en la presente exposición de motivos, es posible afirmar que las disposiciones contenidas en el artículo 1096 y en el inciso f) del artículo 1124 del Código Civil son a todas luces insuficientes y cuasi carentes de efectividad.

El derecho de información del accionista debe estar protegido por el derecho positivo, independientemente a la cuantía de la aportación que haya realizado a la sociedad; además debe estar reconocido como ejercitable con anterioridad a la realización de la asamblea, y además respecto a la documentación completa que será sometida a deliberación en la reunión de socios.

Es importante además proteger el derecho de información del accionista a fin de que pueda ser ejercitado durante el transcurso de la asamblea de accionistas y prever las situaciones en que no fuere posible satisfacer las preguntas de los accionistas en el acto de la reunión, circunstancias que han sido tenidas en cuenta en el proyecto de ley al introducir modificaciones al artículo 1082 del Código Civil.

En el proyecto se traslada la obligación de informar al órgano administrador, el directorio de la sociedad, en razón de que las funciones de gestión y representación están a su cargo, de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 1102 a 1116 del Código Civil, por tanto, a este órgano corresponde informar y aclarar sobre sus propias actuaciones.

En consecuencia, se plantea derogar el inciso f) del Artículo 1124 del Código Civil que establece entre “las atribuciones” de los Síndicos la de suministrar información a los accionistas sobre las materias de su competencia; la norma vigente contiene tres errores conceptuales; 1º) No debería contemplarse como atribución, sino como obligación; 2º) El síndico no realiza gestiones administrativas, mal puede informar a los accionistas sobre actos en los que no participa; y 3º) La determinación de un

porcentaje de representación accionarial mínimo para solicitar información desconoce los caracteres de individualidad y subjetividad inherentes al derecho de información del accionista.

Es conveniente además modificar la redacción del Artículo 88 de la Ley N°1034/98 del Comerciante, a fin de adecuar la norma a las innovaciones introducidas en el presente proyecto de ley. Se propone una mejor redacción de la norma; en reemplazo de la nomenclatura empleada se introducen nuevas voces técnicas utilizadas en la normativa impositiva vigente para nominar los documentos contables exigibles a las sociedades; se amplía a treinta días el plazo mínimo dentro del cual cada sociedad deberá poner a disposición de los socios los documentos expresamente determinados, en concordancia con idéntico plazo que deberá mediar entre la convocatoria y la celebración de la asamblea de accionistas, propuesto en la modificación del artículo 1082 del Código Civil; asimismo, se dispone que la sociedad debe expedir gratuitamente, por una vez en cada convocatoria, las copias de los documentos a los socios que las soliciten, y por último, se impone a los administradores de toda sociedad la responsabilidad de facilitar los documentos a los socios.

En cuanto al ejercicio efectivo del derecho de información de los accionistas de las sociedades anónimas de capital abierto que cotizan en el mercado bursátil, se proponen modificaciones a siete artículos de la Ley N° 1284/98 de Mercado de Valores, los Artículos 120, 148, 149, 152, 153, 159 y 166.

En el proyecto se establece la obligación, a cargo de las mencionadas sociedades, de habilitar y mantener permanentemente activos determinados medios electrónicos de información y comunicación (correo electrónico y página web), a fin de que los accionistas y los posibles inversores puedan estar suficientemente informados de la marcha de la sociedad; también la obligación de elaborar un Informe Anual de Gobierno Corporativo que incluya la descripción de la estructura de propiedad y de administración de la empresa en la práctica, debiendo remitirlo previamente a la Comisión Nacional de Valores, y una vez aprobado publicarlo en la página web.

Con la propuesta de modificación de la Ley del Mercado de Valores se adapta la normativa a las nuevas tecnologías que permiten comunicaciones inmediatas, eficientes y seguras, incorporando de esta manera el ejercicio telemático del derecho de información del accionista, favoreciendo también el acceso del público inversor, nacional y extranjero, a información relevante y fidedigna de cada sociedad anónima cuyos valores cotizan en el mercado bursátil paraguayo.



Se amplía a cuarenta y cinco días el plazo que debe mediar entre la solicitud y la convocatoria a la realización de asambleas de las sociedades, en concordancia con la ampliación a treinta días mínimos que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de las mismas, planteada en la propuesta de modificación del artículo 1082 del Código Civil.

En cuanto a la modificación de la Ley del Mercado de Valores, se remite al artículo 1082 del Código Civil, trasladando a la normativa mercantil todas las garantías propuestas a favor del derecho de información del accionista.

Se concede una medida a favor de las entidades constituidas bajo la forma de sociedad anónima de capital abierto; facultándolas a liberarse parcialmente de la obligación de informar a sus accionistas realizando un trabajo previo de formulación de preguntas y respuestas más comunes y publicándolo en el sitio web de la empresa.

Se faculta además al accionista de la sociedad anónima de capital abierto a elegir el medio material a través del cual recibir información escrita, por vía electrónica o en soporte papel en su domicilio.

Cualquiera sea el medio utilizado para solicitar información, la responsabilidad de suministrarla a través de los medios legalmente establecidos corresponderá a los directores de la sociedad anónima de capital abierto, es decir al órgano administrativo, disposición en concordancia con las propuestas de modificación de los artículos 1082 y 1124 del Código Civil, y con las disposiciones vigentes establecidas en el artículo 1111 del Código Civil.

El informe de auditoría externa es uno de los documentos más importantes al que los accionistas deberían tener acceso, a objeto de estar informados cabalmente de la marcha de la sociedad, antes de la realización de la asamblea ordinaria (artículo 149 de la Ley del Mercado de Valores), por este motivo en la propuesta de modificación se establece la obligatoriedad de la realización de auditoría externa a las sociedades anónimas de capital abierto, sustituyendo en el artículo 152 la palabra “podrá” por “deberá”. La medida tornará obligatoria la designación de auditores externos para examinar los estados financieros de las sociedades anónimas de capital abierto, otorgando mayores garantías al derecho de información de todos los accionistas.

En la propuesta además se incluyen otras medidas: la obligación a cargo de las entidades de incluir en la página web corporativa todas las publicaciones de las convo-

catorias a asambleas; la obligación de publicar en la página web de la Comisión Nacional de Valores la cancelación de la autorización para efectuar oferta pública. Por otro lado se establecen facultades regladas a cargo de la Comisión para la reglamentación de las disposiciones referidas a la implementación de los medios electrónicos y del modelo del Informe Anual de Gobierno Corporativo.

La determinación de obligar a la sociedad anónima emisora de capital abierto, a crear y mantener activa una página web corporativa, permitirá que se desarrollen en el futuro otros instrumentos de información y participación, tales como foros electrónicos, asociaciones de accionistas, participación a distancia en las asambleas.

Por último, se propone introducir en la Ley del Mercado de Valores una disposición respecto a las resoluciones de carácter reglamentario de la Comisión Nacional de Valores, a fin de que sean publicadas en su respectiva página web, disposición que daría rango legal a una práctica ya habitual del órgano estatal.

Señor Presidente, en base a las consideraciones expuestas, confiamos en que realizará las actuaciones necesarias para la aprobación del presente proyecto de ley. Sin otro particular, hago propicia la ocasión para saludarlo con mi consideración más distinguida.

PROYECTO DE LEY “QUE PROTEGE EL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES EN GENERAL Y DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES QUE COTIZAN EN BOLSA”

ARTÍCULO 1°: OBJETO. El objeto de la presente ley es proteger el derecho de información de los accionistas de las sociedades anónimas en general y de las sociedades anónimas que cotizan en bolsa.

ARTÍCULO 2°: MODIFÍCASE el Artículo 989 de la Ley 1183/85 Código Civil, **ampliado por la Ley 5063/13**, que quedará redactado como sigue:

DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS

Artículo 989: *Los socios podrán:*

a) exigir de la sociedad el reembolso de lo anticipado con conocimiento de ella para obligaciones sociales, así como el reintegro de las pérdidas por ellos sufridas;



Los socios responderán a prorrata de su interés social, y la parte de los insolventes se dividirá de igual manera;

b) exigir que los demás permanezcan en la sociedad, mientras no tenga justa causa de separación. Se entenderá que la hay cuando el administrador nombrado en el contrato social renunciare o fuere removido, o si existiendo derecho para la exclusión de algún socio, no se le permitiere hacer uso del mismo;

c) renunciar en cualquier tiempo cuando la sociedad fuere por plazo indeterminado, a no ser que dicha renuncia sea de mala fe o intempestiva;

d) resolver por unanimidad de votos la reconducción tácita de la sociedad, cuando su término de duración haya fenecido y siempre que entre el vencimiento y la reconducción no hayan transcurrido más de dos años En estos casos, no se aplicará lo dispuesto en el inciso a) del Artículo 1003, hasta tanto se haya cumplido el plazo establecido en este inciso, sin que los socios hayan resuelto la prórroga o reconducción de la sociedad cuyo término de duración se haya cumplido;
y,

e) solicitar informaciones sobre los asuntos relacionados a la administración de la sociedad, para el ejercicio de derechos dentro de la sociedad.

ARTÍCULO 3°: MODIFÍCASE el Artículo 1082 de la Ley 1183/85 Código Civil, que quedará redactado como sigue:

Artículo 1082: *La asamblea será convocada por medio de publicaciones hechas en un diario durante cinco días, con treinta días de anticipación, por lo menos, y no más de cuarenta y cinco días. Deberá mencionarse el carácter de la asamblea, fecha, hora y lugar de reunión, orden del día y los requisitos especiales exigidos por los estatutos para la participación de los accionistas.*

La segunda convocatoria, por no haberse llevado a cabo la asamblea, se hará dentro de los treinta días siguientes, y las publicaciones se efectuarán por tres días con ocho de anticipación como mínimo.

Los accionistas con derecho a voto podrán solicitar informaciones o aclaraciones por escrito sobre los asuntos a ser tratados en la asamblea, hasta diez días antes de la fecha fijada para la celebración en primera convocatoria. El directorio deberá suministrarlas por escrito, acompañando los correspondientes documentos, con no menos de cinco días de anticipación a la fecha fijada para la reunión.

Durante la celebración de la asamblea los accionistas con derecho a voto podrán formular preguntas en forma verbal sobre los asuntos incluidos en el orden del día de la convocatoria, las que deberán ser contestadas verbalmente por el directorio, de todo lo cual se dejará constancia por escrito en el acta de la reunión.

En caso de imposibilidad de satisfacer el requerimiento en el acto de la reunión, las contestaciones deberán ser proporcionadas por el directorio en forma escrita a los accionistas solicitantes dentro del plazo de siete días posteriores a la celebración de la asamblea.

No se informará sobre asuntos que perjudiquen el interés social, situación que será determinada por el directorio por mayoría y comunicada por escrito a los accionistas solicitantes.

El directorio no podrá denegar información cuando fuere requerida por accionistas que representen cuando menos el veinte por ciento de las acciones con derecho a voto. Los estatutos podrán fijar otro porcentaje que no sea inferior al cinco por ciento de las acciones con derecho a voto.

El accionista cuyo derecho de información fuere vulnerado podrá accionar contra la sociedad exigiendo el cumplimiento de la obligación de informar y la indemnización de daños y perjuicios. No podrá impugnar las decisiones de la asamblea.

La responsabilidad de los daños y perjuicios ocasionados por la utilización perjudicial de la información recibida recae en el accionista.

El derecho de información del accionista reconocido en el presente artículo no podrá ser restringido en el estatuto social.

ARTÍCULO 4º: MODIFÍCASE el Artículo 1124 de la Ley 1183/85 Código Civil, DEROGÁNDOSE el inciso f). La norma quedará redactada como sigue:

Artículo 1124: Son atribuciones de los síndicos:

a) fiscalizar la dirección y administración de la sociedad, a cuyo efecto deben asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones del directorio, y de las asambleas, a todas las cuales deben ser citados.

a) Esa fiscalización se cumplirá en forma ilimitada y permanente sobre las operaciones sociales, pero sin intervenir en la gestión administrativa.



- b) examinar los libros y documentación siempre que lo juzguen conveniente y, por los menos, una vez cada tres meses;*
- c) verificar en igual forma las disponibilidades y títulos-valores, así como las obligaciones y la forma en que son cumplidas; igualmente pueden solicitar la confección de balances de comprobación;*
- d) controlar la constitución y subsistencia de la garantía de los directores y solicitar medidas necesarias para corregir cualquier irregularidad;*
- e) presentar a la asamblea ordinaria un informe escrito y fundado sobre la situación económica y financiera de la sociedad, dictaminado sobre la memoria, inventario, balance y cuenta de ganancias y pérdidas;*
- g) convocar a asamblea extraordinaria, cuando lo juzguen necesario; y a asamblea ordinaria, cuando omitiere hacerlo el directorio;*
- h) hacer incluir en el orden del día de la asamblea los puntos que consideren procedentes;*
- i) vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a las leyes, estatutos, reglamentos y decisiones de las asambleas;*
- j) fiscalizar las operaciones de liquidación de la sociedad; y*
- k) investigar las denuncias que los accionistas le formulen por escrito, mencionarlas en sus informes a la asamblea y expresar acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que correspondan, debiendo convocar de inmediato a asamblea para que resuelva a su respecto, cuando la situación investigada no reciba del directorio el tratamiento que conceptúen adecuado y juzguen necesario con urgencia.*

ARTÍCULO 5°: MODIFÍCASE el Artículo 88 de la Ley N° 1034/83 del Comerciante, que quedará redactado como sigue:

Artículo 88: La memoria de los administradores, los estados financieros, el informe del síndico y el informe del auditor externo, estos dos últimos si fueren legalmente exigibles, serán los documentos que deberán quedar depositados en la sede social a disposición de los socios con treinta días de anticipación a la celebración de la asamblea. La sociedad expedirá gratuitamente por una vez en cada convocatoria las copias

de los documentos a los socios que lo solicitaren. La responsabilidad de facilitar los documentos a los socios corresponderá a los administradores de la sociedad.

ARTÍCULO 6°: MODIFÍCASE el Artículo 120 de la Ley 1284/98 del Mercado de Valores, que quedará redactado como sigue:

Artículo 120°: Las sociedades anónimas de capital abierto son las que hacen oferta pública de sus acciones conforme a esta ley.

En su denominación social deberán incluir, aunque no esté prevista en los estatutos, la expresión “sociedad anónima emisora de capital abierto”, pudiendo hacerlo también en forma abreviada por la sigla “S.A.E.C.A.”.

No podrán agregar dicha expresión o su abreviatura, las sociedades anónimas que hagan oferta pública de otros valores que no sean acciones, las cuales estarán sujetas sin embargo a las demás disposiciones que rigen a las sociedades de capital abierto.

Cada sociedad anónima de capital abierto deberá habilitar y registrar ante la Comisión un correo electrónico que sirva para la comunicación con sus accionistas y una página web destinada a los accionistas y al público en general.

Un Informe Anual de Gobierno Corporativo con información referida a la estructura de propiedad y a la estructura de administración en la práctica deberá ser elaborado por cada sociedad, remitido a la Comisión, y una vez aprobado, publicado en la página web de la sociedad y de la Comisión.

La Comisión deberá dictar las normas destinadas a implementar y dar seguridad al correo electrónico y a la página web de las sociedades, y a establecer un modelo de Informe Anual de Gobierno Corporativo. Será responsabilidad de los directores de la sociedad mantener activos el correo electrónico y la página web, así como la elaboración y publicación del Informe Anual de Gobierno Corporativo.

ARTÍCULO 7°: MODIFÍCASE el Artículo 148 de la Ley 1284/98 del Mercado de Valores, que quedará redactado como sigue:

Artículo 148: Las asambleas serán convocadas por el directorio de la sociedad o por el síndico, además:

a) A asamblea ordinaria o extraordinaria, según sea el caso, cuando así lo soliciten accionistas que representen, a lo menos, el 5% (cinco por ciento) del capital



social, si los estatutos no han fijado una representación distinta, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la asamblea; y,

b) A asamblea ordinaria o extraordinaria, según sea el caso, cuando así lo requiera la Comisión, con respecto a las sociedades sometidas a su control, sin perjuicio de su facultad para convocarlas directamente.

Las asambleas convocadas en virtud de la solicitud de accionistas o de la Comisión, deberán celebrarse dentro del plazo de cuarenta y cinco días a contar de la fecha de la respectiva solicitud.

ARTÍCULO 8º: MODIFÍCASE el Artículo 149 de la Ley 1284/98 del Mercado de Valores, que quedará redactado como sigue:

Artículo 149: *Tanto las asambleas ordinarias como las extraordinarias pueden ser convocadas en cualquier momento, según las materias que sean de su competencia. La asamblea ordinaria deberá convocarse obligatoriamente al menos una vez al año, dentro de los cuatro meses posteriores al cierre del ejercicio, para tratar la memoria anual del Directorio, los estados contables, la distribución de utilidades y los informes de auditoría y del síndico.*

Se deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1082 del Código Civil respecto a los medios, los plazos, las formas, las oportunidades de las convocatorias a asambleas, y en lo relativo al derecho de información del accionista, objeto, formas, plazos de ejercerlo, órgano responsable de informar, límites y responsabilidades de su ejercicio.

El correo electrónico registrado por el accionista en la sociedad deberá ser el medio utilizado para el ejercicio del derecho de información y el respectivo cumplimiento del deber de informar a cargo de la sociedad, o a elección del accionista, deberá registrar su domicilio en la sociedad a fin de recibir respuestas escritas a las solicitudes de información.

La información solicitada por el accionista no deberá ser suministrada por la sociedad si se encontrare publicada en la página web en formato preguntas – respuestas. El directorio de la sociedad deberá publicar las convocatorias de todas las asambleas en la página web de la sociedad.

ARTÍCULO 9º: MODIFÍCASE el Artículo 152 de la Ley 1284/98 del Mercado de Valores, que quedará redactado como sigue:

Artículo 152: *La asamblea ordinaria de accionistas deberá designar a los auditores externos con el objeto de examinar la contabilidad, el inventario, el balance y otros estados financieros.*

Los auditores externos serán designados de una terna que presentará el directorio, seleccionada de entre los habilitados e inscriptos en el registro que lleve la Comisión al efecto.

Los estatutos sociales o la asamblea respectiva podrán delegar en el directorio las facultades de designación y remoción de los auditores externos. Los cargos de auditores son indelegables.

ARTÍCULO 10: MODIFÍCASE el Artículo 153 de la Ley 1284/98 del Mercado de Valores, que quedará redactado como sigue:

Artículo 153: *Los auditores tendrán la obligación de informar por escrito a la asamblea ordinaria respectiva sobre el cumplimiento de su mandato. Dicho informe será entregado a la sociedad por lo menos con treinta días de anticipación a la fecha de la celebración de la asamblea, a fin de que los accionistas puedan, dentro de dicho plazo, tomar conocimiento de su contenido.*

Los auditores podrán concurrir a las asambleas con derecho a voz, pero sin derecho a voto.

ARTÍCULO 11: MODIFÍCASE el Artículo 159 de la Ley 1284/98 del Mercado de Valores, que quedará redactado como sigue:

Artículo 159: *La Comisión deberá ser informada dentro de los cinco días posteriores a la asamblea extraordinaria que resuelve el retiro, acreditándose el cumplimiento de los requisitos para adoptar tal decisión.*

Una vez comprobado dicho cumplimiento, la Comisión aprobará el retiro y suspenderá automáticamente la autorización para efectuar oferta pública de los valores de que se trate.

La sociedad deberá publicar avisos durante tres días anunciando la cancelación de la autorización para efectuar oferta pública. Los avisos se publicarán en un diario de gran circulación en la República, en la página web de la sociedad y en la página web de la Comisión, en forma destacada.



ARTÍCULO 12: MODIFÍCASE el Artículo 166 de la Ley 1284/98 del Mercado de Valores, que quedará redactado como sigue:

Artículo 166: *Las resoluciones de carácter reglamentario de la Comisión deberán ser publicadas en un diario de amplia circulación nacional y sólo entrarán en vigencia a partir del día siguiente de la última publicación, o desde el día que ellas determinen.* Deberán ser publicadas en la página web de la Comisión desde el día de vigencia.

ARTÍCULO 13: DERÓGANSE todas las disposiciones contrarias a las modificaciones contenidas en la presente Ley.

ARTÍCULO 14: Norma Transitoria. La presente Ley entrara en vigor a los 90 (noventa) días de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.

ARTÍCULO 15: Norma Transitoria. La Comisión Nacional de Valores tendrá un plazo de seis meses, a contar desde la vigencia de la presente ley, a fin de reglamentarla.

ARTÍCULO 16: Norma de rigor. Comuníquese al Poder Ejecutivo.



LA SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES A LA CONTRATANTE EN LA LEY 2051/03 “DE CONTRATACIONES PÚBLICAS”

Procedimiento. Jurisdicción competente

Contract suspension and termination due to causes attributable to contractor, as per law 2051/03 “Government procurement and state contracting”.

Procedures. Competent jurisdiction

MARÍA LORENA SEGOVIA AZUCAS¹

RESUMEN

La compra pública se considera actualmente como una herramienta de desarrollo y una actividad estratégica del Estado. Según datos suministrados por la Dirección de Contrataciones Públicas (DNCP), al 07/09/17 la Administración Pública ha realizado adjudicaciones por un total de Gs. 8.995.765.479.565, esto sin considerar las contrataciones excluidas de la Ley 2051/03, lo que da cuenta de su gran incidencia en la economía. El presente trabajo realiza un análisis de la Ley 2051/03 “DE CONTRATACIONES PÚBLI-

¹ Magister en Derecho Civil y Comercial. Actualmente cursando la Maestría en Contrataciones Públicas. Realizó curso de especialización en derecho administrativo en la Universidad de Salamanca (España) y de actualización en derecho administrativo y administración pública organizado por la Universidad de Buenos Aires en convenio con La Ley Paraguaya. Es Docente de la Facultad de Derecho de la UNA.



CAS” y su modificatoria Ley N° 3.439/07 respecto a las prerrogativas de la Administración para la terminación de la relación contractual, la rescisión contractual administrativa, la suspensión de la ejecución del contrato, el procedimiento correspondiente y la determinación de la jurisdicción competente. Estos temas son de interés y actualidad en el ámbito de la contratación pública, ante el número creciente de proveedores y contratistas que pretenden la suspensión de sus obligaciones contractuales y la rescisión administrativa de sus contratos, ante la falta de pago por parte del Estado. Las conclusiones arribadas pretenden aclarar dudas y dar respuesta a las interrogantes planteadas, de forma a motivar el debate respecto a modificaciones legislativas futuras.

Palabras clave: *contratación administrativa – terminación contractual- rescisión contractual administrativa- suspensión de la ejecución del contrato – jurisdicción competente.*

ABSTRACT

Government Procurement is nowadays considered as a development tool and a strategic Government activity. According to data provided by the General Directorate of Government Procurement and Contracting (DNCP), up to 07/09/17 the Public Administration awarded contracts for up to Gs. 8.995.765.479.565, without considering contracts excluded from Law 2051/03, which illustrates the strong influence on the country's economy.

The hereby research performs an analysis on Law 2051/03 on “GOVERNMENT PROCUREMENT AND STATE CONTRACTING” and its amending Law N° 3.439/07 with regard to the Government's prerogatives for termination of contractual relationships, administrative contract termination, suspension of contracts, corresponding procedures and determination of competent court jurisdiction.

These are all topical issues within the Government Procurement scope, in the face of the growing number of suppliers and contractors that seek the suspension of their contract obligations and administrative termination of their contracts, based on default on the part of the Government. The conclusions of

this work intend to clear up doubts and provide answers to the many questions raised, to encourage debate on future legislative amendments.

KEY WORDS: *administrative contracting – contractual termination - contractual administrative rescission - suspension of contract performance – competent court jurisdiction*

I. Introducción

La República del Paraguay como Estado Social de Derecho, unitario, indivisible y descentralizado; adopta para su gobierno la democracia representativa y pluralista, que es ejercida por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Dentro de este contexto normativo constitucional, para la consecución de sus fines el Estado Paraguayo requiere de planes y políticas que sólo pueden ser ejecutadas contando con una Administración debidamente organizada con procedimientos sistematizados, comúnmente admitidos y adecuados a la realidad concreta del país, realizándolos por sí o a través de los particulares, para lo que requiere en este último caso la suscripción de **contratos administrativos**.

En base a estas precisiones, planteamos la siguiente investigación referida exclusivamente a la Ley 2051/03 “DE CONTRATACIONES PÚBLICAS” y su modificatoria Ley N° 3.439/07 (en adelante ambos cuerpos normativos la LEY) que **establecen** el Sistema de Contrataciones del Sector Público y tienen por **objeto regular las acciones** de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control **realizado para las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas** por parte de los organismos de la Administración Central del Estado, integrada por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la República, el Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y los órganos del Estado de naturaleza análoga; los gobiernos departamentales; las universidades nacionales; los entes autónomos, autárquicos, de regulación y de superintendencia; las entidades públicas de seguridad social; las empresas públicas y las empresas mixtas; las sociedades anónimas en las que el Estado sea socio mayoritario; las entidades financieras oficiales;



la Banca Central del Estado, y las entidades de la Administración Pública Descentralizada; y las municipalidades;

El Sistema de Contrataciones del Sector Público establecido por la LEY, determina el procedimiento a seguir por las entidades, con ***carácter obligatorio***, a efectos de la ***formación de la voluntad contractual y la selección del contratante por parte de los organismos*** ya individualizados y las exclusiones previstas en el Artículo 2º, considerando que los contratos de concesiones de obras y servicios públicos y los de participación público-privado APP tienen una regulación propia.

Se realiza un análisis de la Ley 2051/03, su modificatoria y decretos reglamentarios respecto a las prerrogativas de la Administración para la terminación de la relación contractual por causas imputables a la contratista, el derecho de la contratista a dar por terminado el contrato por culpa de la contratante, la rescisión contractual administrativa, la posibilidad de suspensión de la ejecución del contrato, el procedimiento correspondiente y la determinación de la jurisdicción competente.

El tema no ha sido elegido al azar, sino que responde al problema generalizado de una importante cantidad de proveedores y contratistas del Estado por la mora en el pago de sus acreencias contractuales por parte de los organismos de la Administración Central del Estado y otras instituciones individualizadas en la Ley, lo que provoca graves perjuicios a aquellos.

II. Contratación administrativa

La figura jurídica “*contrato*” pertenece al derecho general, siendo común al derecho privado y al derecho público. Tanto en el derecho privado como en el público se trata de un *acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos*. En el “*contrato administrativo*”, existen caracteres propios que lo distinguen del contrato de derecho privado: la presencia de prerrogativas especiales correspondientes a la Administración Pública durante el lapso de ejecución del contrato y el cumplimiento de fines estatales típicos. Estos contratos se rigen primordialmente por el Derecho Público y con un régimen jurídico único y específico.

En el Paraguay, dentro del marco normativo de la Ley 2051/03, la definición de Contrato Administrativo está dado en el Artículo 3º Inc. d) donde se puntualiza que

Contratación Pública o Contratación Administrativa es todo acuerdo, convenio o declaración de voluntad común, por el que se obliga a las partes a cumplir los compromisos a título oneroso, sobre las materias regladas en esta ley, independientemente de la modalidad adoptada para su instrumentación.

La definición del Artículo 3° Inc. d) de la LEY no permite la identificación precisa de todas las características puntuales que distinguen a los contratos administrativos, debiendo rescatarse de otros artículos de la Ley 2051/03 las notas particulares que diferencian la Contratación Pública o Administrativa de los contratos del Derecho Privado, lo que nos lleva a la necesidad de integrar la definición realizada en la LEY, sumando a la idea básica de *acuerdo, convenio o declaración de voluntad común* las demás particularidades que distinguen al contrato administrativo.

Adentrándonos en el texto legal verificamos que las notas características de los contratos administrativos se encuentran presentes en diferentes disposiciones de la LEY.

– **LA PRESENCIA OBLIGADA DE LA ADMINISTRACIÓN** delimitada en el Artículo 1° de la LEY que establece como uno de los sujetos de la relación a los organismos de la Administración, en concordancia con la definición de **contratante** realizada en el inciso e) del Artículo 3° que engloba a todo organismo, entidad y municipalidad que, como consecuencia de un procedimiento de adjudicación, suscriba cualesquiera de los contratos regulados por la Ley 2051/03.

– **EL OBJETO DE LA LEY** que se refiere a la regulación de carácter obligatorio para la Administración respecto a las acciones de planeamiento, programación, presupuesto, contratación, ejecución, erogación y control los mismos en las adquisiciones y locaciones de todo tipo de bienes, la contratación de servicios en general, los de consultoría y de las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas que realicen las instituciones previstas en el Artículo 1° de LA LEY.

– **LAS PRERROGATIVAS ADMINISTRATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN** durante la ejecución del contrato que se fundan en el *fin perseguido* con la contratación, sustentado en el principio medular de precautelar el interés general (Artículo 128 CN) y en razón de lo cual se pretende obtener la satisfacción del interés público, de la mejor manera y respetando los principios de la contratación previstas en el Artículo 4°. Estas prerrogativas administrativas se encuentran numeradas en el Artículo 55° de la LEY.



La conceptualización de “*Contratación Pública o Contratación Administrativa*” realizada en la LEY no difiere de las conceptualizaciones realizadas por ilustres autores del derecho administrativo como *Cassagne, Balbín, Marienboff, Dromi y Bielsa*.

Otra cuestión a tener en cuenta en la definición del inciso d) del Artículo 3°, es que la LEY consagra que la forma adoptada (*acuerdo, convenio o declaración de voluntad común*) no sustraerá su calidad de contrato administrativo, con lo que otorga la *calificación genérica* de contrato administrativo a varias figuras sin importar su naturaleza, siempre y cuando, se den los presupuestos exigidos en la Ley: es decir, se celebren por los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 1 de la Ley, sean onerosos y referidos a las materias reguladas en la misma.

III. Las prerrogativas administrativas en la contratación

Una de las características más específicas de los contratos administrativos son las prerrogativas de la Administración. Dichas prerrogativas son potestades legales de naturaleza reglada, puesto que sólo la Ley puede conferir atribuciones que unilateralmente incidan sobre el contenido de los contratos.

En los contratos administrativos, la Administración cuenta con un medio formal determinado que le permite ejercer derechos que sobrepasan las facultades propias de los sujetos privados, y así tenemos el privilegio de la decisión ejecutoria y unilateral en razón de la cual puede decidir desde la perfección y validez del contrato, su interpretación y el modo, tiempo y forma de las prestaciones debidas por el contratista hasta la calificación de situaciones de incumplimiento, imposición de sanciones, prórroga del contrato, responsabilidades del contratista y su garantía y liquidación del contrato. No obstante, estas potestades deben ejercerse dentro de los límites y con sujeción a los requisitos establecidos en la Ley. Por tanto, no son poderes arbitrarios, sino que deben practicarse sin desnaturalizar el objeto del contrato.

Respecto a las prerrogativas del poder público, *García de Enterría* sostiene que no existen exorbitancias a ultranza sino equilibrio contractual, de manera que la contratación administrativa exhibe una singularidad que circula entre dos polos: la constante adaptación al interés público que autoriza a disponer la mutabilidad del contrato y, como contrapartida, el deber legal de respetar la mutabilidad del contrato y, como contrapartida, el deber legal de respetar la llamada “ecuación financiera del

contrato”. Las prerrogativas se refieren íntegramente, al plano del ejercicio de derechos, no propiamente al fondo de los mismos, siendo la prerrogativa extraordinaria por excelencia la del privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato a reserva de recurso *ex post* contra la misma. En virtud de este privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre la concurrencia de motivos objetivos de extinción o la liquidación del contrato, entre otros. Inversamente, el contratista cuando pretenda que se produzca cualquiera de esos efectos, incluso cuando se trate de un incumplimiento de la Administración, tiene la carga de solicitar de ésta la resolución pertinente.

Para *Marienhoff*, son cláusulas de ese tipo las “que sobrepasan el ámbito de ese derecho –derecho común–, sea porque en éste dichas cláusulas son inusuales o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual” “Trátase de cláusulas a través de las cuales, en definitiva, se le reconocen a la Administración prerrogativas de poder. Estas prerrogativas no se conciben en un contrato entre personas particulares”.

Es de trascendental importancia en la contratación administrativa la posición jurídica de la Administración que le autoriza a adoptar decisiones que deben ser cumplidas por la otra parte, independientemente del derecho que le asiste a esta última de impugnarlas *ex post* ante la jurisdicción competente. Estas prerrogativas no son propiamente del contrato sino derivadas del privilegio general de ***autotutela de la Administración*** que le permite proteger por sí misma sus propias sin necesidad de recabar tutela judicial.

Es necesario considerar que las prerrogativas administrativas otorgadas a favor del contratante deben de alguna forma compensarse pues de lo contrario, no existirían empresarios que tuvieran interés en contratar con la administración ante el alto riesgo que implica la posibilidad legal de modificación, rescisión o suspensión del contrato. Tampoco debe perderse de vista lo ya señalado anteriormente respecto al interés primordial de la contratante de que el contrato se cumpla y que frente a las prerrogativas administrativas se yergue la obligación de mantener el equilibrio de la ecuación financiera del contrato.

Las prerrogativas de la Administración se encuentran previstas en el Artículo 55 de la LEY y son las siguientes: *a) a que se ejecuten los contratos en sus términos y*



condiciones y, en su caso, a exigir su cumplimiento forzoso; b) a modificar unilateralmente el contrato por razones de interés público, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan, si hubiere mérito; c) a suspender o rescindir el contrato por razones de interés público; d) a declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso; y e) a imponer las sanciones previstas en los contratos y a ejecutar las garantías, cuando el proveedor o contratista no cumpla con sus obligaciones. Finalmente, en el último párrafo del artículo puede leerse: “*Las resoluciones adoptadas por las contratantes en ejercicio de estas prerrogativas, se ejecutarán de inmediato*”.

El contratista a quien afecte la decisión administrativa es titular de la obligación declarada por la contratante por la fuerza misma de la declaración, sin excluir la impugnación mediante la vía judicial. Como podemos comprobar, la **autotutela de la Administración** está muy claramente definida en el Artículo 55 in fine, de modo que no existen dudas acerca de su aplicación a los contratos administrativos regulados por la Ley 2051/03. Sin embargo, la **autotutela administrativa** está supeditada a la posibilidad de que un juez revise la decisión pues de lo contrario, se convertiría en absolutismo. La articulación entre la **autotutela administrativa** que reviste a los actos administrativos de la presunción de legitimidad se articula con la **tutela jurisdiccional** de forma a que la primera actúa de forma inicial y la segunda revisa la legalidad de lo cumplido por la primera.

El Artículo 82° del Decreto 21909/03 “Que reglamenta la Ley 2051/03 De Contrataciones Públicas” respecto a las Prerrogativas de la Contratante preceptúa: “*En sus relaciones contractuales con los proveedores y contratistas, las Contratantes tendrán las prerrogativas establecidas en el Artículo 55° de la Ley. Las decisiones adoptadas por la Contratante en el ejercicio de tales prerrogativas deberán ser fundadas y podrán ser recurridas por los Contratistas o Proveedores ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los plazos establecidos en la legislación respectiva. Opcionalmente, los afectados podrán:*

1. *Plantear la reconsideración administrativa de la decisión ante la Contratante dentro del plazo de diez días corridos, recurso que deberá ser resuelto dentro del mismo plazo. Si la Contratante no se expidiere en dicho plazo, se considerará denegada la petición.*

2. Solicitar la intervención de la Unidad Central Normativa y Técnica (actualmente Dirección Nacional de Contrataciones Públicas), dentro del mismo plazo, para que ésta convoque a una audiencia de avenimiento conforme con el procedimiento establecido en el Título Octavo, Capítulo Segundo de la Ley.

La interposición del recurso de reconsideración ante la Contratante o de la solicitud de avenimiento ante la Unidad Central Normativa y Técnica suspende el plazo para interponer la demanda contenciosa administrativa hasta que la petición sea resuelta”.

El Artículo 82 del Decreto 21.909/03 establece “... *las decisiones adoptadas por la Contratante en el ejercicio de tales prerrogativas deberán ser fundadas y podrán ser recurridas por los Contratistas o Proveedores ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los plazos establecidos en la legislación respectiva...*” con lo que la jurisdicción contencioso-administrativa no invade el ámbito de producción de la autotutela administrativa ni interfiere en el desarrollo, pudiendo intervenir únicamente cuando la autotutela se hubiera producido para verificar si se ajusta o no a derecho.

IV. La extinción de los contratos administrativos

Al respecto de la extinción el Artículo 57 de la LEY establece: “*Los contratos* terminarán: a) por cumplimiento de las obligaciones contractuales; b) por mutuo acuerdo de las partes; c) por sentencia ejecutoriada de la autoridad jurisdiccional, que declare la nulidad, resolución o rescisión del contrato; d) por decisión unilateral de la Contratante, en caso de incumplimiento del proveedor o del contratista; e) por muerte del proveedor o contratista persona física, o por disolución de la persona jurídica, siempre que esta última no se origine por decisión interna voluntaria de sus órganos competentes.

Asimismo, el Artículo 60 establece la posibilidad de la **Terminación Por Causas Imputables a la Contratante**, pudiendo el proveedor o el contratista dar por terminado el contrato, por las siguientes causas imputables a la Contratante: a) *por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días calendario*; b) *por la suspensión de los trabajos por más de sesenta días calendario, dispuestos por la Contratante, sin que medie fuerza mayor o caso*



fortuito; y, c) cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables y no se hubiesen solucionado los defectos dentro de los sesenta días calendario siguientes a aquél en que el proveedor o contratista lo hubiere hecho del conocimiento de la Contratante

Cabe referir que bajo el término ***rescisión administrativa*** se han englobado en el Artículo 59 de la LEY todos los supuestos de terminación unilateral administrativa de la Contratante.

a. La Decisión Unilateral de la Contratante, en caso de incumplimiento del proveedor o del contratista. Rescisión administrativa.

Esta es una de las causas de terminación de los contratos prevista con carácter general en el Artículo 725 del Código Civil Paraguayo, otorgándose la posibilidad a una de las partes de solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la otra. En la contratación administrativa el mismo principio está previsto en el inciso d) del Artículo 57 de la LEY respecto a la Contratante. La terminación del contrato debe ser utilizada como ***ultima ratio***, por los perjuicios que puede producir el fracaso en la ejecución del contrato. Debemos tener en cuenta que la Administración cuenta con otros mecanismos para obtener el cumplimiento del contrato como ser, por ejemplo, la aplicación de multas coercitivas, evitando con ello el sufrimiento del interés público y forzando la voluntad para el cumplimiento.

Si bien la norma habilita a la terminación anticipada del contrato, el ***PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN*** de los contratos válidamente celebrados debe tenerse en cuenta de forma restringir la posible terminación sólo en caso que se constate la existencia de un incumplimiento grave por parte del contratista, se evidencie la ausencia de voluntad de cumplimiento por parte del contratista o el acaecimiento de un hecho que lo impida definitivamente.

A pesar de la bilateralidad de la relación, en los contratos administrativos existe desigualdad de las partes en la posibilidad de la rescisión administrativa concedida a la Administración y la terminación por culpa de la Administración. La Administración puede declarar rescindido un contrato de forma unilateral.

Según la doctrina esta es una potestad o prerrogativa que no necesita de una norma legal positiva que la sustente, por cuando que se trata de una ***“cláusula exorbitante”*** implícita de la Administración, en cuyo mérito ésta tiene ejecutoriedad propia respecto de sus actos, o sea la ***action d’office*** o el ***privilege du préalable*** de la doctrina

francesa. En el Paraguay, sin embargo, la facultad de rescisión unilateral se encuentra enumerada entre las prerrogativas de la Administración en el Artículo 55 y en el Artículo 59 de la LEY, con lo que no se presta a discusión la cuestión.

La rescisión unilateral implicará una sanción por “culpa” o “falta” cometida por el contratista o proveedor en el cumplimiento de sus obligaciones. Si bien, la rescisión que disponga la Administración Pública es “ejecutoria”, no produce “cosa juzgada”, por cuanto puede ser impugnada por el contratista o proveedor ante el Poder Judicial.

La atribución de la Administración de rescindir unilateral y administrativamente los contratos y determinar sus efectos prevista en el Art. 55 de la LEY no otorga el derecho recíproco al contratista o proveedor, que necesariamente debe recurrir al Poder Judicial para obtenerlo o la aceptación del contratante. La Ley 2051/03 en su Artículo 59 prevé la facultad de **rescisión administrativa** a favor de la Administración como **facultad potestativa y discrecional** de la contratante en consonancia a lo ya señalado en párrafos anteriores de que el interés primordial de la Administración es el cumplimiento del contrato. A las causales enumeradas en los incisos a), b), c), d) y e) Artículo 59, se suman los otros supuestos que pudieran establecerse en los contratos de acuerdo con su naturaleza (Artículo 59 Inciso h) de la LEY) y el caso de haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición de esta ley (Artículo 59 de la Ley 2051/03 inc. f).

De igual forma, el Artículo 59 instituye las fases del procedimiento de rescisión, que se inicia a partir de que al contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de diez días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte en su caso, las pruebas que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo, se resolverá considerando los argumentos y pruebas hechas valer, y la determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de los quince días hábiles a lo señalado en el inciso a) del Artículo 59.

La posibilidad de la rescisión administrativa es una **prerrogativa administrativa** que se justifica en la necesidad de que la contratante procure los intereses generales de forma eficaz, en el entendimiento que no pueden paralizarse la ejecución de los planes y políticas por la necesidad de recabar previamente la asistencia judicial. Ahora bien, no podemos dejar de señalar que esta prerrogativa de la **autotutela**



administrativa constituye una tentación permanente de ser utilizada en forma indebida y arbitraria.

La decisión del contratista o proveedor por causas imputables a la contratante

El Artículo 60 de la LEY establece que el proveedor o el contratista podrán dar por terminado el contrato, por las siguientes causas imputables a la Contratante: ***a) por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días calendario; b) por la suspensión de los trabajos por más de sesenta días calendario, dispuestos por la Contratante, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; y, c) cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables y no se hubiesen solucionado los defectos dentro de los sesenta días calendario siguientes a aquél en que el proveedor o contratista lo hubiere hecho del conocimiento de la Contratante.***

Como ya se ha adelantado, en el tópico anterior la Ley no otorga al proveedor o contratista la posibilidad de iniciar el procedimiento administrativo de rescisión, facultad otorgada exclusivamente a favor de la contratante en los casos previstos en el Artículo 59. Es por ello, que de darse alguno de los supuestos enumerados en el Artículo 60 de la LEY, el contratista necesariamente deberá obtener la ***tutela judicial*** de sus derechos e ínterin ello, deberá dar cumplimiento a la prestación comprometida salvo que obtuviera la suspensión del contrato.

Esta fundamental desigualdad de posiciones entre la contratante y el contratista se da en razón de las prerrogativas concedidas a la Administración conforme ya fuera explicado suficientemente. La ausencia de un procedimiento de rescisión administrativa en el caso de culpa de la contratante para dar por terminado el contrato no es una omisión en el texto legal sino una de las manifestaciones de las notas especiales de la contratación administrativa. En caso que el contratista o proveedor decidiera la terminación del contrato por acaecimiento de alguna de las causas previstas en el Artículo 60 de la LEY, no podrá solicitar la intervención judicial de forma directa, sino que requerirá el pronunciamiento previo de una decisión de la contratante.

A dicha conclusión arribamos por interpretación de lo dispuesto en el Artículo 55 Inciso d) que prevé entre las prerrogativas de la contratante “***declarar la resolución o rescisión del contrato, y determinar los efectos procedentes en cada caso***”; con lo cual, teniendo en cuenta que al contratista o proveedor no le asiste el

derecho de rescindir administrativamente el contrato por aplicación de la disposición antes citada, tampoco podrá acudir en forma directa a la instancia jurisdiccional sino que deberá plantear la terminación contractual ante la contratante, debiendo obtener un pronunciamiento de la Administración.

Partiendo entonces de lo precedentemente fundado que nos remite al Artículo 55, el procedimiento a seguir es el previsto en el Artículo 82 del Decreto 21909/03 y en tal sentido, la decisión adoptada por la Contratante ante el planteamiento del contratista o proveedor deberá ser fundada, pudiendo en éstos recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de los plazos establecidos en la legislación respectiva contra la resolución recaída, si la considerasen contrario a sus derechos. Opcionalmente, podrá plantear la reconsideración administrativa de la decisión ante la Contratante dentro del plazo de diez días corridos o solicitar la intervención de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, lo que tendrá efecto suspensivo

Nótese que ni la LEY ni el reglamento establecen un plazo para la decisión de la contratante lo cual coloca al peticionante en una situación de indefensión puesto que al no existir plazo fijado no es posible operativizar el Artículo 40 de la Constitución Nacional que consagra la denegatoria ficta por el transcurso del plazo previsto en la norma y habilita la siguiente etapa recursiva. Esta deficiencia de la normativa obliga al proveedor o contratista a la promoción de la acción de *amparo de pronto despacho*, en caso de silencio de la Administración, de forma a obtener una decisión susceptible de recurso ante lo contencioso-administrativo.

Solamente si la administración deniega la terminación del contrato en forma expresa o tácita luego de un amparo por mora, el contratista podrá acceder a la jurisdicción contencioso administrativa dentro del plazo de 18 días de conformidad a lo dispuesto en la Ley 4046/10. La competencia de lo contencioso administrativo está dada por el Decreto Reglamentario 21.909/03.

V. Suspensión del contrato

Como ya lo hemos analizado en el tópico sobre la terminación por decisión del contratista o proveedor por causas imputables a la contratante, existen causas que pueden motivar la rescisión contractual previstas en el Artículo 60 de la LEY. Asimismo, el Artículo 56 inc. c) in fine de la LEY regula entre los derechos de los proveedores y contratistas: “c) *a que se le reconozcan intereses financieros, en caso de que*



las contratantes incurran en mora en el pago. Si la mora fuera superior a sesenta días, el proveedor o contratista tendrá derecho a solicitar de la Contratante la suspensión del contrato, por motivos que no le serán imputables”

Realizado el pedido por parte del proveedor o contratista, no se ha determinado en la Ley ni en el Decreto reglamentario el plazo dentro del cual deberá resolverse la petición, lo que significará para el peticionante tener que recurrir a una *acción de amparo de pronto despacho* para obtener pronunciamiento.

De las condiciones previstas en la Ley 1.462/35 podríamos concluir *ab initio* que la denegatoria sería susceptible de su estudio ante lo contencioso administrativo. Sin embargo, atento a las disposiciones del Artículo 3º de dicha ley que establece los requisitos que deberán reunirse para promover demanda contencioso-administrativa contra las resoluciones administrativas es mi opinión que la denegatoria de la suspensión no puede considerarse como vulneración de un derecho administrativo pre-establecido a favor del demandante. Asimismo, otra cuestión a considerarse es que el Artículo 82 del Decreto 21909/03 sólo habilita la instancia contencioso-administrativa contra las decisiones adoptadas por la Contratante en el ejercicio de sus prerrogativas establecidas en el Artículo 55 y en tal sentido, la suspensión del contrato por causa de la mora en el pago por parte de la Administración no se encuentra prevista como tal.

Por tanto, en base a estas consideraciones considero que la suspensión del contrato es una cuestión accesoria, que sólo podría plantearse judicialmente como una medida cautelar dentro de un proceso en el que se discutiera la terminación del contrato por causa imputable a la convocante de conformidad a las previsiones del Artículo 82 del Decreto 21.909/03.

VI. Conclusiones

Terminado el estudio razonado de las disposiciones contenidas en la LEY y sus reglamentaciones, podemos concluir.

a) Que el contratista o proveedor puede solicitar la terminación del contrato por causas atribuibles a la contratante (Artículo 60 de la Ley 2051/03) pero, para ello necesariamente deberá realizar el planteamiento previamente ante la contratante en

razón de lo dispuesto en el Artículo 55 Inciso d) De la LEY. Sólo una vez que se pronuncie la contratante se encuentra habilitada la vía contencioso-administrativa para que el contratista o proveedor obtenga la tutela judicial.

b) Que no existe posibilidad legal que el contratista o proveedor realice la rescisión administrativa por cuanto esa es una potestad exclusiva de la contratante. El contratista o proveedor tiene el derecho de solicitar a la contratante la suspensión del contrato en caso que la mora de la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones fuera superior a sesenta días, pero, la contratante no tiene la obligación de acceder a la petición. La denegatoria de la suspensión no habilita la instancia contencioso-administrativa en tanto que dicha resolución no reúne el requisito previsto en el Artículo 3º de la Ley 1.462/35.

c) Que la jurisdicción competente para brindar la tutela judicial en el caso la terminación contractual por causas imputables a la contratante es la contencioso-administrativa de conformidad a lo previsto en el Artículo 82 del Decreto 21909/03.

Bibliografía

Bielsa, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1966.

García de Enterría Eduardo, Fernández Tomás-Ramón *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, Decimoséptima Edición, 2015.

Balbín, Carlos F., *Curso de Derecho Administrativo*, LL, Tomo II.

Mariénboff, Miguel S., en su Tratado de derecho administrativo, T. III-A, Cap. I “Principios generales”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

Santos Briz, Jaime, *La contratación privada*, Cap. X, La función del contrato: contratos civiles y contratos administrativos, Madrid, Montecorvo, 1966.

Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 4º Edición Actualizada, 1995.



LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PARAGUAYO

Cybercrime in the Paraguayan legal system

ELENO QUIÑÓNEZ ACEVEDO¹

RESUMEN

En este artículo se quiere graficar el tratamiento legal en Paraguay de los llamados delitos informáticos, y a partir de ahí determinar si la respuesta jurídico-penal otorgada a este tipo de hecho resulta apropiada o deviene necesaria la previsión penal de esta conducta. El tipo de estudio adoptado en este artículo es descriptivo, pues busca realizar una caracterización del fenómeno a ser estudiado: hechos de suplantación de la identidad informática. Asimismo, el enfoque del presente trabajo es cualitativo, pues se centra en comprender esencialmente a cabalidad las aristas de los delitos informáticos. Todo esto con el objeto de averiguar si la respuesta penal otorgada a este hecho, tiene asidera legal en el sistema penal paraguayo. En el epílogo de la investigación se ha llegado a la conclusión que el Estado paraguayo debe atender a través del sistema penal, la vulneración de bienes jurídicos, causadas con la comisión de los delitos informáticos. Como medida primordial urgente

¹ Abogado egresado de la UNA (2012), Cuadro de Honor. Maestría en Ciencias Penales por la UNA, tema de tesis “*Tratamiento legal y jurisprudencial en Paraguay de la Suplantación de la identidad digital en redes sociales*” pendiente de defensa (2014). Especialista en Ciencias Penales por la UNA (2013). Especialista en Didáctica de la Educación Superior por el Rectorado UNA (2016). Capacitación en Ciencias Penales por la UNA (2013). Egresado de la Especialización de Formación inicial judicial, promoción XVI (2015-2016) de la Escuela Judicial-Consejo de la Magistratura. Asistente Fiscal de la Unidad Especializada de Delitos Informáticos del Ministerio Público. Auxiliar de cátedra en la asignatura Derecho Procesal Penal, turno tarde, de la Facultad de Derecho-UNA, sede central.



se debe proveer al Ministerio Público de herramientas jurídicas para la persecución penal de la conducta, mediante su tipificación en el Código Penal.

Palabras clave: *delitos informáticos, sanción penal, bienes jurídicos, informática.*

ABSTRACT

In this article we want to graph the legal treatment in Paraguay of the so-called computer crimes, and from there determine if the legal-penal response granted to this type of fact is appropriate or becomes necessary the criminal prosecution of this behavior. The type of study adopted in this article is descriptive, as it seeks to make a characterization of the phenomenon to be studied: facts of impersonation of the computer identity. Also, the focus of the present work is qualitative, since it focuses on essentially comprehending the edges of computer crime. All this in order to find out if the criminal response granted to this fact, has legal support in the Paraguayan penal system. In the epilogue of the investigation, it has been concluded that the Paraguayan State must address through the criminal system, the violation of legal rights, caused by the commission of computer crimes. As an urgent priority, the Public Ministry should be provided with legal tools for the criminal prosecution of conduct, through its definition in the Criminal Code.

Keywords: *computer crimes, criminal penalties, legal rights, computer science*

Concepto de delitos informáticos

Una de las crisis actuales del derecho penal contemporáneo es la conceptualización de lo que se entiende por delitos informáticos, la delimitación y alcance de su contenido o estudio. Se puede dar un intento de conceptualización de delitos informáticos. Para ello es importante resaltar que la Ley N° 1160/97 “Código Penal” del Paraguay, con sus leyes modificatoria, no contiene ningún artículo, capítulo o título, que regule expresamente un tipo penal con la denominación de “delitos informáticos”.

Por lo tanto, para tratar de definir y determinar en qué consisten los delitos informáticos, *Ríos Estavillo* (1997, p. 114) afirma que es imperioso recurrir a las dos materias que integran la relación del presente estudio como son la informática y el derecho. Así, el mencionado autor dice que a la informática se recurre para conocer las conductas que la comunidad científica tecnológica cree que debe ser protegido por el derecho y; al derecho debe acudir para determinar si esas conductas (que la informática señala) es un delito, para posteriormente sancionarlo y dar cumplimiento con sus objetivos.

Si se busca la definición de delito, se puede decir que "...deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley" (*Ramírez Martínez*, 2004, p. 259). Al respecto, el Código Penal paraguay (Ley N° 1160/97), no trae una definición de lo que debe entenderse por delito, es más solo hace mención a "delitos" en dos artículos; así en el Art. 13 de la Clasificación de los hechos punibles: ... delitos los hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad de hasta cinco años, o multa; y en el Art. 27 Punibilidad de la tentativa; inc. 2º... la tentativa de los delitos lo es sólo en los casos expresamente previstos por la ley.

Por consiguiente, desde el punto de vista normativo penal del derecho paraguay, delito no debe ser entendido como lo entiende la doctrina, en el ordenamiento jurídico penal nacional, delito es una categoría de los hechos punibles, que se diferencia de la otra categoría, crimen, por la expectativa de pena, pues los delitos tienen pena de 6 meses a 5 años de pena privativa de libertad, en cambio los crímenes tienen expectativa de pena de más de 5 años hasta el máximo, es decir, 30 años. Entonces, lo que es delito en la doctrina, el Código Penal paraguay lo denomina hechos punibles, que se puede definir, realizando una integración de los artículos 1º y 14 de la ley penal sustantiva, como aquellas conductas típicas, es decir que la conducta se halla descripta en una norma anterior al hecho que a la vez contiene la consecuencia jurídica (penas o medidas), antijurídica o no amparada por una causa de justificación y reprochables.

Realizadas las advertencias previas, "no habrá delito, pues, cuando la conducta de un hombre que utiliza las computadoras y/o su tecnología no se adecua a alguno de esos tipos penales" (*Ríos Estavillo*, 1997, p. 114). Entonces si se quiere averiguar si una conducta es delito informático, obligatoriamente debe observarse la parte espe-



cial del Código Penal, para buscar la respuesta a dicha interrogante, es decir la conducta debe estar descripta en unos de los articulados. En ese orden de cosas, si se hiciera una revista a las disposiciones legales penales, del ordenamiento jurídico paraguayo, la respuesta sobre la existencia de los delitos informáticos sería negativa ya que como tal no se encuentran tipificadas o no se encuentran siquiera bajo un bien jurídico tutelado único. Esto hace que sea necesaria, como lo afirma *Ríos Estavillo* (1997) consultar la doctrina nacional o comparada para saber la variedad de conductas a las que se les da el nombre de delitos informáticos y, a partir de ahí, analizar si se adecuan o no a las conductas tipificadas en la ley penal vigente.

Asimismo, el autor mexicano *Téllez Valdés*, define a los delitos informáticos, diciendo que “son todas aquellas conductas ilícitas específicas e infracciones de evidente carácter técnico, susceptibles de ser sancionadas por el derecho penal, bien sea territorial, extraterritorial o internacional y que para su ejecución el infractor se vale de las computadoras y otros medios electrónicos afines o colaterales como medio o fin de realización”.

Por lo tanto, el autor, luego de estudiar y analizar los conceptos arriba citados, considera que delitos informáticos² son todas aquellas conductas típicas, antijurídicas y reprochables que vulneran algún bien jurídico tutelado por el Derecho Penal, en cuya comisión, la informática o la telemática constituyen un medio o fin, esencial o fundamental.

Es imperioso fundamentar la conceptualización, sugerida en el presente artículo, de delitos informáticos. En consecuencia, se debe advertir, como se dijera más arriba, que este es un concepto jurídico-legal, es así que deliberadamente, en la definición, se utiliza, en primer lugar, el término conducta, que de acuerdo al Código Penal paraguayo (ver Art. 14, inc. 1º num. 1) son las acciones y omisiones. En esta primera parte del concepto se quiere reafirmar nada más, que el Derecho Penal sólo castiga las conductas humanas o como afirmaran *Rolón Fernández & Rodríguez Kennedy* (2004, p. 143) “la conducta humana (es) el punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto al que se agregan la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad

² En cuanto a la denominación de esta forma de criminalidad, la doctrina especializada ha propuesto infinidad de nombre como ser el cybercrimen, cyberdelio, delincuencia informática, delitos electrónicos-telemáticos, delitos binarios, delitos cibernéticos, delitos de alta tecnología, etc.

y la punibilidad que trasforman la conducta humana en delito o crimen.”. Asimismo, los autores citados afirman que las “dos formas de comportamiento penalmente relevantes son: la acción y la omisión... ambas constituyen para formar la definición del delito junto con los elementos básicos de la teoría” (pp. 146, 147).

Ahora bien, en cuanto a lo que debe entenderse por acción u omisión, es una cuestión ampliamente debatida en la doctrina penal desde hace mucho tiempo, que ha dado al surgimiento de más de una teoría al respecto (entre las más importantes se citan: la Teoría Causal, La Teoría Final y la Teoría Social de Acción) que no constituye el cometido de este trabajo, pero se invita a profundizar sobre el tema en la obra de los profesores *Rolón Fernández & Rodríguez Kennedy* (2004, pp. 143-160), solo se dirá aquí que acción es toda conducta voluntaria dirigida hacia un fin del autor y omisión es dejar de hacer, por el autor, de una acción que se encuentra en condiciones de realizar, cuyo cumplimiento es exigido por una norma penal.

Esta conducta debe ser típica, antijurídica y reprochable, es decir debe reunir, la conducta, todos los presupuestos de punibilidad, lo que en doctrina penal se conoce como Teoría del Delito o Teoría del Hecho Punible. Al respecto *Rolón Fernández & Rodríguez Kennedy* (2004, p. 124) “Se llama teoría del delito a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general; es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito... Consiste en facilitar la averiguación de la presencia o ausencia del delito, en cada caso concreto”.

Por lo tanto, para que una conducta sea considerada delitos informáticos, en primer lugar la misma debe ser típica, es decir el supuesto hipotético debe estar descripto expresamente en una norma penal, o como afirman los autores *Rolón Fernández & Rodríguez Kennedy* (2004, p. 171) “Tipo...Es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo una norma penal...selecciona los comportamientos humanos imputables; sirve de garantía puesto que sólo las prohibiciones y obligaciones pueden ser sancionadas penalmente”.

En consecuencia, el primer requisito para que una conducta cometida, en contra de los medios informáticos o a través de los mismos, para que sea considerada delitos informáticos, deberá estar expresamente descripta en una norma los elementos de la conducta. Por ejemplo, se puede afirmar que la conducta de sabotaje de sistemas informáticos, en la legislación penal paraguaya, es típica, ya que los elementos de la conducta de este delito se encuentran previstos expresamente en el Art. 175 del Código Penal paraguayo, que expresa: Sabotaje de sistemas informáticos: “1º *El que*



obstaculizara un procesamiento de datos de un particular, de una empresa, asociación o de una entidad de la administración pública, mediante: 1. un hecho punible según el artículo 174, inciso 1º (Alteración de datos); o 2. la destrucción, inutilización, sustracción o alteración de una instalación de procesamiento de datos, de una unidad de almacenamiento o de otra de sus partes componentes indispensable...”.

El segundo requisito o presupuesto exigible, para que la conducta sea considerada delitos informáticos, es que la misma sea antijurídica. Así, para que “...el acto humano constituya delito tiene que ser contrario al derecho, debe violar las normas jurídicas” (Rolón Fernández & Rodríguez Kennedy, 2004, p. 197); y de las definiciones del Art. 14, inc. 4, del Código Penal paraguayo, se tiene que una conducta es antijurídica cuando “*la conducta...cumpla con los presupuestos del tipo penal (tipicidad) y no esté amparada por una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, etc.)*”.

El tercer requisito, para la punibilidad de una conducta, que sea considerada de delitos informáticos, es que la misma se reprochable. La reprochabilidad es “*la reprobación basada en la capacidad del autor de conocer la antijuridicidad del hecho realizado y de determinarse conforme a ese conocimiento*” (Art. 14, inc. 5, Código Penal paraguayo). Es decir, que el autor de una conducta que se encuadre en un tipo penal de delitos informáticos, al momento de la realización de la conducta, tuvo que conocer o tener la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta (conocer que su actuar es contraria a la norma y que no se encuentra justificada); y asimismo, también tuvo que tener la posibilidad (la libertad) de adecuarse, comportarse, a la luz de ese conocimiento³.

En la definición propuesta, se menciona que la conducta que se encuadre en un tipo de delitos informáticos, puede vulnerar más de un bien jurídico, es decir, no vulneran un bien jurídico único, sino más bien son conductas pluriofensivas⁴, que violan varios bienes jurídicos, como la propiedad, el patrimonio, la intimidad, la prueba

³ Debe tenerse presente que entre las situaciones que excluyen la reprochabilidad, el Código Penal paraguayo, reconoce a: Error de Prohibición (Art. 22); Trastorno Mental (Art. 23);

⁴ En el mismo sentido Hernán C. Wacker; Diego Rojo Delaux; & Francisco Curi, en la obra colectiva “Derecho Informático 4”. Editorial Juris. Argentina. 2005, p. 134, quienes afirman: “El bien jurídico tutelado por este tipo de delitos (informáticos) puede ser cualquiera de los protegidos por el Derecho Penal...”.

documental, etc. Esta parte de la definición, será desarrollada a cabalidad en el capítulo de los “Bienes Jurídicos vulnerados por los delitos informáticos”.

Por último, se dirá de la definición propuesta, que en la conducta que acaece en el mundo, para que sea considerado de delitos informáticos, a parte de los elementos ya citados hasta aquí, debe observarse un elemento más, quizás el esencial y diferenciador (y que hace a la especialización del derecho penal para la atención de estas conductas) de otras conductas previstas en el Código Penal. El elemento al que se hace referencia es la informática o telemática. Así, en estas conductas, la informática telemática debe ser determinante, como medio o fin, en la comisión del hecho. Esto hace a la especialidad de los delitos informáticos y que permite diferenciarlo de un delito “común” cometido por medios informáticos. Para que se entienda esto, se ofrece un ejemplo: En un delito “común” como el de amenaza, se puede utilizar a la informática en la comisión de dicho hecho punible, enviando correos electrónicos, utilizando Internet, que contiene una amenaza de muerte. En el ejemplo propuesto, se observa claramente que el bien jurídico vulnerado es la Libertad, tipificado en el Art. 122 del Código Penal paraguayo, pero para la comisión del hecho se ha utilizado a la informática, como medio, a través de la utilización de una cuenta de correo electrónico (por Internet) se ha enviado un correo a un destinatario, que contiene mensajes amenazantes.

En estos casos, conductas (la ejemplificada) como delitos comunes cometidos a través de la informática y no delitos informáticos propiamente⁵.

Se dice que, en estos casos, como en la ejemplificada más arriba, la informática es un medio más de comisión del hecho. En la amenaza, por ejemplo, nada obsta que la misma se ejecute de otra forma o por otros medios, como por ejemplo verbalmente, por medio de carta manuscrita, por medio de un periódico, etc. y no necesariamente por medios informáticos o telemáticos, por lo que se puede decir que la

⁵ Existen varios autores que hablan sobre esto, incluso algunos que se cuestionan sobre la existencia o no de los delitos informáticos, como por ej. el autor *Saez Capel*. Una obra que puede consultarse para diferenciar entre delitos comunes, que utiliza la informática como medio, y el delito informático propiamente es “*Delitos Informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*” de los autores *Enrique Orts Berenguer, Margarita Roig Torres*. Editorial: Tirant lo Blanch. 2001.



informática o telemática no es esencial en la comisión del hecho en cuestión, sino más bien, reiterando, constituye un medio de comisión más.

Se infiere entonces, de todo lo referenciado más arriba, que en los delitos informáticos, la utilización de la informática o la telemática, resulta esencial, necesaria o fundamental, ya que sin ella no podría cometerse dichos hechos⁶. Es esta cualidad delictiva la que lo diferencia de los delitos comunes cometidos por medios informáticos. Así, por ejemplo, la Alteración de datos del Art. 174 del Código Penal paraguayo, es un delito informático, ya que no podría cometerse sin la utilización de la informática o la telemática, la conducta no podría desplegarse en otro mundo que no sea la informática. Esto resulta del concepto de datos en esta norma, que son los “... *almacenados o se transmitan electrónicamente o magnéticamente, o en otra forma no inmediatamente visible*” (inc. 3º del Art. 174 del C. P. paraguay). Por ende, no puede darse la Alteración de un dato, conforme al Art. 174, que no sea mediante la utilización de la informática, ya que los datos son electrónico o magnético, es decir no accesible mediante la utilización de un programa informática, que traduzca o lea esos datos.

Cuando se habla de la informática como fin debe entenderse en este caso que la conducta se está dirigida o tiene la finalidad de “dañar”, dar de baja, inutilizar un sistema informático. Debe entenderse la informática en sentido de sistemas informáticos, y este entendido en el concepto dado por el ARTÍCULO TANTO DEL CÓDIGO PENAL, la informática en el sentido de programación, de software, por lo tanto, si los dispositivos físicos o hardware constituyen el objeto de la conducta criminal, y que la misma se encuentra abarcado por un tipo tradicional del Código Penal (ej.

⁶ En el mismo sentido, pero con otras palabras, *Beatriz Di Totto Blanco*, al hablar de la legislación penal venezolana, en la obra colectiva “Pruebas, procedimientos especiales y ejecución penal” – VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal– con nuevas ponencias 3ª Edición- Editorial Universidad Católica Andrés Bello. Venezuela. 2005, p. 562, quien afirma: “... *por consiguiente, no forman parte de la categoría de delitos informáticos aquellas conductas que vulneran bienes jurídicos tradicionales cuando el uso indebido de la tecnología de información constituye un más de los medios de comisión posibles u ofrece similar efectividad en relación con cualquier otro a los efectos de producir el resultado. Es el caso de la difamación, la extorsión, el terrorismo, la legitimación de capitales, entre otros delitos, en los cuales la herramienta tecnológica dista mucho de superar o reemplazar a los diversos modus operandi tradicionales que coexisten con ella y que muchas veces compiten con éxito en eficacia delictiva...*”.

daño, hurto, robo), estos se excluyen de la definición de delitos informáticos propuesto. Se toma aquí parte de la idea de Camacho Losa, en su obra *El delito informático*, pp. 25-26 para ilustrar mejor el concepto propuesto.

Bien jurídico protegido en los delitos informáticos

Antes que nada, se debe decir que los bienes jurídicos “...son circunstancias dadas o finalidad que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (Roxin, 1997, p. 56). En cuanto a las funciones que cumplen, en el derecho penal, al decir de los autores López Camelo & Jarge (2004, p. 21)⁷, sirven para constituir un límite al *ius puniendi* del Estado, ya que éste sólo puede dictar leyes penales en miras a la protección de bienes jurídicos, no de meros sentimientos o simples valores éticos- y sociales. Asimismo, el bien jurídico, sirve en el derecho penal, conforme al criterio de los autores citados, para la interpretación y aplicación de la norma penal, pues la interpretación de la norma se debe hacer a partir del bien jurídico que tiende a proteger.

González Rus, resalta la importancia de la determinación del bien jurídico protegido diciendo: “Sólo cuando se defina con la suficiente precisión qué debe ser protegido en relación con los intereses que se desenvuelven en Internet y en las redes de transmisión de datos podrá efectuarse de manera certera la determinación de los riesgos que resulta admisibles y, consecuentemente, de las conductas que deben ser eventualmente mandadas o prohibidas” (2007, p. 13). Seguidamente sentencia el autor citado que “Como en tantos otros ámbitos del Derecho Penal actual, la identificación de los bienes jurídicos que deben ser eventualmente protegidos resulta, pues, la cuestión central” (2007, p. 13).

Ahora bien, cuáles son los bienes jurídicos que el derecho penal quiere proteger con la punición de los llamados delitos informáticos, el autor toma la postura de la doctrina mayoritaria y legislación penal comparada es la de considerar que los delitos informáticos no afectan o vulneran a un bien jurídico ofensivo en específico, sino más bien son conductas delictuales *pluriofensivas*, pues afectan más de un bien jurídica, por lo tanto con la tipificación (previsión) en la legislación penal de los delitos



informáticos se quiere proteger (al menos eso sucede en la legislación penal paraguaya) todos esos bienes jurídicos vulnerados, como ser la intimidad, la privacidad, la propiedad, el patrimonio, la prueba documental o la seguridad del tráfico jurídico, que resultan ser al final de cuentas el bien jurídico protegido, como se afirmara en la propia definición propuesta, que los delitos informáticos pueden afectar cualquier bien jurídico que protege el Derecho Penal, y lo que hace que este delito se diferencie de los delitos comunes, es la utilización de la informática o la telemática como elemento fundamental del tipo penal.

Los delitos informáticos en el Código Penal paraguayo

Los delitos informáticos en el Derecho Penal nacional, recién se emerge con la sanción y entrada en vigencia de la Ley 1160/97 Código Penal, y así, empieza a forjarse esta rama del Derecho Penal, con la tipificación de determinadas conductas, que sólo pueden ser cometidas mediante la utilización de la informática o las redes telemáticas.

En ese sentido, los tipos penales previstos en la Ley N° 1160/97, que podría considerarse de delitos informáticos son las siguientes: en el Título II “Hechos Punibles contra los Bienes de las Personas”; Capítulo II “Hechos Punibles contra Otros Derechos Patrimoniales”; **Art. 174 Alteración de datos**; **Art. 175 Sabotaje de computadoras**. El Capítulo III, “Hechos Punibles contra el Patrimonio”, del mismo Título II, **Art. 188 Operaciones fraudulentas por computadora**. En el Título V “Hechos Punibles contra las Relaciones Jurídicas”; Capítulo II “Hechos Punibles contra la Prueba Documental”, **Art. 248 Alteración de datos relevantes para la prueba**.

Sin embargo, el avance de la tecnología hizo necesaria una reforma y ampliación del Código Penal en este punto, que fue posible con la sanción y promulgación de la Ley N° 4439/2011. Esta ley es denominada también de los “Delitos Informáticos”.

Sobre el punto se puede agregar que, de acuerdo a los autores paraguayos *Contreras Saguier & Preda Del Puerto* (2012, p. 207) “...castigar delitos informáticos no resulta una novedad de esta ley, pues nuestro vanguardista Código Penal de 1997 ya previó varios hechos punibles que atienden a la criminalidad Informática. Entre otros, Arts. 174, 175, 188 y 248 del CP, versión Ley 1160/97...”.

Así, se puede afirmar que en el ordenamiento jurídico penal paraguayo, de conformidad a la configuración de los tipos penales y a la organización institucional del

órgano persecutor de esta forma de criminalidad, el Ministerio Público, con la creación de la Unidad Especializada de Delitos Informáticos, constituyen delitos de este ámbito los siguientes tipos penales del Código Penal Ley N° 1160/97: **Artículo 174 Alteración de datos**, artículo **175 Sabotaje de computadoras**, artículo **188 Operaciones fraudulentas por computadora** y artículo **248 Alteración de datos relevantes para la prueba**. Asimismo, la Ley que modifica y amplía el Código Penal N° 4439/11, se considera delitos informáticos los siguiente tipos penales: artículo **146 b) Acceso indebido a datos**; artículo **146 c) Interceptación de datos**; artículo **146 d) Preparación de acceso indebido e interceptación de datos**; artículo **174 Alteración de datos**; artículo **174 b) Acceso indebido a sistemas informáticos**; artículo **175 Sabotaje de sistemas informáticos**; artículo **188 Estafa mediante sistemas informáticos**; artículo **248 Alteración de datos relevantes para la prueba**; artículo **248 b) Falsificación de tarjetas de débito o de crédito y otros medios electrónicos de pago**.

Conclusión

A partir de lo estudiado, se tiene que los delitos informáticos constituyen nuevas conductas criminales que se pueden considerar de carácter *sui generis*, con particularidades y peculiaridades que no se puede comparar con cualquier otro hecho punible.

En primer lugar, se trata de un hecho punible, pluriofensivo, pues afecta a más de un bien jurídico, no tiene un bien un jurídico único de protección como en los Delitos sexuales o los Delitos ambientales, por citar algunos ejemplos.

Lo que caracteriza a los delitos informáticos es la esencialidad del factor informático en la conducta disvaliosa, es decir, ya sea que la informática sea el medio o el fin de la conducta, lo que predomina en la acción es la afectación de la informática. Pero esta afectación informática, para ser considerado delito debe estar prevista en una norma penal, para que adquiera la referencia penal.

Es por ello, que se ha definido a los delitos informáticos como toda conducta típica, antijurídica y reprochable para cuya comisión la informática resulta esencial como medio o como fin.



Es esta línea la seguida por el Código Penal actual, pues no se realiza una agrupación de los delitos informáticos en un capítulo único, como lo hacen otros códigos penales.

Referencias

Adán Del Río, Carmen, en: Cuadernos penales José María Lidón- Núm. 6. Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos Aspectos. Editorial Universidad de Deusto, Bilbao España, 2009.-

Di Tutto Blanco, Beatriz, en la obra colectiva “*Pruebas, procedimientos especiales y ejecución penal*” – VII y VIII Jornadas de Derecho Procesal Penal- con nuevas ponencias 3ª Edición- Editorial Universidad Católica Andrés Bello. Venezuela. 2005.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo: *Derecho Penal e Internet*. Editorial Lex Nova. Valladolid-España, 2011.-

González Rus, Juan José, en la obra colectiva: *Delito e Informática: algunos aspectos*. Editorial Universidad Deusto. Bilbao España, 2007.

Gutiérrez Francés, Mariluz. Fraude Informático y estafa, Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid-España, 1991.

López Camelo, Raúl Guillermo & JARQUE, Gabriel Darío: *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca-Argentina, 2004.

Mendez Báez, Richard Alejandro. *El delito informático. El nuevo rostro del delito*. Edición Marben Editora & Gráfica S.A. Asunción-Paraguay, 2013.

Ríos Estavillo, Juan José: *Derecho e informática en México*. Editorial Universidad Autónoma de México, México, 1997.

Téllez Valdés, Julio: *Derecho Informático. 2ª Ed.* Editorial McGraw-Hill/Interamericana de México, 1998.

Ramírez Martínez, Guillermo. *Desempeño Organizacional. Retos y enfoques contemporáneos*. Editorial Origami-Universidad de Occidente. México. 2004, p. 259.



COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

International judicial competence

EDGAR RIFFLER¹

RESUMEN

Uno de los problemas que se plantean en los contratos internacionales es el de la competencia judicial internacional, sin embargo, tanto en el ámbito regional como universal no se cuenta con un sistema normativo adecuado, resultando las normas locales insatisfactorias para el tráfico jurídico internacional actual, y que por ello impiden llegar a un necesario estado de libertad, seguridad y justicia al cual debe apuntar todo ordenamiento jurídico.

Palabras clave: *Tratados de Montevideo; Sistema Interamericano; prevalencia de las normas de conflicto; principios de razonabilidad y proximidad.*

ABSTRACT

One of the problems that arise in international contracts is what is referred to international judicial jurisdiction, but at the regional and universal level there is no adequate regulatory system, resulting in unsatisfactory local rules for the current international legal traffic, and that for that reason they prevent to arrive at a necessary state of freedom, security and justice to which every juridical order must aim.

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado y de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.



Keywords: *Treaties of Montevideo, Inter-American System, prevalence of conflict rules,; principles of reasonableness and proximity.*

Preliminar

El autor de este artículo rinde homenaje al Profesor **Roberto Rutz Díaz Labrano**, adalid del Derecho Internacional Privado reconocido internacionalmente en el ámbito académico por su proficua labor como docente y representante de nuestro país en foros especializados, con quien ha compartido jornadas académicas y de reflexión sobre esta apasionante rama del Derecho. Recuerda a su vez al querido y ya fallecido Maestro **Ramón Silva Alonso** con quien inició sus pasos en la gratificante vida académica hace casi dos décadas.

Introducción

En toda relación jurídica que tenga elementos de carácter internacional se nos plantea inevitablemente dos aspectos fundamentales:

¿Cuál es la ley material que nos permitirá resolver el problema que se nos presenta?, es decir si la ley que regirá la determinación de la solución es la nacional o eventualmente será necesario recurrir a la aplicación de uno o más derechos extranjeros. Tal pregunta se impone por sí sola en razón a la naturaleza de la relación jurídica que requiere de atención y solución sea por los involucrados en tal relación o por los operadores del derecho.

En esta determinada situación nos hacemos una pregunta fundamental: ¿es necesario un método diferente al ordinario que utilizamos cotidianamente para resolver los problemas que se presentan en el tráfico jurídico nacional?

La respuesta requiere una aceptación previa de que la solución la buscaremos en el marco de ciertas reglas predeterminadas, y aceptamos que dicho marco está determinado por el derecho, el que a su vez lo configuramos en un ámbito espacial y cultural determinado. La búsqueda de la solución comienza así a desprenderse desde la concepción misma de lo que es el derecho. Supongamos que aceptamos que derecho es “el conjunto de normas de conducta humana obligatoria y conformes con

la justicia” (*Borda*, 2008) concepto que requiere delimitar entidades aún más complejas con normas, ser humano y justicia.

Sin embargo, en tal concepto de derecho aparece claramente que el derecho apunta a resolver problemas del ser humano, observando ciertas normas con el propósito de concretar el valor justicia. No trataremos aquí el alcance de tales figuras propias de la Filosofía del Derecho. Sin embargo, nos ilustra claramente la amplitud del sustrato que tiene la solución de los problemas de una relación jurídica, ya que dependerá de ciertas cuestiones fundamentales: ¿el ser humano, al que nos estamos refiriendo, es solo el que habita en el país donde la solución se pretende? o ¿incluye al extranjero? ¿y este, podría estar domiciliado en el lugar o admitiríamos que puede estar domiciliado en el extranjero? Las normas, ¿se refieren a las nacionales o podrían ser también las extranjeras?

Parece ser que el elemento aglutinante es finalmente el fin que se persigue, es decir la realización del derecho, que importa la concreción de la justicia. He aquí la gran cuestión, la solución que buscamos puede estar dada desde una perspectiva exclusivamente localista o territorialista o de una amplia y universal comprensiva de un concepto de derecho que trasciende el ámbito de un solo país.

La interacción de las personas —físicas y jurídicas— trasciende las fronteras. Los efectos de los actos de relevancia jurídica repercuten en países diferentes. La compra de un bien en un país que luego se traslada a otro, el servicio de transporte que traslada a una persona o determinada mercadería de un territorio a otro, las convenciones matrimoniales realizadas en un país pueden tener efectos en otro, las consecuencias de los hechos punibles, etc. Todo ello importa cuando menos a dos ordenamientos jurídicos de Estados diferentes, y requiere de un sistema normativo tanto general (derecho positivo y el de fuente privada) o concreto de aplicación (resolución de autoridad competente), hacia lo cual apunta el Derecho Internacional Privado.

El objeto de esta disciplina es amplio, integrándose con normas formales y materiales, creando un sistema que busca satisfacer requerimientos para determinar el derecho aplicable, la jurisdicción, la eficacia extraterritorial de las resoluciones de la autoridad de un país y para todo ello un sistema de cooperación jurídica internacional. Incluye a su vez las interacciones de las relaciones jurídicas de naturaleza privada de las organizaciones internacionales y la Iglesia Católica.



Los procesos de integración a la vez que facilitan y fortalecen los mecanismos de aplicación del derecho al tráfico jurídico internacional, crea a su vez una demanda mayor de infraestructura tanto material como intelectual para la solución a los problemas propios del tráfico que se genera. Sigue así, que un proceso integrador vincula a las personas –físicas y jurídicas– y opera aun no habiendo unos sustratos normativos apropiados en los ordenamientos jurídicos involucrados, aumentando la necesidad de la labor jurisdiccional para suplir los vacíos o las antinomias eventuales.

Reconocemos así que la interacción internacional de las personas requiere de un sistema adecuado de aplicación del derecho, siendo necesaria una plataforma apropiada a la naturaleza internacional de las relaciones jurídicas que se suscitan; cuestión que precisa de órganos judiciales y administrativos con competencia para ello. Tenemos así dos cuestiones: una, la determinación del derecho aplicable; y otra, la competencia de la autoridad natural para dirimir en las controversias que se suscitaran, cuestión que centraremos bajo la labor del órgano judicial con poder de decisión, dejando de lado cuestiones referidas al arbitraje o la función administrativa.

Jurisdicción internacional

El poder jurídico de reglar sobre causas y casos no se limita a cuestiones exclusivamente internos del ordenamiento jurídico, ya que todo ordenamiento jurídico tiene su ámbito de validez en su territorio o sobre sus súbditos, en determinadas circunstancias dicho ordenamiento puede trascender la territorialidad al ser incorporado en razón a alguno de los mecanismos reconocidos por el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos. En atención a dichos aspectos, nos dice *Boggiano*:

“Si bien es verdad que la doctrina de la jurisdicción internacional fue siempre considerada respecto de los estados nacionales, debe tratarse también respecto de los demás sujetos del derecho internacional. De aquí que la jurisdicción internacional ha de examinarse también, y especialmente, en cuanto a las relaciones exteriores de todos los ordenamientos jurídicos internos de los sujetos del derecho internacional. Como principio general, ha de haber conexión genuina y razonable entre la jurisdicción y el asunto” (*Boggiano*, Teoría del Derecho Internacional, 1996).

Los principios de contacto razonable y la de proximidad son verdaderos articuladores de un sistema armónico de integración tanto de normas de conflicto como de

normas materiales, para la satisfacción de estándares mínimos de justicia compatibles con los principios del derecho internacional, incluyéndose los criterios que propicie aplicar el derecho más acorde a la solución del conflicto conforme a su naturaleza, de tal manera a satisfacer el requerimiento de que un caso concreto debería tener una solución armónica con los principios generalmente aceptados, independientemente al juez nacional que lo juzgue.

Competencia Judicial Internacional

La realidad actual nos muestra que a los jueces cada vez más se les presentaran situaciones referidas a cuestiones de derecho internacional y de relaciones suscitadas entre diferentes ordenamientos jurídicos, en atención a la exigencia de aplicar el derecho interno de otro Estado, como a casos que involucren a particulares con las organizaciones internacionales, así como a relaciones entre sujetos del derecho internacional (*Boggiano*, Teoría del Derecho Internacional, 1996).

La complejidad aumenta cuando incorporamos el concepto que cada caso debe ser resuelto conforme a su naturaleza y particularidades, atendiendo no solo principios del derecho internacional y las disposiciones de los ordenamientos jurídicos involucrados, sino que además otros sistemas como la *lex mercatoria* o más ampliamente las normas de derecho de fuente no estatal.

En términos amplios, a efectos de que las garantías para el ejercicio de los derechos sean efectivamente operativas es menester que los factores atributivos de competencia judicial internacional estén predeterminados en la ley. De dicha manera, los principios de legalidad y seguridad jurídica deben a su vez cumplirse en las normas de competencia judicial internacional determinando el juez ordinario competente para cuestiones con elementos internacionales (*Fernández Rozas & Sánchez Lorenzo*, 2001).

Dicho criterio de predeterminación debe a su vez cumplirse en el sistema normativo para las oportunidades en que las partes deseen pactar criterios atributivos de competencia judicial ejerciendo el derecho de sumisión o a elegir el foro, cuestión que reconoce límites expresos cuando existen foros exclusivos. La predeterminación de estos es fundamental en bases a intereses de cada país o de bloques de integración.



Sumado a ellos aparecen aquellos criterios que responden a un sistema de protección como son los contratos en materia de seguros, o los celebrados con consumidores o inclusive de transporte, dependiendo naturalmente de los intereses que se pretenden tutelar con mayor o menor intensidad en el tráfico externo al derecho exclusivamente local.

Otros criterios que a su vez requieren de claras reglas de determinación del foro, como en el tráfico con elementos nacionales, son las situaciones de litispendencia y conexidad.

Surge así la convicción de que los criterios atributivos de competencia internacional importan intereses sociales y políticos de un determinado país y súbditos de este, pero a su vez deben ser armónicos con la satisfacción de intereses de la comunidad internacional en base a los principios que estos sustentan y promueven, y cuya operatividad efectiva en el reconocimiento de los derechos subjetivos requieren el debido desarrollo de normas procesales para hacerlos efectivos².

Podríamos decir que en los tiempos que corren y tal vez con mayor necesidad en el futuro, los derechos subjetivos y los procesales deben estar garantizados de manera eficaz por los ordenamientos jurídicos, siendo responsabilidad ineludible del Estado establecer un sistema normativo y material tanto en el orden interno como internacional para tonarlos eficazmente operativos.

El contexto convencional

En América, distinguimos etapas bien definidas de la vocación de los Estados en la búsqueda de mecanismos para establecer la competencia legislativa respecto a las

² La Constitución Nacional de 1992, en su Art. 143 establece “La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios: 1) la independencia nacional; 2) la autodeterminación de los pueblos; la igualdad jurídica entre los Estados; 4) la solidaridad y la cooperación internacional; 5) la protección internacional de los derechos humanos; 6) la libre navegación de los ríos; 7) la no intervención, y 8) la condena a toda forma de dictadura, colonialismo e imperialismo”. Y a su vez “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” (Art. 145).

relaciones jurídicas con elementos extraterritoriales o de internacionalidad. Sin entrar al análisis de ellas notamos una primera etapa que principia con el Congreso de Panamá de 1826, pasa por el Congreso de Lima de 1878 y culmina con los Congresos de Montevideo de 1888 y primera parte de 1889. Luego una segunda etapa que va hasta la Sexta Conferencia Panamericana celebrada en La Habana en 1928, dando a luz un Código de Derecho Internacional Privado que en homenaje al jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven de gran reconocimiento internacional. Dicho Código tuvo gran trascendencia por sistematizar materias de derecho civil, comercial, penal y procesal internacional ratificado por quince países, pero sin que Argentina, Paraguay y Uruguay lo hayan hecho manteniéndose estos bajo los criterios de los Tratados de Montevideo. El siguiente esfuerzo fue la de los Congresos de Montevideo llevados a cabo en el último cuarto de 1939 y primer trimestre de 1940, los que contienen reglas de atribución de competencia como el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1888/9 (Arts. 56 al 67) o el Tratado de Derecho Comercial Internacional. Igualmente, el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (Arts. 56 al 64) y los Tratados de Derecho Comercial Terrestre Internacional y de Derecho de Navegación Comercial Internacional. Cada uno de estos esfuerzos respondía a criterios no necesariamente uniformes, suscitándose divergencias en los enfoques centrales de regulación de los conflictos de leyes como la visión referida a la persona (personalista) y la otra con criterio territorialista. El congreso de Lima con la orientación del sistema de la nacionalidad para aspectos referidos a estado civil y capacidad, por ejemplo, y los Congresos de Montevideo adoptando el sistema del domicilio. Entre medio, el Código de Bustamante adoptando ambos sistemas (nacionalidad y domicilio) para el estatuto personal (*Ruiz Díaz Labrano*, 2010).

Otra etapa muy importante es la que marca el contexto de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado realizadas en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), conocidas ampliamente por sus siglas CIDIP. Durante las citadas conferencias se celebraron varias Convenciones, pero mencionaremos aquellos que hacen referencia a aspectos que interesan al ejercicio del derecho en los procesos judiciales.

En 1975 se celebraron en Panamá seis Convenciones, entre ellas las que refieren Exhortos o Cartas Rogatorias (Ley N° 613/76), sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Ley N° 612/76) y sobre Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero (Ley N° 614/76).



Luego en 1979, en Montevideo se celebraron siete Convenciones, entre ellas sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Ley N° 890/81), sobre eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Ley N° 889/81), sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Ley N° 892/81), sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero (Ley N° 891/81), y un Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Ley N° 894/81).

En 1984, en La Paz se celebraron tres Convenciones, entre ellas sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (Convención sobre Competencia), y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

Sin duda la citada Convención sobre Competencia resulta la más trascendente en cuanto al tema central que nos ocupa. Esta Convención resulta complementaria a la celebrada en la CIDIP II (Ley N° 889/81), ya que busca obtener eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras. Paraguay no ha ratificado esta Convención, y en realidad solo México y Uruguay los han ratificado³, por lo que este importante instrumento no tiene la trascendencia que se esperaba. Nos referiremos un poco más sobre esta Convención más adelante.

En 1989, nuevamente en Montevideo conmemorando los cien años de los primeros Tratados de Montevideo, se celebraron tres Convenciones, sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera, que a pesar de tener una enorme importancia en cuanto a sus objetivos, no está en vigor. En el Cono Sur, sobre esta materia rige el Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT) suscrito en 1990 entre Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay, en el marco de la ALADI⁴. Por otro lado, y de suma importancia, se han celebrado otras dos, la

³ Mayor información se puede obtener en la página de la OEA
http://www.oas.org/dil/esp/cidipi_home.htm

⁴ El ATIT, cuya sigla significa Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre, es el Acuerdo de Alcance Parcial (AAP) N° 3 protocolizado al amparo del Artículo 14 del Tratado de Montevideo 1980 (TM80) de la ALADI (ALADI/AAP/A14TM/3), suscrito el 1° de enero de 1990 por la República Argentina, la República de Bolivia, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República del Paraguay, la República del Perú y la República Oriental del Uruguay, siendo el principal instrumento que regula la prestación de los servicios de transporte terrestre por carretera, tanto de carga como de pasajeros, además de regular también el transporte por ferrocarril entre estos países del Cono Sur. Fuente: ww.aladi.org

Convención sobre Obligaciones Alimentarias (Ley N° 899/96 estableciendo reglas para la determinación del derecho aplicable y por otro lado las reglas de Competencia judicial (Arts. 8 al 10) y respecto a Cooperación Procesal Internacional (arts. 11 al 17), la Convención sobre Restitución Internacional de Menores ratificada por Ley N° 929/96, estableciendo en su art. 6 reglas de competencia y el procedimiento para la restitución (Arts. 8 al 17), así como para la localización de menores (Arts. 18 al 20) y para el ejercicio de los derechos de visita (Art. 21) y en los artículos posteriores importantes referencias respecto a los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización. Por otra parte, el art. 34 establece una importante conexión con la Convención de la Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. Respecto a esta Convención de La Haya, su art. 1 establece: La finalidad del presente Convenio será la siguiente: a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes⁵. Paraguay es parte de ambas Convenciones.

En 1994, en México, D.F. se celebraron dos Convenciones. Una sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que Paraguay no ha ratificado, pero que sin embargo cuenta hoy con una ley que regula la materia, basado en los Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de La Haya, aprobado el 19 de marzo de 2015. Dichos Principios tienen como antecedentes al Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (Convenio de Roma) que sirvió de inspiración directa para la Convención de México (Boggiano, Contratos Internacionales, 1995). Nuestro país ha sido noticia⁶ respecto a la incorporación de los principios promulgando la Ley N° 5393 el 14 de enero de 2015, y publicado el 20 de enero de 2015 en la Gaceta Oficial. A su vez, nuestro país ha aprobado la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (Ley N° 1062/97) cuyo objeto es la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo. Contempla a su vez los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los

⁵ Para mayor información consultar en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>

⁶ <https://www.hcch.net/es/news-archive/details/?varevent=392>



menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales en la materia (Art. 3º) y en su Art. 9º establece las reglas de competencia para los Estados Parte para conocer de los delitos relativos al tráfico internacional de menores (Corte Suprema de Justicia, 1998).

En 2002, en el marco de la CIDIP VI en Washington, D.C. se ha resuelto continuar los estudios sobre “Conflictos de leyes en materia de responsabilidad extracontractual, con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y las leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza”.

La CIDIP VII tiene como temas las Garantías Inmobiliarias y la Protección al Consumidor.

En el ámbito del Mercosur

El Protocolo de Buenos Aires. En 1994 el Consejo del Mercado Común ha aprobado el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual. En su Art. 1º establece que se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares personas físicas o jurídicas. El elemento de conexión es el domicilio o sede social en un Estado Parte. Otra situación es cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga domicilio o sede social en un Estado Parte y se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo.

El Art. 2º establece las exclusiones: 1) Los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; 2) Los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; 3) Los contratos de seguridad social; 4) Los contratos administrativos; 5) Los contratos laborales; 6) Los contratos de venta al consumidor; Los contratos de transporte; Los contratos de seguros; y 9) Los derechos reales.

Permite a su vez el acuerdo de elección de foro al momento de celebrar el contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio. La validez y los efectos del acuerdo de elección se regirán por el derecho del Estado Parte que tendría jurisdicción, y acepta la regla favor negotii a la validez del acuerdo. Puede a su vez prorrogarse la jurisdicción en favor de Tribunales Arbitrales.

A falta de acuerdo, tendrá jurisdicción a elección del actor: a) los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) los jueces del domicilio del demandado; c) los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrar que cumplió con su prestación.

El Protocolo establece a su vez una conexión con el Protocolo de las Leñas sobre Cooperación Y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral, y Administrativa, disponiendo que las sentencias y laudos arbitrales tengan eficacia extraterritorial sujeto al Protocolo de Buenos Aires en cuanto al órgano del cual emana la resolución (Art. 20 literal c) del Protocolo de las Leñas).

El citado Protocolo de las Leñas (Ley N° 270/93) tiene por objeto la asistencia mutua y amplia colaboración jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. Establece a su vez la igualdad de trato procesal con libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus intereses para los ciudadanos y residentes en un Estado Parte, incluyendo a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado Parte, por lo que ninguna caución o depósito le será impuesto por su condición de ciudadano o residente, estar constituida, autorizada o registrada, en otro Estado Parte.

Se establece el mecanismo de comunicación entre autoridades a través de exhortos, y el procedimiento para cumplimiento de lo solicitado estará sujeto a la ley interna del Estado requerido. Prescribe sobre las condiciones para el reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos arbitrales en materias objeto del Protocolo, y en materia de reparación de daños y restitución de bienes pronunciados en jurisdicción penal.

Reconoce igual calidad a los instrumentos públicos emanados en un Estado Parte en cuanto a su fuerza probatoria. Incorpora reglas para la información mutua del derecho extranjero.

Por Acuerdo Complementario (Ley N° 1209/98) se ha establecido los formularios a aplicarse en el marco del Protocolo de Las Leñas (Corte Suprema de Justicia, 2006).

Experiencia europea

El 27 de septiembre de 1968 Los representantes de Bélgica, Alemania, Francia Italia y Luxemburgo suscribían un Convenio Relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil, cuyo texto luego fue



modificado por el Convenio del 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica y por el Convenio del 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa. Se excluye del ámbito de aplicación de dicho Convenio: 1) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; 2) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; 3) la seguridad social; y 4) el arbitraje.

Establece un sistema de competencias especiales, siguiendo de un sistema de atribución de competencias con carácter protector en materia de seguros, de contratos celebrados por los consumidores. Una breve lista de supuestos sometidos a competencias exclusivas sin consideración del domicilio.

En su Art. 17 permite la prórroga de competencia cuando al menos una de las partes este domiciliado en un Estado parte, con la condición de que el acuerdo debe celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita, o en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas, o en el comercio internacional en una forma que sea conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que en dicho comercio fueren ampliamente conocidos y regularmente observados. Dispone a su vez para los supuestos de contratantes no domiciliados en un Estado parte, cuando un documento constitutivo de un trust hubiere atribuido competencia, o se celebre en favor de una sola de las partes, así como para los contratos individuales de trabajo con ciertos criterios restrictivos. Se admite a su vez la prórroga tácita, pero no se admite cuando existiere otra jurisdicción que sea exclusiva.

Se establece reglas para comprobación de la competencia y la admisibilidad, de oficio, previéndose la suspensión del procedimiento por parte del tribunal en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir la cedula de emplazamiento o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin. En la Sección ocho se trata los supuestos de litispendencia y conexidad. La siguiente sección trata sobre las medidas provisionales y cautelares.

En el Título III trata sobre el reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en un Estado parte detallando en forma exhaustiva los diferentes supuestos y en el

Título IV trata sobre los documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales.

En base al citado Convenio ha sido dictado el Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la misma materia previéndose su revisión y tras los trámites pertinentes teniendo presente el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, teniéndose en cuenta la evolución del arbitraje internacional buscando mejor articulación se adoptado el Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo del 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

En su primer punto del Considerando refiere al informe previo con respecto al Reglamento N° 44/2001 que “es deseable mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones, facilitar en mayor medida la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia” todo lo cual justificó la adopción de un nuevo Reglamento. Se introduce así un concepto innovador que es la libre circulación de las resoluciones judiciales, reiterándose en el Considerando tres que “La Unión se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y de justicia”. El considerando además de exponer los argumentos de justificación del nuevo Reglamento hace un análisis cuidadoso respecto al contenido del Reglamento N° 1215/2012⁷ cuya lectura es muy ilustrativa.

Reglas locales de atribución de competencia judicial

La jurisdicción deviene de la norma, es un poder jurídico y como tal solo es posible ejercerla conforme al ordenamiento jurídico⁸. En razón a los intereses del sistema

⁷ El texto completo puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R1215>

⁸ El Art. 5° del Código de Organización Judicial establece “La jurisdicción consiste en la potestad de conocer y decir en juicio y de hacer ejecutar lo juzgado. No habrá más jurisdicciones especiales que las creadas por la Constitución y la ley”.



de administración de justicia se establecen las competencias de los órganos judiciales para que ejerzan la jurisdicción dentro de los límites de su competencia⁹.

El Código de Organización Judicial (COJ) establece las reglas de competencia en los Artículos 11 al 25, luego trata de la competencia de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Apelación y demás juzgados que en atención a la brevedad de este trabajo no los mencionamos. A su vez, el Código Procesal Civil (CPC) establece reglas de competencia en lo que respecta a las materias Civil y Comercial.

Tomaremos para análisis en este trabajo una cuestión puntual, el cual es la prórroga de la competencia. Y concretando más, al ámbito de las relaciones jurídicas que nacen del contrato.

Dice el primer párrafo del Art. 6 del COJ “La jurisdicción es improrrogable, salvo la territorial, que podrá prorrogarse por conformidad de partes en los juicios civiles y comerciales, y tampoco podrá ser delegada”. En el mismo sentido, pero con mayor limitación, el Art. 3º del CPC establece “La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptuase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales”. Sobre ello se ha señalado “como sostiene PODETTI, implicaría sustraer por ese medio, de la competencia de los jueces nacionales asuntos que conforme a las reglas de derecho nacional e internacional le corresponde” (*Casco Pagano*, 1997).

En ambos textos legales aparece de manera clara que la competencia es improrrogable. Es la regla general. Como excepción permite la prórroga en razón al territorio, y esta es la razón por la que nos detenemos, debido a que lo territorial hace al imperio de la ley¹⁰, o más ampliamente del derecho, aunque en el ámbito internacional y por razones ya expresadas de interés de justicia de la comunidad internacional, del cual son componentes los particulares, la ley tiene eficacia aún fuera del territorio, pero esto naturalmente en razón a la vigencia que el derecho extranjero le concede.

⁹ Art. 7 del Código de Organización Judicial: “Los jueces y tribunales ejercerán jurisdicción dentro de los límites de su competencia”. Y el Art. 11 establece “La competencia en lo civil, comercial, laboral y contencioso-administrativo se determina por el territorio, la materia, el valor o cuantía de los asuntos, el domicilio o la residencia, el grado, el turno y la conexidad”.

¹⁰ Dice el Código Civil (CC) en su Art. 1º “Las leyes son obligatorias en todo el territorio de la República...”.

Igual situación para las resoluciones judiciales. Existe un interés común en la trascendencia del derecho fuera de su territorio original, por ello se ha referido que “Mann sostiene que un Estado que prohibiese la aplicación de cualquier otro derecho que no sea el propio cometería un ilícito internacional” (*Boggiano*, Teoría del Derecho Internacional, 1996).

La regla general de no permitir la prórroga, reconoce una excepción respecto al territorio, pero luego cierra la excepción diciendo “pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales”. Es decir que, para el ámbito de la competencia judicial internacional, nuestra ley prohíbe la prórroga de la competencia, y como excepción la permite cuando hay ley especial.

En nuestro sistema tenemos varias leyes especiales, como ejemplo tenemos: Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 como mencionado arriba, la Ley N° 597/95 ya citada, la Ley N° 2614/05¹¹.

De una manera más amplia, nuestro sistema normativo no reconoce la autonomía de la voluntad en su vertiente conflictual (*Díaz Delgado*, 2003). No lo reconoce para determinar el derecho aplicable sobre lo que establecen las normas de conflictos o normas de Derecho Internacional Privado¹², y mucho menos lo permite en el ámbito procesal. A la cuestión le son aplicables en general las reglas ordinarias de competencia (*Silva Alonso*, 2009). No obstante, se refiere a que la distinción de autonomía conflictual y material es meramente teórica (*Moreno Rodríguez*, 2013).

En el ámbito internacional, la prórroga de la competencia importa la elección del foro. La voluntad de las partes de elegir el foro, solo reconoce sustento cuando se

¹¹ Art. 21. 1. En todo procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente Convenio, el demandante podrá, a su elección, ejercitar la acción ante un tribunal que sea competente de conformidad con la ley del Estado en que el tribunal esté situado y dentro de cuya jurisdicción se encuentre uno de los lugares siguientes: a) el establecimiento principal o, a falta de este, la residencia habitual del demandado; o b) el lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; o c) el puerto de carga o el puerto de descarga; o d) cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte marítimo.

¹² Art. 669 “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”.



da en el marco de ley especial, o incorporación al sistema de fuente interna de Convenciones no ratificadas o leyes modelos; o incorporación por referencia; todo ello en razón al ejercicio de la soberanía y a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, el juez ante quien se reclama dicha tutela debe necesariamente justificar plenamente tanto en sentido negativo como positivo según sea el caso. Para acogerse la declinatoria debe pasar por el cedazo del sistema de derecho internacional privado donde se invoque la protección, y acogerse solo si sus reglas lo permiten.

Nuestro sistema no permite la libertad irrestricta de elección de foro, porque ella se produce siempre dentro de un marco mínimo de armonización o unificación de ciertas reglas por los Estados. Es el caso de Paraguay que no lo permite salvo ley especial.

Lo anterior es pues relevante, porque podría fácilmente darse la situación en que el juez paraguayo se declare incompetente y el elegido por las partes también lo haga, porque dicha elección no sujeta al foro; o mejor dicho el órgano judicial del Estado elegido por las partes no está sujeto a esta elección por la decisión de las partes, sino según su propio derecho. De ahí que determinado ámbito de tutela judicial es necesario. Así en el caso *Owusu*, el TJEU ha considerado que:

“El Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica y por el Convenio de 26 de mayo de 1989 relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado contratante decline la competencia que le confiere el artículo 2 de dicho Convenio por considerar que un órgano jurisdiccional de un Estado no contratante constituye un foro más adecuado para conocer del litigio de que se trate, aun cuando la cuestión de la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante no se plantee o el litigio no tenga ningún punto de conexión con otro Estado contratante”¹³

En las relaciones contractuales privadas, en principio se entiende que están comprometidos solo intereses particulares que no afectan a un interés social, y en realidad

¹³ SENTENCIA DE 1.3.2005 — ASUNTO C-281/02.

esto es así. Existen siempre intereses económicos y políticos de la sociedad, existe una pretensión de realización de la justicia en todo acto particular desde el punto de vista del sistema. En el tráfico mercantil internacional es de suma importancia velar porque el ejercicio de la libertad contractual responda a criterios macro sociales y económicos.

Las reglas de competencia, tienden a la solución más adecuada de la controversia que plantea o suscita la relación jurídica, preservando bienes jurídicos estimados por el sistema, dando seguridad jurídica, y es menester que así sea también para evitar lo que la doctrina refiere como *forum shopping*.

El propósito de las reglas (normas) de competencia unificada -como el Protocolo de Buenos Aires- radica en la existencia de la limitación a dicha autonomía conflictual en los diferentes Estados, esa es su esencia, de lo contrario no se tendría necesidad de que los Estados negocien un instrumento de este tipo. Esta es la situación regulada por la ley, siendo la operatividad de lo que estatuye el art. 3 del CPC cuando dice "...salvo leyes especiales". Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que:

"De ninguna manera corresponde indagar el derecho y jurisdicción aplicables según las normas de conflicto cuando exista una declaración expresa de las partes que establezca cuál es la normativa que debe reglar sus relaciones, siempre que no se contravengan normas de orden público o derechos irrenunciables, caso en el cual se debe respetar el contenido contractual" (CSJ, Ac. y Sent. N° 82)¹⁴.

Principio de proximidad sobre el interés

En el contexto normativo del Art. 3° del CPC citado, acoger la declinatoria oficiosa o la excepción de falta de jurisdicción/competencia, requiere de un examen respecto a los intereses tanto públicos como privados del caso concreto. Responde a condiciones de acceso a la justicia (tutela judicial efectiva) y a la efectividad del proceso que concrete el valor justicia. No es razonable desatender los intereses vinculados en razón al principio de proximidad. Es el ejercicio de la razonabilidad de contacto, que responde a la satisfacción de estándares mínimos y que por ello puede recibir diferentes limitaciones en los distintos países, tendiéndose a la determinación del

¹⁴ Publicado en: La Ley Online. Cita online: PY/JUR/118/2013.



derecho más estrechamente conexo con el caso (*Boggiano*, Teoría del Derecho Internacional, 1996).

Conclusión

El sistema normativo de Derecho Internacional Privado paraguayo no permite la autonomía conflictual, salvo disposiciones expresas, o para las situaciones que la normativa no tenga prevista la regla aplicable y no se afecten normas imperativas y el orden público. Las normas de Derecho Internacional Privado en razón de su naturaleza no son disponibles por las partes que intervienen en la contratación.

No está permitido a las partes así pactar sobre la competencia de jueces extranjeros ni la ley material aplicable para las situaciones previstas en las normas de conflictos o en normas materiales que regulan relaciones jurídicas con elementos de internacionalidad.

Lo dicho nos lleva a afirmar sobre la necesidad de contar con un sistema normativo apropiado que regule el régimen de competencia judicial internacional. La falta de ratificación por los países del Continente de ciertas Convenciones, o mayor amplitud de algunas que tenemos en el Mercosur parecen señalar que el cerramiento es real, y por lo tanto deberíamos ser más creativos para encontrar caminos que satisfagan los intereses de nuestros países, porque la dinámica de las relaciones de intercambio no espera, y sin sistemas legislativos armonizados en un mundo cada vez más globalizado termina reinando la ley de la selva.

Referencias

Boggiano, A. (1995). *Contratos Internacionales* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Boggiano, A. (1996). *Teoría del Derecho Internacional*. Buenos Aires: La Ley.

Borda, G. A. (2008). *Tratado de Derecho Civil* (13ª ed.). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Calvo Caravaca, A. L., & Fernández de la Gándara, L. (1997). *Contratos Internacionales*. Madrid, España: Tecnos.

Casco Pagano, H. (1997). *Código Procesal Civil y Comercial Comentado y Concordado* (Tercera ed.). Asunción: La Ley Paraguay S.A.

Corte Suprema de Justicia (1998). *Compilación de Tratados de Derecho Internacional Privado Suscritos en el Sistema Interamericano entre 1888 y 1994*. Asunción: Corte Suprema de Justicia - Centro Internacional de Estudios Judiciales.

Corte Suprema de Justicia (2006). *Instrumentos Normativos del Mercosur*. Asunción: Corte Suprema de Justicia-División de Investigación, Legislación y Publicaciones.

Díaz Delgado, R. (2003). El derecho aplicable al fondo del contrato con cláusula de arbitraje, en *Arbitraje y Mediación*. Asunción, Paraguay: Intercontinental.

Fernández Rozas, J. C., & Sánchez Lorenzo, S. (2001). *Derecho Internacional Privado* (Segunda ed.). Madrid, España: Civitas.

Moreno Rodríguez, J. (2013). *Derecho Aplicable y Arbitraje Internacional*. Asunción: Intercontinental.

Parra Rodríguez, C. (2001). *El Nuevo Derecho Internacional de los Contratos*. Barcelona, España: J. M. BOSCH EDITOR.

Ruiz Díaz Labrano, R. (2010). *Derecho Internacional Privado*. Asunción: La Ley.

Silva Alonso, R. (2009). *Derecho Internacional Privado* (Novena ed.). Asunción: Intercontinental.



**POSIBILIDAD DE ELECCIÓN DE PRESIDENTE DE LA
REPÚBLICA, EN EJERCICIO O NO, PARA CARGOS
ELECTIVOS A LA LUZ DE LAS DISPOSICIONES
CONSTITUCIONALES VIGENTES**

*Possibility of choice of President of the
republic, in exercise or not, for elective
positions in the light of the constitutional
provisions in force*

GUILLERMO CASCO ESPÍNOLA

RESUMEN

Una situación a la que debemos enfrentarnos al término de cada periodo constitucional es la pretensión del Presidente en ejercicio de presentarse como candidato a Senador. Debemos preguntarnos si a la luz de las normas constitucionales y sub-constitucionales es factible la elección de Presidentes en ejercicios o expresidentes de la Republica para cargos legislativos.

Existen posturas muy definidas una primera postura sostiene la primacía de principios de derecho administrativo en cuanto al desempeño de funciones de parte del Presidente de la Republica, entendiendo que sus funciones están estrictamente delimitadas en la propia Ley, es decir acuden al principio de legalidad, en consecuencia concluyen que no estando prevista la posibilidad de que el Presidente de la República, en ejercicio o no, sea candidato a un cargo colegiado legislativo, esto no es posible. Una segunda postura, en parte concordante con la primera, sostiene que existe una norma constitucional de clausura en cuanto a la posibilidad del presidente de postularse para un cargo colegiado legislativo invocando lo dispuesto en los Arts. 189 y 237 de la C.N.,



sosteniendo que la primera de dichas normas prohíbe el desempeño de cualquier otra función, pública o privada, mientras la segunda establece una obligación ineludible de asumir una función específica como es la de senador vitalicio con voz pero sin voto. Una tercera postura, no totalmente de derecho electoral, formula una construcción jurídica basada en la interpretación de las normas jurídicas que regulan la inhabilidad, absoluta y relativa, y la incompatibilidad, invocando principios de interpretación no totalmente aceptados por el derecho electoral. Finalmente, la postura eminentemente electoralista, que se basa en la imposibilidad de construcción de inhabilidades o incompatibilidades, entendiendo que ellas deben surgir expresas de la misma ley, por el principio *in dubio pro voto*.

Del análisis de estas posturas podemos concluir que las inhabilidades descritas son resultado de una construcción interpretativa extensiva, por lo mismo impedidos por la aplicación de los Arts. 4º y 7º de la Ley 834/96, consecuentemente debemos concluir que, a pesar de los impedimentos éticos que representan que el Presidente en ejercicio se postule como Senador, no estando expresamente prevista como una inhabilidad se encuentra habilitado para postularse como candidato.

Palabras clave: *Presidente, elección, derecho constitucional, derecho electoral, incompatibilidades.*

ABSTRACT

A situation that we must face at the end of each constitutional period is the President's intention to run as a candidate for Senator. We must ask ourselves if in the light of the constitutional and sub-constitutional norms the election of Presidents in exercises or ex-presidents of the Republic for legislative positions is feasible.

There are very defined positions. A first position supports the primacy of administrative law principles regarding the performance of functions by the President of the Republic, understanding that their functions are strictly delimited in the Law itself, that is to say, they apply to the principle of legality, consequently, they conclude that the possibility is not foreseen that the President of the Republic, in exercise or not, will be a candidate for a legislative

collegial position, this is not possible. A second position, partly in agreement with the first, argues that there is a constitutional rule of closure regarding the possibility of the president to run for a legislative collegial position invoking the provisions of Arts. 189 and 237 of the C.N., arguing that the first of these rules prohibits the performance of any other function, public or private, while the second establishes an inescapable obligation to assume a specific function such as life senator with voice but without vote. A third position, not entirely of electoral law, formulates a legal construction based on the interpretation of the legal norms that regulate the inability, absolute and relative, and incompatibility, invoking principles of interpretation not fully accepted by electoral law. Finally, the eminently electoralist position, which is based on the impossibility of building inabilities or incompatibilities, understanding that they must arise expressly from the same law, by the principle in dubio pro voto.

From the analysis of these positions, we can conclude that the disqualifications described are the result of an extensive interpretative construction, for which reason they are impeded by the application of Arts. 4 and 7 of Law 834/96, consequently we must conclude that, despite the ethical impediments that represent that the President in office is running as a Senator, not being expressly provided as an inability is qualified to run as a candidate.

Keywords: *President - election - constitutional law - electoral law - incompatibilities*

A la luz de las normas constitucionales y sub-constitucionales, ¿es factible la elección de Presidentes en ejercicio o expresidentes de la República para cargos legislativos?

Así planteada la cuestión debemos entender que es necesario un análisis de distintas posturas que se plantean al respecto, las cuales proviene de posiciones jurídicas distintas, no representan una contradicción en el plexo normativo, sino más bien la confirmación de que el sistema jurídico funciona como una estructura que permite enfoques distintos, pero esta misma estructura piramidal, con una norma jurídica



fundamental en su vértice, permite que el mismo sistema estructural aporte una solución definitiva. Corresponde pues en un primer estadio presentar las cuatro posibles interpretaciones a la existencia o no de una prohibición:

1. Una primera postura sostiene la primacía de principios de derecho administrativo en cuanto al desempeño de funciones de parte del Presidente de la Republica, entendiendo que sus funciones están estrictamente delimitadas en la propia Ley, es decir acuden al principio de legalidad, en consecuencia, concluyen que no estando prevista la posibilidad de que el presidente de la república, en ejercicio o no, sea candidato a un cargo colegiado legislativo, esto no es posible.
2. Una segunda postura, en parte concordante con la primera, sostiene que existe una norma constitucional de clausura en cuanto a la posibilidad del presidente de postularse para un cargo colegiado legislativo invocando lo dispuesto en los Artículos de la C.N., sosteniendo que la primera de dichas normas prohíbe el desempeño de cualquier otra función, pública o privada, mientras la segunda establece una obligación ineludible de asumir una función específica cómo es la de senador vitalicio con voz pero sin voto.-
3. Una tercera postura, no totalmente de derecho electoral, formula una construcción jurídica basada en la interpretación de las normas jurídicas que regulan la inhabilidad, absoluta y relativa, y la incompatibilidad, invocando principios de interpretación no totalmente aceptadas por el derecho electoral.
4. Finalmente, la postura eminentemente electoralista, que se basa en la imposibilidad de construcción de inhabilidades o incompatibilidades, entendiendo que ellas deben surgir expresas de la misma ley, por el principio in dubio pro voto.

1. Primacía del Derecho Administrativo:

Nuestra primera posición jurídica parte de una premisa fundamental, el Presidente de la Republica, como titular del poder Ejecutivo, tiene en la misma norma constitucional, en los Arts. 238 y conc. de la C.N., reguladas sus funciones derechos y obligaciones.

Efectivamente analizado el Art. 238 de la C.N. surgen funciones concretas y derechos de ejercicio exclusivo. Podemos mencionar que estas funciones las desempeña directamente, o a través de la delegación de sus funciones, no de su responsabilidad, al nombrar Ministros y otros colaboradores.

Analizado el conjunto normativo entendemos que el Presidente de la Republica tiene una serie de funciones que puede realizar, estando su libertad personal gravemente limitada, al punto que uno de los derechos fundamentales la libertad de entrada y salida al país está limitada en su caso al aviso y en su caso aprobación de parte del senado, conforme lo estatuye el Art. 233 del la C.N.

La misma Constitución Nacional también delimita inhabilidades e incompatibilidades tanto en el ejercicio de la función del Poder Ejecutivo, como en el ejercicio de funciones legislativas, es decir que existe un estricto sentido de cumplimiento del principio de legalidad entendido como una garantía de regulación de las funciones gubernativas a efectos de evitar cualquier forma de dictadura o abuso de parte de los gobernantes.

El principio de legalidad se constituye en una garantía más de la democracia y del republicanismo, su ejercicio y observancia continua, posibilitan que otros principios de la democracia se afiancen a su sombra.

En estas condiciones solo se puede concluir, aplicando estrictamente el principio de legalidad, que no estando estrictamente delimitada en la ley la posibilidad de que el Presidente, en ejercicio o no, se pueda postular a un cargo colegiado legislativo, se entiende que no puede darse esta candidatura.

Esta primera postura concluye con la imposibilidad de que se pueda formalizar la candidatura por el hecho concreto de que no está expresamente prescripta entre las conductas permitidas u ordenadas al Presidente de la Republica, ***si no está jurídicamente ordenado, entendemos que esta jurídicamente prohibido.***

2. Imposibilidad producida por la aplicación concordante de los Artículo de la C.N.

Esta segunda postura centra su argumentación en lo dispuesto en los Arts. de la C.N., específicamente concatenando una interpretación sistémica de los mismos.



Efectivamente el Art. 237 de la C.N. sostiene: “**De las incompatibilidades.** El Presidente de la República y el Vicepresidente no pueden ejercer cargos públicos o privados, remunerados o no, mientras duren en sus funciones. Tampoco pueden ejercer el comercio, la industria o actividad profesional alguna, debiendo dedicarse en exclusividad a sus funciones”.

Por su parte el Art. 189 expresa: “**De las senadurías vitalicias.** Los ex presidentes de la República, electos democráticamente, serán senadores vitalicios de la Nación, salvo que hubiesen sido sometidos a juicio político y hallados culpables. No integrarán el quórum. Tendrán voz, pero no voto”.

Del primero podemos sustraer una conclusión primaria, el Presidente de la República solo puede dedicarse a sus funciones, no puede asumir ninguna otra función pública o privada.

Debemos pues hacer un aparte para determinar la naturaleza jurídica de la función de candidato. Se denomina candidato¹ a la persona que se postula a ser elegida para algún **cargo público electo** en unas **elecciones**, normalmente incluido en unas **listas electorales**, nuestra tarea consiste ahora en determinar la naturaleza jurídica de esta postulación, si implica un desempeño de funciones públicas o en su caso privadas.

Esto nos obliga a analizar, primero, si nuestro sistema electoral permite la inscripción de candidaturas independientes o si estas se limitan a nucleaciones políticas (Partidos, movimientos, alianzas y concertaciones), en este sentido nuestro sistema electoral se inclina por esta última solución (vide Art. 125 de la C.N. y sus conc. Arts. 8 a 88 de la Ley 834/96). En consecuencias la condición de candidato solo puede ser asumida dentro de procesos internos desarrollados en Partidos o Movimientos Políticos.

Asumida esta postura debemos analizar la determinación que hace la Constitución Nacional, sobre los partidos políticos, de la condición de personas jurídicas de derecho público, que se refiere no a su integración a una rama del gobierno (ejecutiva,

¹ Cuando los tribunos de la antigua Roma emprendían sus campañas políticas, siempre iban vestidos con una toga blanca (la toga candida), con el fin de causar una buena impresión entre sus electores. La palabra latina candidatus, que significa persona vestida de blanco, llegó a convertirse en sinónimo de toda aquella persona que busca alguna dignidad, honor o cargo por elección.

legislativa o judicial) o como un ente descentralizado (como CONATEL o la DINAC) sino a su condición de necesidad, es decir que la C.N. hace referencia a que dentro del sistema electoral paraguayo los partidos políticos son necesarios y su concurrencia se considera vital para el proceso electoral. Por ello uno de los paradigmas del sistema es el “mutuo control de los partidos políticos”. En consecuencia, no encontramos ante una persona jurídica de derecho público, pero que no integra el gobierno, es decir son “no estatales”. Los Partidos Políticos son Personas Jurídicas de Derecho Público no estatales reguladas en su funcionamiento (Art. 124 y conc. de la C.N. y Arts. 8 a 88 de la Ley 834/96).

Como ya lo describimos *ut supra*, la función de candidato, en nuestro sistema electoral, es una función desempeñada en el marco regulatorio interno de un Partido o Movimiento Político, por lo que siendo el partido Político una Persona Jurídica de Derecho Público, concluimos que la función de candidato es una función pública pues se la desempeña dentro del marco legal e institucional de un partido político (siendo este último una persona jurídica de derecho público). Podemos hacer una delimitación más acabada y determinar cuándo empieza esta función pública, desde la inscripción en las elecciones internas partidarias o desde la proclamación como candidato del partido, optamos por la primera interpretación atendiendo a que las mismas inscripciones para elecciones internas partidarias se hacen ya en base a las normas jurídicas básicas del mismo partido político, es decir ya forman parte de la estructura interna regulada del mismo.

En base a esta conclusión entendemos pues, que desde el momento de la inscripción de su candidatura ante el respectivo Tribunal Electoral Partidario, el Presidente en ejercicio está desempeñando una función pública distinta y paralela a la de Presidente, **por lo mismo esta le está prohibida.**

Llegados a esta conclusión, debemos sin embargo realizar la siguiente aclaración, la violación de lo establecido en el Art. 237 de la C.N. no implica una inhabilidad o incompatibilidad de funciones, su violación es objeto de juzgamiento por la vía del juicio político, pues afecta al buen desempeño de sus funciones como Presidente de la Republica.

En relación al Art. 189 de la C.N., el desempeño de la función de senador vitalicio, se postula que el Presidente de la Republica, cumplido su mandato, necesaria e ineludiblemente debe asumir como senador vitalicio, atendiendo a la interpretación



gramatical del uso del imperativo de la palabra “será”, **con lo que se dejaría zanjada la discusión pues esta interpretación cerraría cualquier posibilidad de candidatura a cualquier otro cargo colegiado legislativo.**

Conforme a esta interpretación, la condición de senador vitalicio es una carga pública que asume el que se desempeña como Presidente de la República, electo democráticamente y que no haya sido removido por juicio político. Al tener el senador vitalicio voz, pero no voto y además no integrar el quorum concluimos que el cargo o carga es absolutamente honorífico, es decir busca distinguir o premiar al que ha ejercido la función de Presidente de la República.

Sin embargo, debemos asumir que se deben aplicar otros criterios de interpretación además de los simplemente gramaticales. Efectivamente nos encontramos, por aplicación de criterios constitucionales y de acuerdos internacionales suscriptos por el Paraguay, en la necesidad de emplear el *principio pro homine*, que permite aplicar solo aquella interpretación que este más acorde con las libertades y el ejercicio del derecho del afectado, es decir aquella más favorable a sus derechos. En la colisión entre dos interpretaciones posibles, donde una permita el ejercicio de un derecho por parte del ciudadano y otra los restrinja, los Órganos Jurisdiccionales debe optar por la interpretación que permita el ejercicio de derechos, ergo, una distinción o reconocimiento no puede volverse obligatoria para el ciudadano cuando le restrinja el ejercicio de derechos fundamentales.

En este caso sub examine, la concesión de un cargo honorífico, como es el de senador vitalicio, implica una forma de homenaje, un reconocimiento a la función del Presidente, no puede consecuentemente, pretender que este homenaje sea limitante a derechos fundamentales del individuo. El ejercicio del derecho de sufragio pasivo es un derecho fundamental y absoluto del individuo, un cargo honorífico no puede interferir con el mismo.

En estas condiciones la conclusión sería pues que el Art. 189 de la C.N. no limita el ejercicio del derecho de sufragio pasivo del Presidente de la República, por lo mismo se encuentra habilitado para ser candidato a cargos colegiados legislativos.

3.-Imposibilidad de ejercicio de la función de candidato por el ejercicio de función de administrador de bienes públicos.

Esta postura sostiene que existe una clara e ineludible inhabilidad relativa, que afecta al Presidente de la Republica en ejercicio por el hecho de ser el mismo quien encabeza la administración pública conforme a lo dispuesto en el Art. 238 numeral 1 de la C.N.

Al efecto de ilustrar esta posición transcribimos el texto del Art. 198 de la C.N. “**De la inhabilidad relativa.** No podrán ser electos senadores ni diputados los ministros del Poder Ejecutivo; los subsecretarios de Estado; los presidentes de Consejos o administradores generales de los entes descentralizados, autónomos, autárquicos, binacionales o multinacionales, los de empresas con participación estatal mayoritaria, y los gobernadores e intendentes, si no renuncian a sus respectivos cargos y se les acepta las mismas por lo menos noventa días antes de la fecha de las elecciones”.

En estas condiciones se utiliza el argumento *a fortiori*², es decir “*con mayor razón*”. Esta forma de argumentación permite delimitar lógicamente interpretaciones y prohibiciones. Se suele entender en dos sentidos “*ad maiori ad minus*”³ y “*ad minori ad maius*”⁴, en este caso concreto se aplica en su segunda acepción, si se prohíbe a los ministros del Poder Ejecutivo, los subsecretarios de Estado; los presidentes de Consejos o administradores generales de los entes descentralizados, autónomos, autárquicos, binacionales o multinacionales, los de empresas con participación estatal mayoritaria, y los gobernadores e intendentes ser candidatos, ser candidatos atendiendo a que los mismos administran recursos estatales, con mayor razón se debe prohibir al Presidente de la Republica en ejercicio, que es el administrador

Para Kalinowski: La *interpretación a fortiori* es sobreentender a partir de una norma menos general, otra más general y en deducir de ésta normas analógicas a las del punto de partida: *A maiori ad minus* es reconocer como permitido algo menor más allá de lo prohibido *expressis verbis*. *A minori ad maius* es reconocer como prohibido el hacer algo más grande que lo prohibido expresamente.

Se trata de un método de *integración* que sirve para llenar lagunas legales, en definitiva, es un instrumento de la interpretación extensiva o analógica. Si se analiza la forma del funcionamiento del argumento se ve que la duda está referida a la posibilidad de extender la consecuencia legal a una hipótesis no expresamente prevista.

Leer más: <http://www.monografias.com/trabajos88/la-argumentacion-juridica/la-argumentacion-juridica.shtml#ixzz4vFN5Y51U>

³ Si se permite lo mayor con mayor razón se permite lo menor, se aplica con leyes permisivas.

⁴ Si se prohíbe lo menor con mayor razón se prohíbe lo mayor, se aplica con leyes permisivas.



del Estado, ser candidato a Senador. En consecuencia, conforme a lo dispuesto por el Art. 198 de la C.N. se produciría una inhabilidad relativa.

Que efectivamente la norma constitucional citada (Artículo 198 - De la inhabilidad relativa) previene: “No podrán ser electos senadores ni diputados los ministros del Poder ejecutivo; los subsecretarios de Estado; *los presidentes de Consejos o administradores generales* de los entes descentralizados, autónomos, autárquicos, binacionales o multinacionales, los de empresas con participación estatal mayoritaria, y los gobernadores e intendentes, si no renuncian a sus respectivos cargos y se les acepta las mismas por lo menos noventa días antes de la fecha de las elecciones (el subrayado es nuestro). Como puede apreciarse las condiciones citadas de ... los ministros del Poder ejecutivo; los subsecretarios de Estado; *los presidentes de Consejos o administradores generales* de los entes descentralizados, autónomos, autárquicos, binacionales o multinacionales, los de empresas con participación estatal mayoritaria, y los gobernadores e intendentes..., se refieren a personas que desde su cargo tienen control sobre recursos del Estado, ya sea en la administración directa de gastos patrimoniales, como en el nombramiento de funcionarios o empleados, es decir que el objetivo de la norma es evitar que se utilicen recursos estatales en la campaña electoral. Esto implica que las condiciones de interpretación directa, (es decir no una interpretación extensiva), alcanza a aquellos funcionarios que se encuentran directamente implicados en la administración general del Estado.

4.- El análisis desde el punto de vista eminentemente electoralista

En este aspecto es más sencillo atendiendo a que el Derecho Electoral reconoce explícitamente como un principio de aplicación al denominado Principio de *conservación del acto electoral* o “*in dubio pro voto*”.

Este principio es consecuencia lógica del principio de impedimento de falsear la voluntad popular. Es resultado de trasladar al ámbito electoral la presunción de validez, *iuris tantum*, que revisten todos los actos públicos, especialmente los administrativos.

Principio expresado en su tiempo por el profesor Rubén Hernández Valle⁵ con la denominación de “Principio de conservación del acto electoral”, afecta a las causales

⁵ Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica, Voto 2150- Año 1992.

de inhabilidad e incompatibilidad como dispone el Art. 7º del C.E. Expresa la parte final de esta disposición: *“Todo ciudadano puede elegir y ser elegido, mientras la ley no limite expresamente este derecho”*. En caso de duda, la norma reguladora de determinado conflicto electoral deberá interpretarse en sentido favorable al ejercicio del derecho de sufragio.

La validez del voto y de los actos electorales es la regla, y su nulidad, la excepción. Así lo entiende el ya citado Art. 4º del Código vigente que dispone: *“...En caso de duda en la interpretación de este Código, se estará siempre a lo que sea favorable a la validez del voto, a la vigencia del régimen democrático representativo, participativo y pluralista en el que está inspirado y a asegurar la expresión auténtica de la voluntad popular”*.

En materia electoral debe necesariamente ser expresa la inhabilidad, en nuestro caso

CONSTITUCIÓN NACIONAL

Artículo 196 - DE LAS INCOMPATIBILIDADES

Podrán ser electos, pero no podrán desempeñar funciones legislativas, los asesores de reparticiones públicas, los funcionarios y los demás empleados a sueldo del Estado o de los municipios, cualquiera sea la denominación con que figuren y el concepto de sus retribuciones, mientras subsista la designación para dichos cargos.

Se exceptúan de las incompatibilidades establecidas en este Artículo, el ejercicio parcial de la docencia y el de la investigación científica.

Ningún Senador o Diputado puede formar parte de empresas que exploten servicios públicos o tengan concesiones del Estado, ni ejercer la asesoría jurídica o la representación de aquellas, por sí o por interpósita persona.

Artículo 197 - DE LAS INHABILIDADES.

No pueden ser candidatos a senadores ni a diputados:

1. Los Condenados por sentencia firme a penas privativas de libertad, mientras dure la condena;
2. Los Condenados a penas de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, mientras dure aquella;



3. Los Condenados por la comisión de delitos electorales, por el tiempo que dure la condena;
4. Los Magistrados judiciales, los representantes del Ministerio Público, el Procurador General de la República, el Subcontador, y los miembros de la Justicia Electoral;
5. Los Ministros o religiosos de cualquier credo;
6. Los representantes o mandatarios de empresas, corporaciones o entidades nacionales o extranjeras, que sean concesionarias de servicios estatales, o de ejecución de obras o provisión de bienes al Estado;
7. Los Militares y policías en servicio activo;
8. Los candidatos a Presidente de la República o a Vicepresidente, y
9. Los Propietarios o copropietarios de los medios de comunicación.

Los ciudadanos afectados por las inhabilitaciones previstas en los incisos 4, 5, 6, y 7, y deberán cesar en su inhabilidad para ser candidatos noventa días, por lo menos, antes de la fecha de inscripción de sus listas en el Tribunal Superior de Justicia Electoral.

Con este marco legal es clara la conclusión, no estando expresamente prohibida la candidatura del Presidente para una lista colegiada legislativa esta debe permitirse.



ACERCAMIENTO DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA AL DERECHO AERONÁUTICO

Approach of the guarantee trust to the aeronautical law

OSCAR ANTONIO ESCAURIZA BOGADO ¹

RESUMEN

El Código Aeronáutico, creado por Ley de la República del Paraguay N° 1.860 de fecha 02 de enero de 2002, regula los posibles contratos que rigen en materia aeronáutica, así como da nacimiento a contratos inexistentes en otras ramas del derecho, como sería el intercambio de aeronaves.

Si bien en nuestro país se incorpora la figura jurídica del fideicomiso en el propio Código Civil que data del año 1985, sigue siendo una figura jurídica incipiente, tímidamente se conocen los beneficios y ventaja que ofrece. El interés al estudio de esta figura aplicable al espectro Aeronáutico, radica en el valor que conlleva la adquisición de una aeronave o sus propios motores, así como la seguridad jurídica que se le otorgaría al vendedor o al mismo comprador durante el negocio jurídico, ejemplo: compra-venta, préstamo de dinero, entre otros.

El nacimiento de esta figura jurídica, que en nuestro país inicia a tomar mayor protagonismo a partir de la promulgación de la Ley 921/1996 de Negocios

¹ Abogado, egresado de la Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Especialista en Derecho Civil y Comercial, Docente Encargado de la Cátedra de la asignatura Seminario II; Profesor Auxiliar de la Enseñanza desde el año 2013-2017, asignatura Derecho Aeronáutico, Carrera de Derecho, Auxiliar de la Enseñanza en la Asignatura Derecho del Transporte, año 2017, Carrera de Notariado.



Fiduciarios, marco legal de carácter general que vino a regular los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes, nace en la antigua Roma, orígenes que se sustentan en dos figuras distintas: el *pactum fiduciae* y el *fideicomisum*, la primera se entiende como una actividad ejecutada entre personas vivas y el segundo por tratarse de una cuestión sucesoria configurada por la voluntad del de cujus a fin de eludir los impuestos y las limitaciones impuestas por los legados, amparados en la confianza hacia su progenitor heredero, con fe de que éste cumpla con la última voluntad expresada.

La palabra fideicomiso etimológicamente está compuesta de dos vocablos latinos: *fides* que indica fe, confianza y *commito*: encargado, mandatario, delegado; revela pues un negocio jurídico fundado principalmente en un elemento básico, la “confianza”. Por otro lado, en el derecho inglés aparece un negocio realizado en virtud a la confianza, y que se denomina “Trustees”, de *trus*, que equivale al término *fe*.

Palabras clave: *Aeronave, hipoteca, fideicomiso, fiduciario, fideicomitente.*

ABSTRACT²

The Aeronautical Code, created by Law N° 1.860 dated on January 02, 2009, regulates the possible contracts, governing aeronautical matters, as well as creates non existing contracts in other law branches, like the exchange of aircraft for example.

Although in our country the legal figure of the Escrow is incorporated in the Civil Code dated on 1985, remains as an incipient legal figure, knowing timidly the benefits and advantage that offers. The interest in the study of this figure applicable in the aeronautical spectrum lies in the value of acquiring an aircraft or its own engines, as well as the legal certainty that would be granted to the seller or the same buyer, to carry out legal businesses as for example: trading, money lending among others.

² Traducido al idioma inglés por el Lic. Héctor Ayala.

The birth of this juridical figure, which in our country began to take on a more prominent role since the promulgation of Law 921/1996 on Fiduciary Business, a general legal framework that came to regulate the rights and obligations of the intervening parties, was born in ancient Rome, origins that are based on two different figures: the *pactum fiduciae* and the *fideicomisum*, the first is understood as an activity performed between living people and the second because it is a question of succession formed by the will of the deceased of circumventing the taxes and limitations imposed by the legates, protected by the trust of their heir progenitor, in faith that the latter fulfills the last expressed will.

The word *fideicomiso* etimológicamente is composed of two Latin words: *ides* that indicates faith, confidence and *commito*: manager, agent, delegate; reveals a legal business based mainly on a basic element, "trust". On the other hand, in English law appears a business realized by virtue of trust, and that is called "trustees", *trus*, which is equivalent to the term faith.

Keywords: *Aircraft, mortgage, trust, fiduciary, trustor.*

Sumario:

Generalidades. La Aeronave - Definición, La Hipoteca Aeronáutica, Introducción al Fideicomiso. Fideicomiso - Definición, Sujetos intervinientes en el Fideicomiso, Ventajas del Fideicomiso, Conclusión y Sugerencia.

Generalidades

El derecho aeronáutico al paso de los años, ha ganado gran importancia al alcanzar su autonomía científica, didáctica y legislativa, impulsado por el propio interés que despierta en el ser humano la aviación, así como conocer lo desconocido y sobrepasar los límites impuestos por la naturaleza.

La importancia que ha adquirido la aviación en la actividad diaria del hombre, ha llevado a que este aparato denominado aeronave, haya evolucionado de una manera sorprendente, desde que se instauró la idea del hombre de volar como las aves (Da Vinci), alcanzando ese sueño los hermanos *Montgolfier* (1783) por un sistema calificado por los doctrinarios como aparato más liviano que el aire implementado a



través de un globo aerostático, y perfeccionando la idea de volar, los hermanos *Wright* (1903) han utilizado un aparato más pesado que el aire, movido por su propia propulsión conocido en nuestra era como aeronave. Desde este punto no ha parado de sorprender el ingenio humano, dotando aeronaves capaces de trasladar a cientos de personas, cosas de diferentes tamaños y formas, de índole civil o militar, así como otras aeronaves de menor porte y hasta animales.

La tecnología utilizada, el confort, la velocidad que se aplica para llegar de un destino a otro, y por sobre todo la seguridad del transporte de personas y cosas que transmite una aeronave, demanda que la actividad aérea sea uno de los transportes utilizados más costosos para adquirir su propiedad.

Se ha generado una serie de mecanismos legales y mercantiles para la adquisición de estas máquinas, hoy costos y majestuosos medios de transporte. Para adquirir una aeronave se recurre a instituciones del Derecho Civil y Mercantil, aplicando figuras como el leasing, el contrato de compra – venta, en caso de no aspirar la propiedad del bien se recurre al arrendamiento o fletamento de aeronaves. Por ejemplo, en el contrato de compra – venta, por connotaciones simplemente evidentes, al adquirir una aeronave de gran envergadura como regla general en el derecho aeronáutico, indefectiblemente se establece una garantía real para garantizar el crédito, conocido como hipoteca o mortgage, esta operación se aplica cuando el pago para la adquisición de la aeronave no se ha realizado al contado.

Por el alto costo de las aeronaves, el futuro propietario (transportista) recurre a una entidad bancaria o terceros, que puedan permitir el perfeccionamiento del negocio que se desea realizar; para garantizar el crédito, como lo he expresado en el párrafo anterior, se recurre habitualmente a la hipoteca, que a diferencia de una hipoteca ordinaria³ cuya duración máxima extensible en el tiempo alcanza los 20 (veinte) años⁴, en el derecho aeronáutico a través de la Ley N° 1.860/2.002 limita ese plazo, estableciendo que la hipoteca se extingue a los 7 (siete) años, colocando en riesgo

³ C.C. Art. 2.356. Por el derecho real de hipoteca se grava un inmueble determinado, que continúa en poder del constituyente, en garantía de un crédito cierto en dinero. Cuando un tercero lo hiciere en seguridad de una deuda ajena, no por ello se obligará personalmente, como deudor directo o subsidiario.

⁴ C.C. Art. 2.401 La hipoteca termina: "... d) por el transcurso del plazo de veinte años contados desde el día de la inscripción, aunque se hubiere convenido un plazo mayor...".

el privilegio adquirido por la garantía real adquirida, cuyo periodo de vigencia como hemos comentado, se desenvuelve en un periodo relativamente corto.

En observancia a este hecho, es razonable ofrecer a las partes contratantes otra opción más ventajosa para la concreción del negocio jurídico que desean realizar, propuesta que en las siguientes líneas realizaré luego de adquirir una noción del objeto principal del Derecho Aeronáutico, sin cuyo nacimiento no existiría.

La Aeronave. Definición

El lector debe identificar cuál es el objeto principal que quedará en garantía del crédito por la adquisición realizada, en pocas palabras debemos saber cuál es el objeto que da vida al negocio jurídico por constituir dos puntos, la fuente del negocio jurídico y al mismo tiempo será el bien que asegurará el crédito.

Se observa que este medio de transporte no posee aún una definición aceptada internacionalmente, es por ello que el Convenio sobre la Aviación Civil Internacional, firmado en fecha 07 de diciembre de 1944, se abstuvo de definir el término, haciendo referencia directamente a la palabra aeronave en sus disposiciones.

El Prof. *Luis Tapia Salinas* (1978) manifiesta: “*no existe en realidad una buena definición del concepto de aeronave con carácter internacional. Las legislaciones nacionales, por regla general, han sabido seguir el criterio de definición en el aspecto técnico, ligado a la aeronave con el sostenimiento estático o dinámico... Otras leyes han preferido el criterio enunciativo y otros se ocupan del carácter traslativo del nuevo vehículo y de su aptitud o no del transporte de personas o cosas*”.

El Prof. Dr. *Oscar I. Bogado Fleitas* (2013) sostiene que: “*el concepto de aeronave pertenece al campo técnico aeronáutico más que al campo del Derecho. Los tratadistas del Derecho Aéreo, atienden preferentemente al aspecto técnico-mecánico, como por ejemplo la forma de sustentación de la aeronave, en su sistema de elevación o propulsión*”. En concordancia con lo expresado por el Profesor Dr. *Oscar I. Bogado Fleitas*, es sabido que no podemos desconocer su naturaleza como vehículo aéreo si queremos alcanzar una definición en el campo jurídico, mucho



menos descuidar el aspecto físico y aerodinámico que posibilita la propulsión, elevación y sustentación de un aparato más pesado que el aire⁵.

La importancia de la definición de aeronave y del estado físico en que se encuentra: en *vuelo o no*, radica en las consecuencias jurídicas que trae aparejada, entendamos dichas consecuencias como responsabilidad penal, civil y administrativa.

Es así que el Código Aeronáutico en su Título III Clases, registro y nacionalidad de las aeronaves. Capítulo I. Aeronaves. Artículo 8° define a las aeronaves, obviando el criterio utilizado por los legisladores del Código Civil, quienes han evitado definiciones de figuras jurídicas en las leyes por tratarse de cuestiones doctrinarias y no legislativas, pero en atención a la especialidad de la materia en estudio, y a fin de evitar posibles confusiones siguiendo la tendencia internacional de incorporar una definición de Aeronave en la Legislación Aeronáutica, el Código Aeronáutico Paraguayo expresa lo siguiente:

“Art. 8: A los efectos de la aplicación de las disposiciones de este código, se considerará aeronave a toda construcción, máquina o aparato capaz de transportar personas o cosas, que pueda sustentarse y desplazarse en el espacio aéreo sin conexión material con la superficie terrestre”.

La hipoteca aeronáutica

En el derecho aeronáutico, así como en el derecho civil existen modos originarios y derivados de adquirir la propiedad de la cosa, y también existe la distinción entre el dominio, pudiendo convertirse en pleno o menos pleno.

El Prof. Dr. Oscar I. Bogado Fleitas (2013), en su obra titulada Derecho Aeronáutico y Espacial refrenda: *“Los principios generales del Derecho Común, que regulan los modos de adquirir la propiedad de las cosas muebles, son aplicables a las aeronaves, salvo las prescripciones, modificadoras o restrictivas que las Leyes Aeronáuti-*

⁵ Clasificación utilizada por los doctrinarios en el Derecho Aeronáutico: aparatos más livianos que el aire, aparatos más pesados que el aire.

cas imponen atendiendo al carácter excepcional de la aeronave", así es que el Código Civil Paraguayo en su artículo 1.955⁶ distingue esa situación, dejando por medio de una análisis deductivo que, los propietarios de las aeronaves hipotecadas o gravadas por algún otro derecho real poseen un dominio imperfecto o menos pleno del bien.

Entendemos que las aeronaves son bienes muebles, pues no se encuentran ligados a la superficie terrestre, pero por la naturaleza especial que adquieren, independientemente al tipo de bien calificado, se admite su inscripción en el Registro Aeronáutico Nacional (RAN), convirtiéndolo en un bien mueble registrable y por tanto gravable.

La naturaleza jurídica permite que el bien mueble registrable sea objeto del derecho real de hipoteca, adquiriendo un privilegio especial en el Derecho Aeronáutico, así lo dispone el CÓDIGO AERONÁUTICO, Ley N° 1.860/2002, en el TÍTULO III, CAPÍTULO VI "DE LA HIPOTECA"⁷ confirmando que las aeronaves pueden ser hipotecadas, y no únicamente como un todo, sino también los motores o las aeronaves en construcción, así como los proyectos de aeronaves aprobados por el organismo competente.

Ahora bien, las aeronaves hipotecadas traen aparejadas consecuencias, tanto de índole jurídico como económico, pues la propia norma aeronáutica dispone en el Artículo 47 que las hipotecas aeronáuticas se extinguen a los 7 años de su inscripción, aunque puede ser renovado por periodos iguales. Esta situación, limita la garantía adquirida por el acreedor y en consecuencia los créditos otorgados se realizan a corto o mediano plazo, aumentando la probabilidad de una ejecución hipotecaria a

⁶ C.C. Art. 1.955: "El dominio se llama pleno o perfecto cuando todos sus derechos elementales se hallan reunidos en el propietario, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno o imperfecto, cuando debe resolverse, al fin de cierto plazo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real que este Código autoriza.

⁷ C.A.P. Artículo 39.- Las aeronaves pueden ser hipotecadas. El derecho real de garantía puede afectar a todo o parte de la aeronave, los motores y los que se encuentren en construcción, con proyecto aprobado. Para constituirse la hipoteca conforme a este código, la aeronave, los motores y las partes ya construidas deberán estar inscriptos en el Registro Aeronáutico Nacional; sin embargo, no podrá ser hipotecada la aeronave inscrita en forma temporal, hasta tanto se proceda a su inscripción y matriculación definitivas.



consecuencia de la mora detectada por el alto costo de las cuotas pactadas, así también la ejecución hipotecaria en nuestro país únicamente puede realizarse vía judicial, encareciendo la efectivización del capital reclamado, produciendo mayor perjuicio para el deudor, así como para el acreedor.

Introducción al fideicomiso

El fideicomiso así como el encargo fiduciario en el Paraguay, son instituciones jurídicas que han sido el resultado de una fase evolutiva de un medio idóneo utilizado por las personas, en un principio físicas y posteriormente las personas jurídicas, para alcanzar determinados fines como: garantizar la deuda contraída, administrar determinados bienes, realizar ciertos actos traslativos de dominio sobre bienes inmuebles o bienes muebles registrables, incursionar en la bolsa de valores, fomentar la actividad económica, destinar bienes públicos para la concreción de obras de gran envergadura, realizar planes de pensiones, etc., pero todas estas actividades construidas sobre la base del fides = confianza, con intenciones de obtener para sí o para otro sujeto un beneficio previsto.

El nacimiento de esta figura jurídica, que en nuestro país inicia a tomar mayor protagonismo a partir de la promulgación de la Ley 921/1996 de Negocios Fiduciarios, marco legal de carácter general que vino a regular los derechos y obligaciones de los sujetos intervinientes, nace en la antigua Roma, orígenes que se sustentan en dos figuras distintas: el *pactum fiduciae* y el *fideicomisum*, la primera se entiende como una actividad ejecutada entre personas vivas y el segundo por tratarse de una cuestión sucesoria configurada por la voluntad del de *cujus* a fin de eludir los impuestos y las limitaciones impuestas por los legados, amparados en la confianza hacia su progenitor heredero, con fe de que éste cumpla con la última voluntad expresada.

El fideicomiso. Definición

Podemos entender que la definición del fideicomiso, así como el de aeronave, no posee un criterio unificado de carácter internacional. Esta realidad adolece debido a las facilidades que otorga esta figura jurídica en las relaciones comerciales y no

comerciales, por ello cada país legisla conforme a su realidad y conveniencia, ajustando a su sistema jurídico y al sistema de control de seguridad que se ejercerá sobre las operaciones fiduciarias.⁸

La palabra fideicomiso etimológicamente está compuesta de dos vocablos latinos: *fides* que indica fe, confianza y *committo*: encargado, mandatario, delegado; revela pues un negocio jurídico fundado principalmente en un elemento básico, la “confianza”. Por otro lado, en el derecho inglés aparece un negocio realizado en virtud a la confianza, y que se denomina “Trustees”, de trus, que equivale al término fe.

La Ley N° 921/1996 de Negocios Fiduciarios en su artículo 1° expresa:

Concepto de negocio fiduciario: *Por el negocio fiduciario una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, entrega a otra, llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito que ésta lo administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquélla misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario.*

El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se denominará fideicomiso; en caso contrario, se denominará encargo fiduciario.

El negocio fiduciario por ningún motivo podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con la ley”.

Acogiendo la legislación pero con críticas constructivas al mismo, propongo la siguiente definición de fideicomiso que me parece más completa: “*Es la expresión de voluntad de una persona, conocida como fideicomitente, fiduciante o constituyente, que debe transmitir la propiedad de sus bienes a otro sujeto, conocido como fiduciario, quien formará un patrimonio especial, destinado al cumplimiento de una finalidad, en provecho del otorgante o a beneficio de un tercero, conocido como beneficiario o fideicomisario*”.

⁸ El sistema de control de seguridad que ejerce cada país permite que los contratantes: fideicomitente, fiduciario, beneficiario o fideicomisario, se sientan protegidos y seguros durante el negocio realizado.



Sujetos intervinientes en el fideicomiso

Es evidente que los sujetos intervinientes de toda relación fiduciaria son: el fiduciante, fideicomitente o constituyente, el fiduciario y el beneficiario o fideicomisario. En todo fideicomiso figuran tres sujetos⁹, acotando que no siempre el beneficiario es el fideicomisario en la relación fiduciaria, aunque la propia Ley 921/1996 de Negocios Fiduciarios lo utiliza como sinónimos.

Me remito a nombrar a los sujetos intervinientes, en concordancia con la disposición legal del Paraguay, dejando expresa manifestación que el beneficiario y el fideicomisario, no pueden tratarse como sinónimos. Entonces, nuestra legislación reconoce a tres sujetos intervinientes en un Negocio Fiduciario:

- El fiduciante, fideicomitente o constituyente: es la persona que dispone de sus bienes y determina el fin que debe realizarse con estos, así también determina quién será el fiduciario y el beneficiario.
- El fiduciario: De conformidad a nuestra normativa, es la persona jurídica habilitada para realizar negocios fiduciarios y es supervisada por el Banco Central del Paraguay por intermedio de la Superintendencia de Bancos. Este sujeto cumple con la disposición de voluntad expresada por el primer sujeto (Fiduciante) con miras a alcanzar el fin determinado en el contrato fiduciario.
- Beneficiario o fideicomisario: Es el tercer sujeto de la relación fiduciaria, determinado en el contrato fiduciario por el primer sujeto (Fiduciante), puede ser uno o varios, sujeto a condición; en caso de indeterminación del beneficiario, el fiduciante asume ese papel, o se sub entiende que el será el beneficiario. Puede recaer en un tercer sujeto no interviniente en la relación jurídica, pero nunca en el segundo sujeto conocido como Fiduciario.

⁹ Sostengo que el fideicomiso necesariamente constituye tres sujetos, aunque en forma ficticia, debido a que la propia Ley de Negocios Fiduciarios dispone la intervención de tres sujetos en la relación fiduciaria, pero muchas veces el propio fiduciante conocido también como constituyente asume el carácter de beneficiario o fideicomisario, existiendo físicamente dos sujetos, pero jurídicamente tres.

Ventajas del fideicomiso

Si bien el fideicomiso puede constituirse como una garantía de crédito, (es el caso que nos ocupa en este trabajo) así como la hipoteca, el fideicomiso no pasa a ser parte de los Derechos Reales, que como bien sabemos y lo expresa el Código Civil, los Derechos Reales únicamente pueden ser creados por Ley¹⁰.

Esta institución jurídica, nada envidia al Derecho Real de Hipoteca; me atrevo a realizar esta declaración debido a las facilidades y ventajas, así como la seguridad que impone el fideicomiso para garantizar el negocio jurídico.

La acción de aseguramiento del crédito, ansiosamente buscado por los inversionistas, es proveído por el Fideicomiso, el hecho deviene de la operación realizada para configurar esta garantía. V. gr.: La empresa aérea necesita renovar su flota de aeronaves y contacta con la empresa constructora en los EE.UU., el monto de una aeronave alcanza la suma de un millón de dólares, dinero alistado en la cuenta de la empresa aérea, pero no desea descapitalizarse por una aeronave, siendo que mínimamente necesita dos aeronaves, así también, posee otras aeronaves que ha adquirido por un contrato de compra-venta gravado por hipoteca, situación de conocimiento público por encontrarse registrada. La empresa aérea propone al Banco habilitado para operar Negocios Fiduciarios, que se constituya como fiduciario, garantizando el crédito por medio de esta operación.

Las ventajas que se observa en la casuística propuesta son las siguientes 1. El pago del costo de la aeronave lo realizará el acreedor (por ej. otra entidad bancaria, no el fiduciario), previo contrato fiduciario firmado por el deudor (empresa aérea) 2. Las aeronaves adquiridas pasarán a nombre del fiduciario como garantía de la deuda, no del deudor por más que este sea el comprador, las aeronaves recientemente adquiridas tampoco se encuentran a nombre del acreedor, aclaro, se encuentra a nombre del fiduciario, quien por medio de las cláusulas expresadas en el contrato fiduciario, cuya finalidad es: garantizar el pago de la deuda y una vez abonado todo el crédito

¹⁰ C.C. Art. 1.953. Todo derecho real sólo puede ser creado por ley. Los contratos o disposiciones de última voluntad que tuviesen por fin constituir otros derechos reales o modificar los que este Código reconoce, valdrán como actos jurídicos constitutivos de derechos personales, si como tales pudiesen valer.

Son derechos reales el dominio y el condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres prediales, la prenda y la hipoteca.



más los intereses, transferirá la aeronave a favor del beneficiario (quien en nuestra casuística es el deudor o empresa aérea), 3. Al encontrarse la aeronave dentro del patrimonio especial del fiduciario de conformidad a la Ley N° 921/1996, este bien no sigue la misma suerte que los bienes que conforman el patrimonio común del fiduciario, tampoco integra el patrimonio del acreedor, ni del deudor; entonces por más que cualquier sujeto interviniente (acreedor, fiduciario, deudor) quiebren, este hecho no afectará a la aeronave objeto del contrato fiduciario por no formar parte del patrimonio de ningún sujeto; tampoco puede ser perseguido por los acreedores de los mismos, recalco, por no constituir parte de su patrimonio común. 4. La ejecución del bien constituido para el cumplimiento del fin determinado en el contrato, en caso de incumplimiento del deudor puede ser resuelto en forma extraprocesal, someterse a arbitraje o determinar cualquier otro medio fehaciente y lícito para hacer efectivo el crédito. 5. Un negocio fiduciario puede durar hasta 30 años, por tanto, las cuotas podrán ser más accesibles y el crédito confiable.

Conclusión y sugerencia

El fideicomiso es una figura jurídica lícita que puede ser introducida en el derecho aeronáutico, pues no contraría ninguna disposición de la Ley N° 1.860/2002, dotando seguridad, plazos más amplios y mejores formas de garantizar el cumplimiento de los negocios jurídicos pactados entre los sujetos. Por tanto, es viable este mecanismo aplicado no solo a la compra – venta de aeronaves, sino también para el otorgamiento de créditos en momentos de temporadas bajas, intercambio de aeronaves, entre otros.

Es así que, con este trabajo no muy extenso, recurriendo a una investigación no experimental, de revisión bibliográfica y utilizando un método deductivo para el análisis y procesamiento de la información, concluyo que el fideicomiso es una figura jurídica compatible con el transporte aéreo de personas o cosas, aplicable de manera beneficiosa a las relaciones jurídicas que puedan nacer en nuestro espectro jurídico e invito a los lectores continuar analizando el tema abordado en este humilde trabajo.

Referencias

Bogado Flettas, Oscar Idilio, “*Derecho Aeronáutico y Espacial*”. Edición en conmemoración a las XXXIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico del Espacio y de la Aviación Comercial y Homenaje Póstumo al *Prof. Dr. Mario López Escobar* y al *Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea*. Sexta Edición Actualizada. Editorial Microlasser Impresiones. Año 2013.

Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial (Organismo Consultivo de Naciones Unidas) “*Semanario de Derecho Aeronáutico*” Fundación AENA. Centro Universitario Villanueva. Madrid España 2.003

Tapia Salinas, Luis, “*Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio*” Volumen I, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial. Editorial Intercontinental Gráfica, S.A. Madrid 1.978.

Normativas

Ley N° 1.183/1985 “Código Civil Paraguayo”.

Ley N° 921/1996 “De Negocios Fiduciarios”.

Ley N° 1.860/2002 “Código Aeronáutico”.



EL NOTARIADO ES UNA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

The Notarial is an administrative function

LIDIA GREGORIA GIMÉNEZ¹

RESUMEN

La importancia de ubicar al Notariado dentro del ámbito administrativo por la función que cumple es el objetivo principal de este trabajo. La función administrativa del Estado, entre otros, se manifiesta a través de los registros públicos y de la propiedad y con el notariado a los efectos de dar seguridad jurídica a los derechos de los particulares.

Para ello nos remontamos a la Época Colonial, en que el Notario hace su aparición en el Paraguay hasta nuestros días; en esta revista se observa la relación del Notario con el Gobierno a lo largo de toda la historia.

En el año 1918 se dicta la Ley Orgánica de los Tribunales en Paraguay y en ella se legisla sobre los requerimientos para ser escribano de registro; la designación estaba a cargo del Poder Ejecutivo esto ocurre hasta la Ley 879/81 Ley Orgánica de los Tribunales; luego la designación de escribanos pasa al Poder Judicial hasta la fecha.

Teniendo el Estado el poder de policía, es decir reglamentar la actividad de los particulares, la función administrativa se manifiesta principalmente por medio de los Registros Públicos, sean de las Personas, de la Propiedad, del Comercio y complementando con los mismos el servicio notarial con el fin de dar seguridad y estabilidad a las relaciones entre los particulares, por medio

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Adjunta de Técnica Jurídica T. Tarde. Facultad de Derecho de la UNA. Profesora Adjunta de Derecho Administrativo, Universidad Columbia. Publicación: Manual Mínimo de Derecho Práctico, en coautoría con Clara Rosa Gagliardone, Año: 2000. Manual de Estudio de Derecho Administrativo, Año: 2017.



del ejercicio de una función de carácter público, que originalmente le corresponde al Poder Ejecutivo y por delegación le encomienda al Notario, quien cumple en consecuencia una función pública.

A través del trabajo del Notario la administración pública certifica la autenticidad de ciertos documentos establecidos en la ley, por lo que sin ninguna duda la actividad notarial es una función administrativa.

Palabras clave: *Notario, función administrativa, función jurisdiccional, función pública.*

ABSTRACT

The importance of locating the Notary within the administrative scope by the function that fulfills it is the main objective of this work. The administrative function of the State, among others, is manifested through public registries and property and notarial practice in order to give legal security to the rights of individuals.

For this we go back to the Colonial Period, in which the Notary makes his appearance in Paraguay until our days; this journal shows the relationship of the Notary with the Government throughout history.

In the year 1918 dictates the Organic Law of the Tribunals and in her it is legislated on the requirements to register notary of registry; the designation was in charge of the Executive Power this happens until the Law 879/81 Organic Law of the Courts; then the designation of scribes passes to the Judiciary to date.

Since the State has the power of police, that is, to regulate the activity of individuals, the administrative function is manifested mainly through Public Records, be they of People, Property, Commerce and complementing with them the notarial service with the purpose of giving security and stability to the relations between individuals, through the exercise of a public function, which originally corresponds to the Executive Branch and by delegation entrusts the Notary, who therefore fulfills a public function.

Through the work of the Notary public administration certifies the authenticity of certain documents established in the law, so without any doubt the notarial activity is an administrative function.

Keywords: *Notary, administrative function, jurisdictional function, public function.*

Introducción

Siendo el Notariado una carrera universitaria creada en el año 1892 y habiendo transcurrido 125 años desde la iniciación de dicha carrera, es importante determinar a qué ámbito pertenece en el sentido si es una función de carácter administrativo dependiente del Poder Ejecutivo o una función de carácter voluntario del Poder Judicial con el objetivo de determinar su naturaleza jurídica; dado que desde el punto de vista formal y material es una función administrativa.

Al parecer la calificación de “Auxiliar de la Justicia”, hace considerar que debe ser parte del Poder Judicial, pero no hay que olvidar que la Ley N° 879/81 “Código de Organización Judicial”, establece que son Auxiliares de la Justicia, además de los Notarios, entre otros, la Policía Nacional, dependiente del Poder Ejecutivo. No por ser auxiliar de la justicia obligatoriamente debe formar parte del mismo.

Inicialmente el Poder Judicial, según la Ley del año 1894, establecía que los Escribanos Públicos eran los encargados de actuar en los juicios y de otorgar en sus registros, los contratos públicos, de acuerdo a la ley vigente en la República. A nuestro criterio fue una irregularidad.

Es importante señalar que la Fe Pública la tiene el Estado y por medio de la ley se concede a un profesional del derecho a dar fe de los actos que se formalizan en su presencia y cuando hablamos de Estado, su representante es el Jefe del Poder Ejecutivo, quien tiene a su cargo la Administración del país.

Se pretende demostrar que la función Notarial forme parte de la Administración Pública, siendo la función Notarial eminentemente de carácter Administrativo y no jurisdiccional.



Para llegar a esta conclusión se hará una revisión desde el punto de vista histórico, legal y de la jurisprudencia.

1. El notariado desde la fundación de Asunción

En el libro “El Notariado Paraguayo, cien años del Colegio de Escribanos del Paraguay 1892-1992” se encuentra, entre otros, un documento fechado el 7 de diciembre de 1598, que delimita la jurisdicción territorial de Asunción, que “posteriormente tuvo trascendencia en la conflictiva cuestión del Chaco con Bolivia”, para determinar los límites territoriales, dicho documento suscripto por *Diego de Olabarrieta* Procurador General de la Ciudad de Asunción, fue autorizada por el Escribano *Garcí Benegas*. Otro documento importante en el mismo año, es la transcripción del “Acta de Fundación del Archivo de Asunción”, autorizado por Juan Cantero, Escribano Público y de Cabildo, quien al parecer al ser Escribano de Cabildo, sería lo que actualmente es el Escribano Mayor de Gobierno.

Estas menciones se realizan para demostrar que, desde la fundación de Asunción, la actividad del Escribano estaba relacionada con el Gobierno de la Ciudad.

La Independencia del Paraguay en mayo 1811 de la Corona de España trajo muchos cambios, entre ellos como cita *Leandro Prieto Yegros* en su obra, que Jacinto Ruiz figura con justicia “El Escribano de Mayo”, pues su firma figura en el oficio enviado por *Pedro Juan Caballero* intimándole rendición y entrega de armamentos, al Gobernador *Bernardo de Velazco*; igualmente el Escribano *Ruiz* tiene destacada participación en las Actas de los Congresos y Juntas Gubernativas hasta la Dictadura del Dr. *Francia*.

El Escribano *Jacinto Ruiz* ejerció la escribanía de gobierno hasta 1816, fecha en que tuvo lugar el Congreso de la República en el cual el Dr. *José Gaspar Rodríguez de Francia* fue nombrado Dictador perpetuo. Se transcribe el artículo 1° de la resolución del Congreso:

“En atención a la plena confianza que justamente ha merecido del Pueblo, el Ciudadano José Gaspar de Francia, se le declara y establece Dictador Perpetuo durante su vida con calidad de ser sin ejemplar” (Velilla, 1992).

“Concuerta este testimonio con el Acta original de su tenor a la que me refiero en lo necesario y de mandato verbal del Excelentísimo Señor Supremo Dictador de la

República, lo autorizo, signo y firmo en la asunción a 5 de junio de 1816. En testimonio de verdad Jacinto Ruiz, Escribano Público y de Gobierno” (Velilla, 1992).

Durante el Consulado de *Carlos Antonio López y Mariano Roque Alonso*, se dicta en el acta del Congreso del año 1841 la designación de un “Secretario de Cámara cuya actuación, confirma, sello y “doy fe”, convalidaba todo documento público. Se considera una excepción la función de fedatario de un Secretario de Cámara.

En el año 1842 se aprueba un Estatuto provisorio de la Administración de Justicia que constaba de 82 artículos, dicho documento fue refrendado por Benito Martínez Varela que actuaba como Secretario interino del Supremo Gobierno que integraban los cónsules López y Alonso. Se nota la importancia del secretario actuario que da fe notarial de todas las actuaciones, sin cuya intervención los documentos públicos no tienen validez (*Velilla, 1992*).

“La Constitución de 1844 establece la autoridad de un “Secretario- actuario, fedatario” que debía dar fe de los “Actos Públicos y convalida los Protocolos con firma y sello” (Velilla, 1992).

Silvestre Aveiro fue nombrado escribano del Gobierno y Hacienda y Archivo General, por Carlos Antonio López el 8 de setiembre de 1862 poco antes de su muerte, el citado Silvestre contaba en ese entonces con 22 años de edad, quien siguió ejerciendo la Escribanía de gobierno hasta 1867, cuando en plena guerra debido a su ausencia fue reemplazado y en carácter de provisorio por Vicente Valle.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1870, que desde el punto de vista jurídico es la primera constitución del Paraguay comienza la formalización de las instituciones del país.

Es así, que en 1872 se dicta una ley que declara de propiedad fiscal todas las Escribanías. Se establece el “sistema limitado o *numerus clausus*” “se estipuló que las escribanías en lo civil y comercial serías de usufructo vitalicio a condición de que sus titulares tuvieran títulos aprobados por el Superior Tribunal de Justicia, o fueran ciudadanos paraguayos capaces de ejercer la profesión” y además debían prestar fianza (*Velilla, 1992*).

Durante el gobierno del General *Bernardino Caballero* entró en vigencia la ley orgánica de los tribunales a partir del 1 de enero 1884. En dicha ley, en el Artículo 98, Título 7, Capítulo 1- De los Escribanos Públicos, se reguló las condiciones necesarias



para optar por dicho título, la presentación de un examen de idoneidad ante el Superior Tribunal de Justicia”.

El Artículo 99 de la misma ley definió a los Escribanos como sigue: “*Los Escribanos Públicos son los funcionarios encargados de actuar en los juicios y de otorgar en sus registros, los contratos públicos según las leyes vigentes en la República*” (Vellla, 1992).

Por ley del 12 de octubre de 1882 se crea la Escuela de Derecho, que suspendió sus actividades por falta de alumnos y fue reabierta en el año 1888. En el año 1885 egresan de la “Facultad Notarial siete nuevos profesionales” y 1893 se homologaban los títulos a los primeros escribanos de extracción universitaria.

Es importante citar la puesta en vigencia del Código Civil Argentino en los años 1876 y 1889, respectivamente, derogada por Ley N° 1183 del 23 de diciembre 1985 que pone en vigencia el actual Código Civil Paraguayo.

2. Situación actual del notariado

Actualmente el notariado paraguayo es controlado por el Poder Judicial conforme lo establece la Ley N° 879/81 desde el Artículo N° 99 hasta el Artículo N° 154 y otras normas.

En dicha ley está establecida quienes pueden ser notarios, los deberes y atribuciones del mismo, las incompatibilidades y prohibiciones, el material y las formalidades de redacción de una escritura, otros tipos de documentos notariales, así como las sanciones.

Esta normativa a criterio tiene muchas lagunas que de manera urgente deben ser tenidas en cuenta.

Por ello, la necesidad imperiosa de tener una ley de colegiación con el fin de lograr un mejor control en el ejercicio de la profesión.

3. El notario ejerce una función pública, según la Unión Internacional del Notariado Latino

La Unión Internacional del Notariado Latino en el Congreso realizado en La Haya en marzo de 1986, aprobó la base fundamental del notariado Latino:

“La función notarial es una función pública que el notario ejerce de forma independiente sin estar encuadrado jerárquicamente entre los funcionarios al servicio de la Administración del Estado u otras corporaciones públicas”.

4. El notario como funcionario público

“El hecho de que la ley califique a los escribanos de funcionarios públicos no les da necesariamente ese carácter...”. “La calidad de funcionario público debe ser una cosa cierta, evidente, que encuentre su apoyo en la ley misma”. Y prosigue diciendo y *“no será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en su cúmulo de derechos y deberes no tiene condición de tal”.* En resumen, este Notario de nacionalidad argentina defiende la idea que el Escribano cumple una función pública, sin ser funcionario público, con la cual concordamos.

5. Ubicación del notariado como función administrativa

Existe mucho desconocimiento respecto a la función notarial. Este artículo pretende abordar sobre la ubicación de la función notarial en el ámbito administrativo.

A partir de lecturas e investigaciones en el ámbito del derecho administrativo, se concluye que efectivamente el notariado es parte de la función administrativa y no de la función jurisdiccional.

Siempre existió una discusión si el Notariado pertenece a la rama del Derecho Civil o a la rama del Derecho Público o si el notario es un funcionario público o un profesional liberal.

Los que apoyan la teoría de que el notario pertenece a la rama civil, argumentan la cuestión porque este concreta su actividad al formalizar las relaciones individuales de derecho privado y ello es verdad. Pero no es el fin lo que interesa sino la función que desempeña y a quien representa.

6. El Notariado, una rama del derecho público

El Lic. *Héctor Ornelas K.*, Notario de Chihuahua, México publicó un artículo en el cual sostiene, que el Derecho Notarial es parte del Derecho Público, especialmente



dentro del Derecho Administrativo. Apoyando la tesis del Notario Ornelas, evidentemente el Estado delega, en un particular la fe pública; no hay vueltas que dar, ya que otro autor *Julio R. Bardallo*, en una publicación de su autoría “Relaciones Jurídicas Notariales”, manifiesta que “El Estado está relacionado con el notario a través de órganos estatales o paraestatales con motivo del ejercicio de la función notarial, siendo los aspectos más relevantes la adscripción o nombramiento, contralor y disciplina”.

Si bien el Notario es un profesional universitario como los abogados, ingenieros, médicos, existe una diferencia que lo hace distinto a estos profesionales, porque para ejercer la profesión debe obtener la concesión del Registro notarial por parte del Estado, dueño de la fe pública y por esa razón el ejercicio debe ser controlado de manera directa, además de que los Registros Notariales deben ser creados por ley. Es muy visible la intervención estatal en el ejercicio de la profesión de Notario, lo que demuestra el carácter estatal de la profesión, pero “*sui generis*”.

El jurista *Gabino Fraga*, en el Tratado de Derecho Administrativo, expresa que entre los fines del Estado está la actividad notarial, porque es útil e importante como un servicio a la sociedad en cuanto al aseguramiento de sus derechos, concordante con la definición del Derecho Público, como “conjunto de normas que rigen la organización del Estado y la actividad de éste directamente encaminada al cumplimiento de las atribuciones que al mismo corresponden”.

Prosiguiendo con el Profesor *Fraga*, este define al Derecho Administrativo como “una rama del Derecho Público, que regula la actividad del Estado, que se realiza en forma de función administrativa”.

Es importante citar la opinión de otros connotados juristas, como *Eduardo Augusto Pondé*, quien rechaza la idea de que el notario es funcionario público, y así es, cuando dice: “...existe, con relación al notario, una sustancial diferencia, éste no posee como tal, el ejercicio de la función notarial, debe pedirla al Estado, conforme a lo que las leyes y reglamentos determinen. Investido el escribano de la función que le compete, su ejercicio es contralorado más o menos intensamente, en forma directa o indirecta por el Estado a través de sus propios órganos o de órganos paraestatales como los colegios notariales, en los países donde funcionan como instituciones legales...”.

Otro autor, expresa que, entre las atribuciones del Estado, que regulan el campo en que se desenvuelven la actividad de los particulares se encuentra “Atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada”.

Como se observa, la actividad notarial se encuentra absolutamente ligada al Derecho Público, en especial con el Derecho Administrativo. No hay lugar a confusiones y es hora que los profesionales notarios tengan claro que la función notarial es una actividad delegada por el Estado, declarando en su nombre, cuando dice que da fe, los derechos y obligaciones de cada una de las partes, o de una sola. La autoridad que le confiere el Estado le da legalidad, seguridad jurídica a las actuaciones voluntarias.

El notario cumple funciones administrativas, sin que por ello sea un funcionario público, lo mismo no se puede decir en cuanto a que la función notarial cae dentro de la esfera jurisdiccional.

Para ello, ver lo que establece la Constitución Nacional en cuanto a las funciones del Poder Judicial: “Art. 247. De la Función y de la composición. El Poder Judicial es el custodio de la Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los Tribunales y por los Juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la Ley”.

Tampoco se encuentra entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia algún artículo que diga que es atribución del Poder Judicial crear, otorgar, controlar los registros notariales. La función del Poder Judicial es jurisdiccional. Se considera que la función notarial es de orden público y por tanto de carácter administrativo y no debe formar parte del Poder Judicial, aunque la reglamentación de la función notarial figure en la Ley N° 879/81, “Código de Organización Judicial”. También el Notario está incluido en el listado de Auxiliares de la Justicia, pero como otros tampoco son parte del Poder Judicial.

7. El notariado cumple una función pública

Se extrae de *Bielsa*, estudioso del Derecho Administrativo, cuanto sigue:

“Hay actividades profesionales de índole pública, han inducido al empleo de una terminología que ha causado cierta confusión sobre el carácter jurídico y legal de



quienes las ejercen, tal es la del notario o escribano público, que naturalmente no es un funcionario público...”.

Está claro que el Notario como profesional independiente, cumple una función pública sin ser funcionario público.

Conclusión

Esta ubicación de la función notarial y por tanto el Notario, lleva a sostener:

1. El Notario cumple una función pública, delegada por el Estado para realizar actividades propias del mismo, como es la fe pública.
2. Por ello debe ser parte del ámbito administrativo y no jurisdiccional.
3. Para optar al cargo de Notario, el profesional debe dar un examen de capacidad.
4. Las normas que regulan la función notarial deben estar en el ámbito del Derecho Administrativo y no formar parte de las normas del Poder Judicial.
5. Con el fin de lograr un mejor control en el ejercicio de la profesión, se debe dictar una ley de colegiación.

Mediante la intervención notarial, se tiene la certificación de autenticidad de un instrumento privado, elevándolo a la categoría de instrumento público, conforme al Art. 375 del Código Civil Paraguayo.

La función notarial se encuentra dentro del ámbito administrativo, pues da vida a través de los actos individuales a las normas generales.

Referencias

Constitución Nactonal 1992. Art. 247.

Ley N° 879/81, (1981). *Código de Organización Judicial.*

Bardallo, J. R. (1971). *Relaciones Jurídicas Notariales.* Revista del Notariado

Bielsa, R. (1964). *El Derecho Administrativo.* Buenos Aires

Fraga, G. (2000). *Derecho Administrativo.* México. Editorial Porrúa.

Orenday, A. G. (2016). *Derecho Administrativo y Derecho Notarial*. Revista Digital de Derecho, 7.

Ornellas, H. (1956). *La actividad Notarial y la función Administrativa*. Revista de Derecho Notarial, 4.

Pondé, E. B. (1977). *Tríptico Notarial*. Buenos Aires: Palma.

Prieto Yegros, L. (1987). *Documentos fundamentales del Pueblo Paraguayo*. Volumen II. Asunción. Editorial Cuadernos Republicanos.

Velilla, C. G. (1992). *El Notariado Paraguayo cien años del Colegio de Escribanos del Paraguay 1892-1992*. Asunción: Gráfica Comuneros.

Welsb, A. V. (1951). *El Derecho Notarial a la luz de la teoría egologica*. Revista Internacional del Notariado.



NECESARIA INSERCIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO AMBIENTAL DENTRO DEL SISTEMA JURÍDICO PARAGUAYO

*“Necessary insertion of taxative
environmental law in the Paraguayan legal
system”*

MARÍA ROCÍO YANES DE LISERAS ¹

RESUMEN

Viviendo en sociedad la calidad de vida es una de las necesidades básicas del ser humano como así también el derecho a un ambiente saludable, ambos derechos tutelados por el Estado y prescriptos en la Constitución Nacional de la Republica. La calidad de vida es esencial para el desarrollo integral de la persona de acuerdo con su dignidad. Este derecho supone, básicamente, las condiciones que aseguren su protección, alimentación, acceso a servicios de salud, educación, vestimenta, recreación, y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un medio ambiente sano. Este estudio no expone las reglamentaciones ambientales ni las sanciones establecidas en dichas normas, sino más bien establecer un impuesto al cual es sometido el ciudadano para conservar y mejorar un patrimonio natural, denominado en otros ordenamientos impuestos verdes.

¹ Abogada y Licenciada en Contabilidad. Doctoranda en Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE, Corrientes Argentina, Magister en Ciencias Penales por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Posgrado en Docencia Universitaria, Abogada por la Universidad Nacional de Asunción, Licenciada en Contabilidad por la Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas de la Universidad Nacional de Asunción.



Palabras clave: *Impuesto ambiental, Preservación, Calidad de vida.*

ABSTRACT

Living in society, quality of life is a basic need as well as the right to a healthy environment, both right are protected by the Government and prescribed in the National Constitution of the Republic. Quality of life is essential for the full development of the person in accordance with their dignity. This right supposes, basically, the condition that ensures protection, food, access to health services, education, clothing, recreation and housing endowed with essential public services in a healthy environment. This study does not expose the environmental regulations nor the sanctions established in those norms, but rather to establish a tax to which the citizen is subject to conserve and improve a natural heritage, denominated in other green tax regulations.

Keywords: *Green Tax, Preservation, Quality of live.*

1. Introducción

En este trabajo abordamos desde la perspectiva del Derecho Tributario la concepción de una nueva rama del Derecho que aún no fue implementado en la República del Paraguay y de la manera en que el Estado Paraguayo puede utilizar este mecanismo como medio de preservación de los recursos naturales nacionales, regulando un nuevo hecho imponible: el impuesto ambiental.

El Impuesto es uno de los recursos pecuniarios por medio del cual el Estado obtiene ingresos, utilizando dichos fondos para garantizar su propio funcionamiento y proveer de ciertos servicios a los ciudadanos que lo conforman. La necesidad de ingresos surge a raíz de que los individuos en forma aislados no pueden obtener la satisfacción debida de aquella, entonces el ser humano asociado tiende a buscar a alguien

que aúne esos esfuerzos para cubrirlos.² La responsabilidad de cubrir esas necesidades recae sobre el Estado.

Viviendo en sociedad la calidad de vida es una de las necesidades básicas del ser humano como así también el derecho a un ambiente saludable, ambos derechos tutelados por el Estado y prescriptos en la Constitución Nacional de la Republica.

Título II, De Los Derechos, De los Deberes y de las Garantías. Capítulo I, De La Vida y del Ambiente.

Sección I Art. 6º De La Calidad de Vida: La calidad de vida será promovida por el Estado mediante planes y políticas que reconozcan factores condicionantes, tales como la extrema pobreza y los impedimentos de la discapacidad o de la edad.

El Estado también fomentará la investigación sobre los factores de población y sus vínculos con el desarrollo económico social, con la preservación del ambiente y con la calidad de vida de los habitantes.

Sección II Del Ambiente. Art. 7º Del Derecho a una Ambiente Saludable: Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.

² *Vilegas H.*, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Derecho Tributario Edic. De Palma Año 2001, pág. 4.

Nació el 14/08/1932. Abogado y Doctor en Derecho de la UNC (1964) Profesor Titular y Profesor Consulto de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Miembro efectivo de la Academia Brasileira de Derecho Tributario y Miembro vitalicio de la AAEF. Autor o coautor de 15 libros de finanzas públicas, derecho financiero y derecho tributario entre los cuales se destaca Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Escribió 116 artículos en revistas nacionales y extranjeras y fue autor o coautor de varios códigos tributarios municipales argentinos. Asesor de los Gobiernos de Colombia y Venezuela para sus códigos tributarios vigentes. Recibió el Premio Dino Jarach a la Personalidad Tributaria de Mayor Relevancia Internacional durante 1997 y el Primer Premio de la AAEF por su libro Régimen penal tributario como mejor de la especialidad (1993).



Artículo 8º – De la protección ambiental: Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos.

La ley podrá extender ésta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

En la normativa Constitucional los **objetivos prioritarios** de interés social son la preservación, la conservación, la recomposición y el **mejoramiento del ambiente**.

La calidad de vida es esencial para el desarrollo integral de la persona de acuerdo con su dignidad. Este derecho supone, básicamente, las condiciones que aseguren su protección, alimentación, acceso a servicios de salud, educación, vestimenta, recreación, y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un medio ambiente sano³.

Este estudio no expone las reglamentaciones ambientales ni las sanciones establecidas en dichas normas, sino más bien establecer un impuesto al cual es sometido el

³ *Fernández, E, Moreno, Pettit*, Constitución de la República del Paraguay, Edit. Intercontinental. 2012.

Fernández Arévalo Evelio, Nacido en Paraguay (1931) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Asunción (1958) Lic. en Filosofía por la Universidad Nacional de Asunción (1955), autor de varias obras, Miembro y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Dos veces Presidente del Congreso y de la Cámara de Senadores del Paraguay. Convencional constituyente y miembro de la Comisión Redactora de la Convención Nacional Constituyente de 1992. Rector de la Universidad Comunera. Miembro del Consejo de la Magistratura.

Moreno Ruffinelli José Antonio, Nacido en Paraguay (1939) Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción (1962) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (1967) es docente en universidades nacionales como extranjera, autor de varias obras jurídicas. Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay (2001-2003). *Pettit Horacio Antonio*, Abogado por la Universidad Nacional de Asunción, Especialista en Derecho Ambiental, tiene publicadas más de veinte obras entre compilaciones, colaboraciones y actualizaciones. Ex juez sumariante, docente de universidades privadas y profesor auxiliar de la UNA.

ciudadano para conservar y mejorar un patrimonio natural, denominado en otros ordenamientos impuestos verdes.

El método utilizado es el deductivo, como así también el análisis e interpretación de textos jurídicos relacionados al Medio Ambiente y del Derecho Tributario. Definimos nociones básicas del Derecho Tributario, sus principios lo aplicamos Derecho Tributario Ambiental y los principios constitucionales dan nacimiento al nuevo hecho imponible

2. Desarrollo

2.1 Derecho tributario

El derecho tributario, en sentido lato, es el conjunto de normas jurídicas que se refieren a los tributos, regulándolos en sus distintos aspectos⁴.

2.1.1 Los tributos

Para solventar su funcionamiento y la eficiente prestación de servicios públicos, El Estado debe necesariamente reunir fondos para cubrir los costos que representan realizar éstas operaciones. Para tal efecto existen dos Tipos de ingresos: Los originarios o patrimoniales, que tienen su origen en el propio patrimonio del Estado y los recursos derivados, que provienen del patrimonio de los individuos.

“Los recursos tributarios o derivados provienen de un hecho imponible, que consiste en un acontecimiento de la vida humana, al cual la ley le asigna importancia de tal magnitud que, al producirse, surge el derecho al cobro del tributo como la obligación de dar una suma de dinero, en participación de las posibilidades y riquezas públicas, del hecho económico financiero”⁵. Cabe resaltar en esta definición que el Estado no exige por imposición autoritaria, sino que surge por imperio de la ley.

⁴ *Vilegas H.*, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Derecho Tributario. Edic. De Palma Año 2001.

⁵ *Sosa C., Zalazar, W y Caballero, M.*, Finanzas Publicas, Edit. Intercontinental, pág. 188.



Llamamos tributos a las prestaciones en dinero en virtud de una ley y son utilizados por el Estado para cubrir los gastos necesarios para realizar sus fines. La ley establece los casos en los cuales los particulares deben abonar impuestos, tasas, contribuciones y parafiscales.

2.1.2 Impuestos, tasas, contribuciones y recursos parafiscales

Constituyen todos, especies del Tributo. El impuesto es una prestación pecuniaria que el contribuyente debe al Estado, no teniendo éste ninguna obligación con aquél, situación diferente a la que se plantea en el caso de los demás recursos; en las tasas y contribuciones si existe una contraprestación por parte del Estado. Los ejemplos más comunes están dados por los servicios de recolección de basura, donde el particular abona una “tasa de recolección de residuos” por encontrarse afectado con el beneficio directo del servicio.

Los recursos parafiscales son aquellos recursos que reciben los entes estatales en forma paralela con los ingresos presupuestados, tales como aquellos rubros que abonan los pacientes en los hospitales públicos cuando ciertos servicios que por su alto costo deben ser compartidos, también los recursos parafiscales deben responder a un objetivo determinado y preciso.

En los apartados siguientes analizaremos con énfasis a los impuestos, es el tributo por excelencia y es nuestro objeto de estudio.

2.1.3 El impuesto. Concepto

El impuesto es el resultado de una obligación pecuniaria que pesa sobre las personas que tienen bienes o rentas sujetos al poder de imposición del Estado, responde a

Sosa C, Luis F., jurista paraguayo, nacido en 1946. Dr. en Ciencias Jurídicas, Prof. Titular de Finanzas Públicas de la Facultad de Derecho UNA. Realizó numerosas publicaciones y monografías de investigaciones jurídicas.

Zalazar M., Walter, nacido en Paraguay, Economista, egresado de la Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables UNA, especialista en Comercio Internacional, Especialista en Gestión Financiera por la Universidad de Santiago de Chile.

Caballero M., Marco, nació en Villarrica (1963) Paraguay, Prof. Asistente de Derecho Tributario y Finanzas Publicas (UNA).

una exigencia legal ajustada a los principios generales de la Tributación, y que su recaudación se destine a satisfacer las necesidades y servicios públicos indivisibles o el déficit de los divisibles, el hecho generador de la obligación de tributar está relacionado con la persona o bienes del obligado.

Este concepto contiene los siguientes elementos:

a) Una obligación pecuniaria en dinero, que pesa sobre las personas que tienen bienes o rentas sujetos al poder de imposición estatal; en el presente trabajo nuestro campo de estudio sitúa al contribuyente formal, el que ha cumplido una serie de requisitos exigidos por la Administración para ejercer en forma lícita el comercio, e inscripto en una de las categorías de obligación tributaria y en consecuencia la obligación del pago de acuerdo a los plazos establecidos con vencimientos periódicos, mensuales o anuales.

b) Que dicha obligación responda a la exigencia de una ley, dictada conforme a los principios generales de la tributación (capacidad, igualdad, generalidad, uniformidad; estos principios serán estudiados en capítulos posteriores). Los tributos se rigen solamente por normas del Derecho Público, a diferencia de otros ingresos que pueden estar legislados por el Derecho Público como así también por el Derecho Privado.

c) Que la recaudación del tributo se destine a satisfacer necesidades o servicios públicos indivisibles o el déficit de los divisibles. En este sentido es importante resaltar que un contribuyente recibe los beneficios en forma indirecta, al ser un ciudadano con los mismos derechos que los demás que conforman el Estado.

Lo que caracteriza al impuesto es que se trata de una prestación pecuniaria, debida por el particular, sin obligación por parte del Estado en forma directa e inmediata; El impuesto se debe exclusivamente por la ley y una vez producida la circunstancia prevista como hecho imponible que halla su causa en la capacidad contributiva, es decir de la potencialidad económica de cada uno.

La Contraprestación del Estado utilizada con fondos de los impuestos es indivisible, es para todos. Las características del impuesto son su obligatoriedad y su generalidad. Es obligatorio porque son prescriptos por una ley y general ya que todos los ciudadanos sin distinción están sometidos al pago del impuesto.



1.1.1 Clasificación

Villegas realiza la siguiente clasificación de impuestos y estudiamos a las mismas ya a que a nuestro criterio es la más acertada. Los impuestos pueden ser:

A. Impuestos reales u objetivos y personales o subjetivos. Conforme a esta clasificación, son impuestos personales aquellos que tienen en cuenta la especial situación del contribuyente, valorando todos los elementos que integran el concepto de su capacidad contributiva. Por ejemplo, la imposición progresiva sobre la renta global que tiene en cuenta situaciones como las cargas de familia, el origen de la renta, etc.

Los impuestos reales, consideran en forma exclusiva la riqueza gravada con prescindencia de la situación personal del contribuyente. Así, por ejemplo, los impuestos a los consumos o el impuesto inmobiliario, no toman en consideración la capacidad contributiva del contribuyente

B. Impuestos directos e indirectos: Impuestos directos son aquellos que no pueden trasladarse, e impuestos indirectos los que pueden trasladarse. los impuestos directos gravan periódicamente situaciones con cierta permanencia, mientras que los impuestos indirectos gravan actos o situaciones accidentales, como los consumos. En nuestro país el impuesto directo es el impuesto inmobiliario y el impuesto indirecto es el impuesto al valor agregado

2.2 Derecho tributario ambiental

Anteriormente hemos definido al Derecho Tributario y al objeto de su estudio. En este apartado introducimos el concepto de una nueva rama jurídica: El Derecho Tributario Ambiental. La propia Constitución Nacional habilita al legislador a regular las normativas referentes a la conservación y mejoramiento ambiental. *Villegas* expresa que cuando se trata de establecer normas fiscales y especialmente en materia de construcción de hechos imposables, la técnica jurídica introduce elementos nuevos que complementan el sistema jurídico sin destruirlo. Se produce el traslado de ciertas figuras que pasan a otras ramas del derecho.

Análogamente los fines del Derecho Tributario y Del Derecho Tributario Ambiental serán los satisfacer los objetivos prioritarios establecidos en la Constitución Nacional y en el sistema jurídico ambiental.

En esta nueva rama se presentan los mismos principios fundamentales que el Derecho Tributario pero enfocados al medio ambiente: Derecho a un Ambiente ecológicamente equilibrado como derecho fundamental de la persona humana. Naturaleza Pública de la Protección Ambiental. Consideración de la variable ambiental en el proceso de toma de decisiones. Participación comunitaria.

Estos principios dan nacimiento al nuevo hecho imponible.

2.3 Impuesto ambiental

En concordancia con la clasificación de impuestos presentados en el apartado anterior, el impuesto ambiental es un impuesto directo. Gravan situaciones directas, y pueden ser aplicados a todos los ciudadanos.

Dino Jarach presenta criterios que pueden ser elegidos para someter a los contribuyentes a tributos y que son adecuados para que el Estado logre su propósito: someter a tributo a los que reciben un servicio del Estado (tasas), a los que reciben una ventaja u ocasionan un gasto (contribuciones), o a los que poseen la capacidad de pagar, o capacidad contributiva (impuestos)⁶.

El nacimiento de la obligación tributaria ambiental o hecho imponible se establece de acuerdo a la capacidad contributiva de cada uno de los ciudadanos. La base legal para la implementación de este tributo con fines de preservación y conservación ambiental está dada en la propia Constitución Nacional

Más allá del gran obstáculo de la corrupción gubernamental en la administración de los ingresos públicos, en este caso se hace imperiosa y urgente la necesidad de la obtención de fondos para invertir en proyectos de prevención, mantenimiento y conservación de los recursos naturales.

⁶ *Dino Jarach, El Hecho Imponible*, Editora Abeledo Perrot. 3ª Edición.

Dino Jarach (27 de enero de 1915, Milán - 26 de marzo de 1996, Buenos Aires, Argentina) fue un abogado, docente, investigador y juez ítal argentino, autor de varias obras sobre finanzas públicas y derecho tributario. Se doctoró en jurisprudencia en la Universidad de Turín con la tesis doctoral "*Principi per l'applicazione delle Tasse di Registro*" (Padova, CEDAM), calificada con la nota máxima —10— con "*Lode e Dignità di Stampa*", galardonada con el premio "*Dionisio*". Revalidó su título de abogado en la Universidad Nacional de La Plata. Cursó estudios de especialización en Holanda, Suiza y Alemania.



Conclusiones

En nuestro país, la Constitución Nacional es la norma suprema, del cual emanan todas leyes que conforman el sistema jurídico.

Los objetivos prioritarios de interés social expresados en la Constitución Nacional de la República del Paraguay son la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente. La implementación de estos preceptos debe ser regulado por el legislador.

El derecho tributario, es el conjunto de normas jurídicas que se refieren a los tributos, regulándolos en sus distintos aspectos.

Los tributos son prestaciones en dinero en virtud de una ley y son utilizados por el Estado para cubrir los gastos necesarios para realizar sus fines. La ley establece los casos en los cuales los particulares deben abonar impuestos, tasas, contribuciones y parafiscales.

El Derecho Tributario Ambiental presenta los mismos principios fundamentales que el Derecho Tributario pero enfocados al medio ambiente

Introducir en el sistema jurídico una nueva rama se constituirá en una herramienta gubernamental para preservar los recursos naturales.

No obstante, a los obstáculos que se presentan en la implementación de un nuevo impuesto y las trabas que eso implica, es responsabilidad de todos crear técnicas de mejoramiento, preservación y conservación, los esfuerzos deben provenir de todos los sectores, este trabajo expuso solo desde uno de ellos.

Referencias

Fernández E, Moreno J, Pettit, H., *Constitución de la República del Paraguay*, Editorial Intercontinental, 2012.

Jarach, Dino, *El hecho imponible, Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*, Editora Abeledo Perrot S.A. 3ra Edición.

López D, Antonto, *Tributación Medioambiental en España a nivel Subcentral: CCAA Y CCLL*, Dereito Vol. 22, noviembre 2013, nº ext:225-244 recuperado en www.usc.es/revistas/index.php/dereito/article/viewfile/1182/1547

Salassa B, Rodolfo, *La Tributación Ambiental como respuesta a los desafíos ecológicos de los Municipios Argentinos*, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas RFCE N° 16 Año 2. 016 recuperado en http://eco.unne.edu.ar/revista/publicaciones/2016/otono/revista_16_AyP_digital.pdf

Villegas H., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Derecho Tributario*. Edic. De Palma Año 2.001

Sosa C., Zalazar, W y Caballero, M., *Finanzas Públicas*, Edit. Intercontinental. Año 2008.



BIEN JURÍDICO VULNERADO EN LA TRATA DE PERSONAS

Legal right violated in trafficking in persons

YENNIFER IVONNE MARCHUK GAONA¹

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se aboca al estudio del bien jurídico lesionado en la trata de personas, para ellos, se describe las características de este fenómeno, mediante el estudio de los diversos conceptos sociales y jurídicos. Luego, se realiza un breve análisis e interpretación del alcance y contenido de la actual redacción de la Ley N° 4788/12 “*Ley Integral contra la trata de personas*”, mediante el estudio comparativo de algunos hechos punibles relevantes como: el secuestro, extrañamiento de personas y la privación de libertad.

Por último, el estudio tiende a determinar el bien jurídico vulnerado mediante la Trata de Personas, partiendo de un breve análisis de la Constitución Nacional, estableciendo el bien jurídico que la norma debe resguardar.

Palabras clave: *bien jurídico, trata de personas, tratamiento, dignidad.*

¹ Abogada egresada de la UNA (2012), Cuadro de Honor. Masterando en Ciencias Penales por la UNA, tema de tesis “La Regulación de la Trata de personas en el Código Penal paraguayo” pendiente de defensa (2014). Especialista en Ciencias Penales por la UNA (2013). Especialista en Didáctica de la Educación Superior por el Rectorado de la UNA (2016). Capacitación en Ciencias Penales por la UNA (2013). Egresada del curso de Formación inicial (2015-2016) de la Escuela Judicial, con promedio distinguido. Funcionaria del Juzgado de Ejecución Penal de Fernando de la Mora.



ABSTRACT

The present research work is devoted to the study of the legal property injured in trafficking in persons, for them, describes the characteristics of this phenomenon, by studying the various social and legal concepts. Then, a brief analysis and interpretation of the scope and content of the current wording of Law N° 4788/12 “Comprehensive Law against Trafficking in Persons” is carried out, through a comparative study of some relevant punishable acts such as: kidnapping, alienation deprivation of liberty.

Finally, the study tends to determine the legal property violated through Trafficking in Persons, starting with a brief analysis of the National Constitution, establishing the legal good that the law must protect.

Keywords: *legal right, human trafficking, treatment, dignity.*

La trata de personas. Características y estudio comparativo

Antes de dar inicio a este tema conviene saber que la trata de personas constituye un fenómeno que vulnera los derechos fundamentales de los seres humanos, y que principalmente afecta a la persona en sí. Este concepto hace referencia al comercio de seres humanos que primeramente se manifestaba con el tráfico o venta de mujeres blancas, dicho esto se tiene que, según el Diccionario de la Real Academia (Española, 2016), en su primera acepción, trata: “*deriva* de la palabra tratar, comerciar, que significa en primer lugar, tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos. Y trata de blancas, termino éste que hace referencia al tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas con coacción o mediante engaño a centros de prostitución para su explotación sexual”.

Es un delito que por sus características suele perpetrarse en el ámbito internacional, ya que las víctimas, consideradas como mercaderías, muy frecuentemente son transportadas de un país a otro, a fin de eludir la acción de la justicia local. Sin perjuicio de que el tráfico de personas se dé a nivel local solamente, es decir, cuando las víctimas son trasladadas de una localidad a otra, por ejemplo, del interior del país hacia la capital.

Ahora bien, luego de haber analizado brevemente el concepto que hace referencia a la trata de personas, la dificultad radica en que resulta algo complejo determinar cuál es el bien jurídico que se protege como consecuencia del flagelo de la trata de persona, pues todo ordenamiento jurídico resguarda en primer término derechos individuales como la dignidad y la libertad de toda persona víctima de este mal (sujeto pasivo). Y decimos que resulta complejo porque el ataque ocasionado por este delito abarca toda la integridad moral de las personas, ya que implica vulneraciones de la entidad misma de la persona, a partir de la cosificación de la misma. Esta situación, hace que la víctima sea sometida en contra de su voluntad o bien sin consentimiento válido.

Como se sabe la trata de personas se materializa mediante varias modalidades delictivas y supone la puesta en peligro de múltiples bienes jurídicos, es así que si hablamos de trata de personas con tinte sexual, se estaría poniendo en peligro la autonomía sexual, si hablamos de explotación laboral, la libertad de trabajar libremente se vería afectada y si hablamos de extracción no consentida de órganos, se estaría poniendo en peligro la integridad física, moral, etc. (Pomares Cintas, 2014).

Por lo tanto, es indispensable determinar si la trata de personas es un delito que vulnera un bien jurídico determinado y que rodea a la persona o por el contrario se trata de un delito plurilesivo al lesionar la dignidad de las personas.²

² Los bienes jurídicos se definen como “*aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social*”. Tal como quedó establecido, el bien jurídico debe sujetarse a los estrictos parámetros constitucionales con el fin de dimensionar la característica de *ultima ratio* que le debe asistir al derecho penal. Ahora bien, más allá de la discusión doctrinaria para establecer si el bien jurídico en la trata de personas es individual o supraindividual, lo cierto es que, como bien lo anota la jurisprudencia analizada con los fines propuestos de esta investigación, el bien jurídico tutelado es la dignidad de las personas que se ve lesionada cuando se le niega de forma inaudita sus derechos fundamentales e inalienables.

Empero, hay que admitir que, si bien en principio la vulneración se despliega de forma individual, lo cierto es que por la dinámica del fenómeno y por la importancia del bien jurídicamente tutelado, ésta necesariamente se proyecta a nivel colectivo que atañe a la protección de los derechos humanos. Al respecto vale la pena anotar que, desde el punto de vista sistémico, nuestro Código Penal lo ubica en el capítulo V del título III de la Parte Especial, denominado “De los delitos contra la autonomía personal”, lo que nos permite establecer



Teniendo en cuenta que la trata de personas, conocida también como la esclavitud moderna, mediante la cual la persona (víctima) es considerada como un objeto, una cosa, una mercancía, propiedad de otra persona y que sirve para ser intercambiada por dinero, es decir, siempre su fin es el de la explotación. Podríamos decir que existe una relación de Dueño a cosa, el dominio que ejerce el sujeto activo de la trata, respecto al sujeto pasivo, ejerciendo un control total sobre dicha persona cosificada. Y porqué se habla de la cosificación de la persona, pues la respuesta resulta sencilla, en el sentido de que mediante el control o dominio que ejerce el sujeto activo sobre su propiedad (sujeto pasivo-persona), se nota esa evidente cosificación del ser humano, al tratar a la persona prácticamente como una cosa, sin posibilidad de tener la libertad de decidir de ninguna forma, ni determinarse conforme a su voluntad o libre arbitrio ³.

un verdadero punto de partida para su cabal comprensión y correcta aplicación en la investigación, juzgamiento y sanción pertinentes. **Fuente especificada no válida.**

³ Al analizar las jurisprudencias, se puede citar un pasaje dramático pero que define en toda su dimensión la problemática, aunque en el caso particular asociado a la explotación de la prostitución:

(...) Para estos traficantes de cuerpos, las damas que captan y envían a Singapur no son seres humanos, no son personas, son mercancía de bajo costo, constituyen una inversión a recuperar. No les interesa su suerte, ni su bienestar. Son mercancía cuyo deterioro genera una pérdida dineraria a su propietario, la que hay que evitar de cualquier modo. No se les puede dejar engordar, no porque estén interesados en su salud, sino porque constituye un deterioro para la mercancía (...). Es inevitable asimilar este tipo de conversaciones a las sostenidas por los negreros (sic) en tiempos de la esclavitud o por los nazis en los campos de concentración de Treblinka, Bergen Belsen o Auschwitz. Una de las damas incluso es rechazada por Mónica porque pese a tener un cuerpo precioso, tiene “cara de marrano” y rechaza a otras “por chaparras” que no vuelve a cometer ese error. Es decir, no es negocio traficar con mujeres cuando éstas son muy bajitas.

De la misma forma, la trata de personas está relacionada histórica y conceptualmente al comercio y traslado, como si se tratara de una simple mercancía avaluable en dinero, y de la manera como se cosifica al sujeto pasivo se erige una nueva forma de sometimiento a la restricción de la libertad, sin embargo, es de suma importancia no confundir la trata de personas con el tipo penal del secuestro (sea simple, agravado o extorsivo). Si bien en gracia de discusión entre estas figuras delictivas que apuntan a lesionar o poner en peligro la libertad individual de las personas la característica que se evidencia en la trata es que se alude a un

Entonces al referir que el sujeto activo (captor) deja al sujeto pasivo (captado), sin la posibilidad de poder decidir libremente o actuar de acuerdo a su voluntad, no estaríamos quizás ante la vulneración de un bien jurídico específico, cual es la **Libertad**. En ese sentido para poder hacer una correcta subsunción de los hechos, es importante diferenciar los diferentes tipos penales, así tenemos que:

La Trata de Personas Vs. El secuestro⁴

TRATA DE PERSONAS	SECUESTRO
Se vulneran varios bienes jurídicos a la vez, es decir se afectan simultáneamente, por citar, la libertad, la integridad física, psicológica, la posibilidad de determinarse sexualmente o la integridad sexual, la vida. Es un delito complejo, porque vulnera varios bienes jurídicos a la vez.	Se vulnera un bien jurídico en específico, la Libertad. Es un delito específico, pues vulnera un bien jurídico en concreto, es decir no estamos en presencia de un delito complejo sino más bien un delito específico y permanente, con fines netamente económicos o pecuniarios, es

tipo penal pluriofensivo, habida cuenta de las complejas consecuencias que no sólo menoscaba un solo derecho fundamental, *verbi gratia*, la libertad, sino que de manera coetánea afecta otros como la vida y la integridad personal. **Fuente especificada no válida.**

⁴ Ley N° 1160/97, Artículo 126 del C.P.- Secuestro.

1° El que con la intención de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial u otra ventaja indebida, privara a otro de su libertad, será castigado con pena privativa de libertad de cinco a quince años (...).

Ley N° 4788/12, Art. 5 de la TIPIFICACIÓN DE LA TRATA DE PERSONAS: 1° El que, con el propósito de someter a otro a un régimen de explotación sexual; captare, transportare, trasladare, acogiere o recibiere a la víctima directa, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta ocho años.

2° El que, con el propósito de someter a otro a un régimen de servidumbre, matrimonio servil, trabajo o servicio forzado, esclavitud o cualquier práctica análoga a la esclavitud; captare, transportare, trasladare, acogiere o recibiere a la víctima directa, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta ocho años.

3° El que, con el propósito de someter a otro a la extracción ilícita de sus órganos o tejidos; captare, transportare, trasladare, acogiere o recibiere a la víctima directa, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta ocho años.



Es un hecho punible doloso. En la trata de personas el fin que se persigue es la explotación de la persona en sus diversas modalidades ya sea patrimonial, sexual, de explotación laboral, extracción indebida de órganos, etc.- Otro aspecto a tener en cuenta, pero ya desde el punto de vista jurídico sería, la diferencia existente en la descripción del tipo legal del Art. 5 de la Ley N° 4788/12, respecto a que para que se configure la trata de personas la ley expresamente establece que: (...) el que (...) la acción o actividad que requiere la norma es igualmente compleja.	así que el secuestrador tiene la intención o el fin principal de obtener un beneficio económico al privarle a la persona de su libertad. Es un hecho punible doloso, en el que el elemento subjetivo adicional es la intención de obtener un beneficio patrimonial u otra ventaja indebida.
---	---

Si bien, pese a la discusión existente entre estas figuras delictivas que apuntan a lesionar o poner en peligro la libertad individual de las personas la característica que se evidencia en la trata es que se alude a un tipo penal pluriofensivo, habida cuenta de las complejas consecuencias que no sólo menoscaba un solo derecho fundamental, *verbi gratia*, la libertad, sino que de manera coetánea afecta otros como la vida y la integridad personal.

Asimismo, se puede hacer un cuadro comparativo entre la trata de personas y los hechos punibles de privación de libertad y extrañamiento de personas:

Trata de Personas VS privación de Libertad⁵

TRATA DE PERSONAS	PRIVACIÓN DE LIBERTAD
Se vulneran varios bienes jurídicos a la vez, es decir se afectan simultáneamente, por citar, la libertad, la integridad física, psicológica, la posibilidad de determinarse sexualmente o la integridad sexual, la vida. Es un delito complejo, porque vulnera varios bienes jurídicos a la vez. Es un hecho punible doloso. En la trata de personas el fin que se persigue es la explotación de la persona en sus diversas modalidades ya sea patrimonial, sexual, de explotación laboral, extracción indebida de órganos, etc.	Se vulnera un bien jurídico en específico, la Libertad. Es un delito específico, pues vulnera un bien jurídico en concreto, no requiere como elemento del tipo legal una finalidad como para que éste se configure, basta que el autor del hecho punible prive a una persona de su libertad física. Es un delito de mera actividad, es doloso. No requiere un elemento subjetivo adicional, es decir no requiere un fin.

⁵ Ley N° 1160/97, Artículo 124 - Privación de libertad.

1º El que privara a otro de su libertad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa (...).



La Trata de personas VS Extrañamiento de Persona⁶.

TRATA DE PERSONAS	EXTRAÑAMIENTO DE PERSONA
Se vulneran varios bienes jurídicos a la vez, es decir se afectan simultáneamente, por citar, la libertad, la integridad física, psicológica, la posibilidad de determinarse sexualmente o la integridad sexual, la vida. Es un delito complejo, porque vulnera varios bienes jurídicos a la vez. Es un hecho punible doloso. En la trata de personas el fin que se persigue es la explotación de la persona en sus diversas modalidades ya sea patrimonial, sexual, de explotación laboral, extracción indebida de órganos, etc.	Se vulnera un bien jurídico en específico, la Libertad. Es un delito específico, pues vulnera un bien jurídico en concreto, para que se configure, requiere que se ejerza fuerza, amenaza o engaño y mediante ello se traslada a la persona fuera del territorio nacional. No requiere como elemento del tipo legal una finalidad como para que éste se configure, es decir el traslado de la persona se realiza sin un fin específico. Es un delito de resultado, doloso o culposos.

Ahora bien, si decimos que la trata de personas tiene por fin explotar a la persona en sí, entonces podríamos decir que con este flagelo se estaría vulnerando la *dignidad de la misma*, y si tenemos en cuenta nuestra propia Constitución Nacional de 1992, sentamos la postura de que la dignidad es propia de la persona humana y que el ser humano al poseer la cualidad de ser digno, es merecedor *per se* de dignidad y que ésta, es aquella condición básica que hace a la esencia del ser humano. Por otra

⁶ Ley N° 1160/97, Artículo 125- Extrañamiento de personas.

1° El que mediante fuerza, engaño o amenaza condujera a otro fuera del territorio nacional para exponerle a un régimen que pusiera en peligro su vida, su integridad física o su libertad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta diez años.

2° El que actuara sin intención, pero previendo la exposición del otro al régimen descrito en el inciso anterior, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años (...).

parte, se sabe que el Estado debe resguardar ciertos derechos fundamentales, propios de las personas y que al momento de considerar a la trata de personas como un delito, objeto de persecución, lo hace porque lo considera un flagelo que atenta contra la dignidad de las personas y que a su vez vulnera múltiples derechos humanos consagrados en su ley suprema, así, se tiene que la Constitución debe resguardar a todas las personas víctimas de trata y evitar que las mismas sean explotadas y tratadas como cosa, propiedad de otra personas.

Por todo ello, la Constitución de 1992, en su Artículo 1º dispone que, la república del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el *reconocimiento de la dignidad humana*. Así, se reconoce en el título I de las Declaraciones Fundamentales, la dignidad de la persona humana y si se analiza más aún, se tiene que la misma está reconocida incluso desde el Preámbulo de la propia Constitución, “El pueblo paraguayo, por medio de sus legítimos representantes reunidos en Convención Nacional Constituyente, invocando a Dios, *reconociendo la dignidad humana...*”.

Ahora bien, la pregunta que cabe formularse es ¿qué se entiende por Dignidad Humana?, y según el Diccionario de la Real Academia (Española, 2016), en su primera acepción, la palabra dignidad indica: “*cualidad de digno*” y digno a su vez conforme a la primera y cuarta acepción es “*merecedor de algo*” y “*propio de la persona digna*”. Así tenemos que, la dignidad es propia de la persona humana y que el ser humano posee la cualidad de ser digno, en otras palabras, es merecedor de dignidad, ahora bien, se podría decir que la dignidad humana es aquella condición básica que hace a la esencia del ser humano.

Y, se reafirma que la trata de personas afecta la *dignidad* de las personas porque cuando el captador somete a la víctima al régimen que fuere, ya sea la explotación sexual, de servidumbre, extracción ilícita de órganos e incluso al régimen del criadazgo, afecta de forma inmediata, la esencia misma del ser humano, si bien primariamente con sus diversas modalidades: explotación sexual, se vulneraría la autonomía sexual; explotación laboral, la capacidad de determinarse libremente o escoger libremente un trabajo de su elección; con el régimen de la extracción ilícita de órganos, la vida; etc. En definitiva, lo que se vulnera es la esencia misma del ser, porque se somete a la persona a un régimen de esclavitud, donde no es tratada como tal, como un ser autónomo, independiente y racional, sino, como una cosa, sometida a la voluntad de su dueño-amo o sometida a la voluntad del mejor postor.



Conclusión

Del análisis de la Trata de Personas, como está regulada actualmente en el Código Penal, se tiene que el bien jurídico protegido es la libertad o de otro modo, el bien jurídico vulnerado con la Trata de personas es la libertad.

Sin embargo, encuadrar este hecho tan complejo en el capítulo de los hechos punibles contra la libertad resulta simplista y hasta conformista, pues se ha dicho que esta conducta delictiva es pluriofensiva, afecta no solo la libertad sino la integridad física, la autonomía sexual e incluso puede vulnerar la vida misma de la víctima.

Se desprende de lo dicho la complicación para determinar el bien jurídico protegido con la Trata de personas, a partir de que vulnera más de un bien digno de protección jurídica, problema que aún no ha sido resuelto por la doctrina especializada o las soluciones propuestas no están exentas de críticas.

La autora, considera que resulta acertada la posición doctrinaria de considerar como bien jurídico protegido en la regulación penal de la Trata de personas (hecho punible complejo) *la dignidad humana*, pues este hecho punible atenta la existencia misma de la persona, es decir la Trata de persona afecta la entidad humana, pues lo disminuye en su categoría, se produce una cosificación del ser humano.

Esta es la tendencia que siguen los códigos penales contemporáneos, como el novísimo Código Orgánico Penal del Ecuador, que regula la Trata de personas en los primeros artículos, en el Capítulo denominado “*Graves violaciones a los Derechos Humanos y delitos contra el Derecho Internacional Humanitario*”.

En consecuencia, no resulta abaricante considerar que el bien jurídico protegido en la Trata de personas es la libertad, es por ello que el Código Penal paraguayo requiere de ajuste legal.

Referencias

Constitución de la República del Paraguay (1992). Asunción: Vazpi.

Española, R. A. (26 de abril de 2016). *Real Academia Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=aWr4q9P>

Ley N° 4788. (2012). Integral contra la Trata de Personas.

Pomares Cintas, E. (25 de agosto de 2014). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Obtenido de Crimenet Web site: <http://crimenet.ugr.es/recpc/13/recpc13-15.pdf>

Pomares Cintas, E. (2011). *El delito de Trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15: 2.

Ramos Vázquez, J. A. (2005). *La problemática del bien jurídico protegido en los delitos de malos tratos ante su (pen) última reforma*. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 748.

Rodríguez Boccia, T. (1991). *Código Penal*. Actualizado-Comentado. Graphis S.R.L.



**REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS
A LA LUZ DE LA LEY Nº 5.777/16. “DE PROTECCIÓN
INTEGRAL A LAS MUJERES, CONTRA TODAS FORMAS DE
VIOLENCIA”**

*Reflections on the rights of victims in light of
Law Nº 5,777/16. “Of integral protection to
women, against all forms of violence”*

RAÚL BOGARÍN ALFONSO ¹

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito esencial realizar unas reflexiones sobre de los derechos de las víctimas a la luz de la Ley Nº 5.777/16 **“De protección integral a las mujeres, contra todas formas de violencia”**. Como se verá, me interesa marcar los lineamientos que hacen al avance del concepto y nuevas visiones en cuestiones de género y víctimas. Esto da cuenta que existe poca claridad político criminal de hacia dónde se pretende apuntar con la regulación de la víctima en nuestro sistema procesal penal y abre enormes espacios de riesgo de introducción de cambios que, debido a no tener una orientación clara ni estar bien pensados, podrían introducir distorsiones y problemas relevantes a futuro.

¹ Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Asunción. Defensor Público de la Niñez y la Adolescencia del 7º Turno, Capital. Especialización en Derecho Constitucional – Universidad de Salamanca. España. Especialización en derecho de Familia – Universidad de Buenos Aires. Maestría en Derecho de Familia. Universidad Nacional del Nordeste. Corrientes-Argentina.



En este contexto, mi llamado es a iniciar una discusión más profunda que la que hemos tenido hasta el momento, que considere no sólo aspectos teóricos sino también empíricos, para que decidamos qué orientación político criminal debiéramos darles a los cambios que se proponen en relación al estatus de la víctima por feminicidio en nuestro sistema penal.

Palabras clave: Víctima, Feminicidio, Género, Protección Integral.

ABSTRACT

The main purpose of this article is to make a few comments about victim's rights according to the Law N° 5.777/16 "Comprehensive protection of women against all forms of violence". As will be seen further on, I am interested in marking the guidelines that make the improvement of the concept and also new visions in gender issues and victims. This demonstrate that there is slight clarity on criminal - political about knowing where reforms should be targeted with the regulation of victim in our criminal procedure system and it opens up huge spaces of risk of introducing changes that, due to not having a clear orientation or not well planned, could introduce distortions and relevant problems in the future.

In this context, my call is to initiate a deeper discussion than we have had up to now, which considers not only theoretical but also empirical aspects, so that we can decide what criminal political orientation we should give to the changes proposed in relation to the Victim status for femicide in our penal system.

Keywords: Victim, Femicide, Gender, Comprehensive protection

Sumario: 1. Introducción 2. Cronología penal del reconocimiento de la víctima 3. Perspectiva de género, protección penal y enfoque interdisciplinario del concepto de víctima. 3.1 Femicidio o Feminicidio 3.2 Marco jurídico de protección a las víctimas en razón de género 3.2.1 Instrumentos clave de derechos humanos de las mujeres ratificados por Paraguay. 4. Análisis de la Ley Nº 5.777/16 “DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES, CONTRA TODAS FORMAS DE VIOLENCIA”

1. Introducción

La figura de la víctima ha adquirido en los últimos tiempos una importancia sin parangón. Ello se debe a la nueva dimensión de la justicia, a la reformulación y adaptación del principio “Access to Justice” que tanto ha significado para el modelo de justicia en tanto en cuanto ha servido para buscar y desarrollar vías de tutela –complementarias a la vía judicial– de los ciudadanos, haciéndoles más protagonistas de los procesos. En esta línea, las víctimas –las grandes olvidadas en los procesos penales– han venido reclamando un mayor papel y, por tanto, visibilización, surgiendo un movimiento conocido como “victimología”.

A tal fin se han llevado a cabo diversas y sustanciales iniciativas legislativas que han introducido cambios en el reconocimiento de los derechos a las víctimas con visión de género diferente y que, aun cuando han sido bien recibidas por ser consideradas un avance en la protección de las mismas, no han quedado exentas de críticas.

2. Cronología penal del reconocimiento de la víctima

El derogado código de 1890 nada previó respecto a la participación efectiva de la víctima en el proceso penal; el capítulo de la querella criminal establece una serie de requisitos formales en demasía para la vinculación de la víctima a un proceso penal; muchos de sus preceptos exigen, en la práctica, la concurrencia de recaudos para una etapa posterior a la preliminar o de investigación, ya que la acusación, como la conocemos en su verdadera dimensión, se plantea recién en el estado pleno. Si a ello se suma la jurisprudencia de nuestros tribunales que interpretaban la necesidad de un arraigo de orden económico para que la víctima pueda sostener una querella criminal, la praxis nos revela las enormes dificultades que tenía el particular ofendido para concurrir a un proceso penal, al menos, de la única manera admitida por el código de 1890 y que era únicamente por el conducto de la querella



El ejercicio de la acción a cargo de la víctima resultaba fácticamente una pesada carga que solamente los que disponían de recursos podían sostenerla, evidenciando un “sistema selectivo” de causas controladas por la víctima, mientras que el resto —la mayoría de los procesos— pasaban a engrosar un espacio más del largo catálogo de impunidad en el país. ¿Acaso el Ministerio Público ya organizado en estos tiempos, no concurría en protección de la víctima de escasos recursos? Lamentablemente no, ya que el Ministerio Público —de organización híbrida e institucionalmente dependiente del Poder Ejecutivo— quedaba relativizada por una aplicación arbitraria del principio de legalidad que se traducía en la siguiente fórmula: mientras no exista querrela criminal de la víctima, la causa penal no merece la atención del Ministerio Público, lo que equivale a decir que no hay interés social en su dilucidación, por lo que discriminaban solamente las causas penales que estaban precedidas de una querrela, en la creencia que habría un control de la víctima sobre el curso de la investigación y del hipotético juicio.

Si bien la denuncia formulada por la víctima constituyó el medio empleado con mayor asiduidad para provocar investigaciones, la prohibición de intervenir con posterioridad a dicho acto produjo un panorama deficitario para aquél; el déficit se profundiza si añadimos la interpretación de la jurisprudencia de aquellos tiempos que exigía la presencia de la víctima para que ratifique su denuncia, diligencia que generó una suerte de constreñimiento al afectado por el delito, ya que en la práctica la convocatoria se efectuó bajo aditivos compulsivos, tales como: “*bajo apercibimiento de que si no asistiese a la convocatoria, se tendrá por desistida la denuncia*” o “*de ser traída por la fuerza pública si no concurriese sin alegar justa causa*”.

Lo absurdo de dicho acto, dio lugar a que la víctima sea objeto de las más graves presiones y amedrentamientos durante el lapso que corría desde la denuncia hasta la ratificatoria, principalmente si aquella no disponía de suficientes recursos económicos o de preparación intelectual; los abogados defensores de imputados poderosos se encargaban de advertir represalias por el atrevimiento de haber ejercido su derecho a la denuncia, terminando por producir un “cambio” radical en la postura del ofendido, fundamentalmente por la permisividad de un ambiente judicial burocrático y deficiente, con lo cual se duplicaba la victimización del damnificado.

La Constitución de 1992 motivó un cambio en la estrategia de las defensas del imputado, ya que al no utilizar los mecanismos compulsivos de la ratificatoria que antes

usufructuaban —principalmente por la presión de los medios de prensa que se ocuparon en desnudar estas graves deformaciones procesales, cuidando que no se repitan en el futuro—, optaron por una nueva modalidad: que las declaraciones informativas prestadas por las víctimas no se efectúen bajo juramento, porque tales deposiciones no son similares a las de una declaración testimonial, para lo cual reclamaban que los denunciantes declaren con la exoneración de toda promesa y juramento de decir verdad. Los jueces y tribunales consideraron en varios fallos que la ausencia de una promesa y juramento de decir verdad en las deposiciones informativas prestadas por la víctima, no tenían la entidad probatoria suficiente para acreditar el cuerpo del delito y bajo estos criterios formulistas, culminaban con la absolución del imputado por insuficiencia probatoria al considerar intrascendente la declaración prestada por el ofendido.

3. Perspectiva de género, protección penal y enfoque interdisciplinario del concepto de víctima.

3.1 Femicidio o Feminicidio

La traducción del término *femicide* al español no cuenta con un consenso, siendo utilizada de manera indistinta como femicidio o feminicidio en las diversas legislaciones latinoamericanas².

El femicidio y feminicidio provienen de la palabra inglesa *femicide*, expresión acuñada por la escritora norteamericana Carol Orlock en 1974, retomado por Diana Russel en 1976 ante el Primer Tribunal Internacional de Crímenes contra Mujeres. A inicios de la década de los 90 Diana Russell y Jane Caputi desarrollaron el concepto en publicaciones y develaron el sustrato misógino de los crímenes de mujeres que se mantiene oculto en la palabra homicidio, ubicando a las muertes violentas de mujeres como el *continuum* de una gran cantidad de actos de violencia como abusos verbales y físicos, violación, tortura, esclavitud sexual, incesto, violencia psicológica,

² Costa Rica, Chile, Guatemala, Nicaragua, Honduras y Panamá son los países que han adoptado el término “femicidio”. El Salvador, México, Perú y Bolivia optaron por tipificar el hecho como “feminicidio”. ONU Mujeres y Alto Comisionado para los derechos humanos de Naciones Unidas. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/ feminicidio).



acoso laboral, sexual, mutilación genital femenina, maternidad forzada, herosexualidad forzada, abuso sexual infantil, mutilaciones en nombre de la belleza, etc. Cuando estas formas de violencia resultan en muerte, consideran las autoras que ello constituye un *femicide*.

Conceptualizar las muertes violentas de mujeres es importante porque como bien lo ha señalado la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, los homicidios de mujeres relacionados con el género, más que una nueva forma de violencia, constituyen la manifestación extrema de formas de violencia que existen contra la mujer:

No se trata de incidentes aislados que ocurren en forma repentina e imprevista sino más bien del acto último de violencia que tiene lugar en un continuo de violencia. La mujer sometida continuamente a la violencia y que vive en condiciones de discriminación por razones de género y amenazas esta “*siempre en el pabellón de la muerte, siempre temiendo la ejecución*”. El resultado es que la mujer no puede vivir y ello constituye una parte importante del proceso de la muerte cuando el acto letal finalmente ocurre. La violencia de esa índole, más que obedecer a propósitos aislados o individuales, sigue una lógica institucional “*de definir y mantener relaciones sociales jerárquicas de raza, género, sexualidad y clase y, de esa manera, perpetuar la desigualdad de las comunidades marginadas*”³.

Femicidio es considerado como la “muerte violenta de mujeres (asesinato, homicidio o parricidio), por el hecho de ser mujeres”, así como “el asesinato de mujeres por razones asociadas con su género. El femicidio es la forma más extrema de violencia de género, entendida ésta como la violencia ejercida por los hombres contra las mujeres en su deseo de obtener poder, dominación o control. Incluye los asesinatos producidos por la violencia en el ámbito familiar y la violencia sexual”⁴.

El término femicidio adquiere en la literatura feminista un consenso más amplio al denominarse como un *continuum* de violencia que puede incluir el incesto, abuso físico y psicológico, esterilización forzada, uso de las mujeres en la pornografía, trata

³ Toledo Vásquez, P., *op. cit.*

⁴ Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, *I Informe regional: situación y análisis del feminicidio en la región centroamericana*, San José: IIDH, 2006, pp. 33 y 35. 51 *Ibíd.*, p. 37.

de personas, maternidad forzada, etc. En la medida en que cualquiera de estas formas de violencia contra una mujer resulta en su muerte, se convierte en un femicidio.

Desde este enfoque, el elemento central es la posición de dominación masculina, de subordinación tiene que ver con la dominación del género femenino en el marco de las relaciones de poder que genera el patriarcado, en el cual la violencia opera como forma de mantenimiento de ese orden.

La violencia contra las mujeres es de hecho la piedra angular de la dominación de género. Como lo plantea Lori Heise: esta violencia no es casual, el factor de riesgo es ser mujer. Las víctimas son elegidas por su género. El mensaje es dominación: confórmate con tu lugar.

La antropóloga feminista Marcela Lagarde explica su preferencia por el término feminicidio:

En castellano femicidio es una voz homóloga a homicidio y sólo significa homicidio de mujeres. Por eso, para diferenciarlo, preferí la voz feminicidio y denominar así al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones de mujeres y que éstos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad [...].

En el feminicidio concurren en tiempo y espacio daños contra niñas y mujeres realizados por conocidos y desconocidos, por violentos —en ocasiones violadores— y asesinos individuales y grupales, ocasionales o profesionales, que conducen a la muerte cruel de algunas de las víctimas. No todos los crímenes son concertados o realizados por asesinos seriales: los hay seriales e individuales, algunos son cometidos por conocidos: parejas, ex parejas, parientes, novios, esposos, acompañantes, familiares, visitas, colegas y compañeros de trabajo; también son perpetrados por desconocidos y anónimos, y por grupos mafiosos de delincuentes ligados a modos de vida violentos y criminales. Sin embargo, todos tienen en común que las mujeres son usables, prescindibles, maltratables y desechables. Y, desde luego, todos coinciden en su infinita crueldad y son, de hecho, crímenes de odio contra las mujeres⁵.

⁵ Lagarde, M., “Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres”, *Retos teóricos y nuevas prácticas*, San Sebastián: Ankulegi, 2008, p. 216.



Lagarde destaca que el concepto de feminicidio hace referencia al contexto de impunidad en que se realizan estos crímenes, y la responsabilidad del Estado para juzgar y garantizar justicia, cuando *“el Estado es parte estructural del problema por su signo patriarcal y por su preservación de dicho orden, el feminicidio es un crimen de Estado”*. Por lo tanto, el elemento impunidad, como elemento político y de responsabilidad del Estado, es el principal diferenciador entre ambos términos: femicidio y feminicidio, colocando el foco en el papel que juega en el Estado en la perpetuación de estos crímenes y su responsabilidad en la prevención, sanción y erradicación de la violencia.

Cualquiera sea el término que se adopte femicidio o feminicidio, resulta fundamental romper con el término neutral de “homicidio” porque ello implica romper con uno de los paradigmas del patriarcado como es la neutralidad de las palabras. Hacer referencia a la muerte violenta de mujeres no como casos aislados, sino como una situación estructural de violencia es darle existencia y reconocer un fenómeno: *“lo que no se nombra no existe”* señalaba el antropólogo francés *Claude Lévi-Strauss*.

Al articular los conceptos, la lengua se convierte en vehículo del pensamiento.

Cuando se nombra: se categoriza, se organiza el mundo. Por lo tanto, las palabras tienen un poder conceptualizador, ya que la palabra crea el concepto en la misma medida en que el concepto requiere de la palabra⁶.

Las mujeres y los problemas que afectan a las mujeres no sólo han permanecido ocultos, invisibles en la historia y en el lenguaje, sino también en la construcción de las normas jurídicas y, por lo tanto, han carecido de valor social.

Por eso, el reconocimiento del feminicidio/femicidio como la forma más extrema de violencia contra las mujeres es uno de los pasos para combatirla.

Disponible en: <http://www.campoalgodonero.org.mx/sites/default/files/documentos/Violencia%20feminicida.pdf>.

⁶ Bacco, B., *Análisis de Claude Lévi-Strauss*. Disponible en: <http://www.comunidadrusell.com/default.asp?contenidos/textos/levi-strauss.html#notas>.

Costa Rica, Chile, Guatemala, Nicaragua, Honduras y Panamá son los países que han adoptado el término “femicidio”. El Salvador, México, Perú y Bolivia optaron por tipificar el hecho como “feminicidio”. ONU Mujeres y Alto Comisionado para los derechos humanos de Naciones Unidas. Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género (femicidio/ feminicidio).

3.2 Marco jurídico de protección a las víctimas en razón de género

En la Constitución Nacional de 1992 el “derecho a la vida” es reconocido en el artículo 4 como inherente a toda persona humana, garantizándose su protección, en general, desde la concepción, aboliendo la pena de muerte y garantizando que *“toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y síquica, así como en su honor y en su reputación”*. Este derecho abarca por un lado el derecho a no ser privado de la vida de manera arbitraria, es decir, el deber de abstención por parte del Estado; pero por otro lado, implica la obligación del Estado de garantizar acciones que permitan el goce efectivo de este derecho.

El derecho a una vida libre de violencia también se encuentra reconocido constitucionalmente en el Artículo 5° sobre la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y/o degradantes y en el Artículo 9° sobre el derecho a la protección de la libertad y la seguridad de las personas. La Constitución también incorpora un artículo específico para referirse a la protección contra la violencia: *“El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas destructoras de su solidaridad”* (artículo 60).

La incorporación de un artículo específico sobre la violencia en el ámbito de la familia constituye un paso importante en el reconocimiento del problema. Si bien, otros cuerpos constitucionales son más amplios haciendo referencia a la violencia de género o la violencia contra las mujeres, como las Constituciones de República Dominicana (artículo 42) y Bolivia (artículo 15), la garantía específica del derecho a ser protegido de la violencia en la familia dentro de la Constitución del Paraguay implica la asunción de la responsabilidad estatal frente a problemas específicos de grupos poblacionales dentro del ámbito privado.

La Constitución paraguaya también jerarquiza a los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados en segundo orden de prelación, luego de la Constitución como ley suprema de la República, y por encima de las leyes nacionales (Art. 137), esto, en cuanto a que para su denuncia deben someterse al procedimiento de la enmienda constitucional conforme el artículo 142 de la Constitución Nacional.

En este marco, es importante destacar que el Estado paraguayo es signatario de los principales tratados internacionales relativos al reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, entre ellos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, Ley N° 1215/86). A pesar de que



dicha igualdad estaba subordinada a los roles y estereotipos de género de las leyes, el instrumento avaló las luchas de las mujeres una vez conquistada la democracia y permitió la pronta modificación de legislaciones discriminatorias como el Código Civil con la Ley N° 1/92 y la incorporación de normativa por la igualdad en el proceso de la constituyente de 1992.

En 1995 el Estado también ratificó por medio de la Ley N° 605/95 la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de Belém do Pará. Este instrumento es uno de los más importantes en la lucha contra la violencia hacia las mujeres, reconociendo a la misma como una violación a los derechos humanos, responsabilizando al Estado incluso cuando tolera o consiente en su territorio la violencia ejercida contra la mujer que se produce en el ámbito privado. Entre otras cosas, esta Convención obliga al Estado a incluir en su legislación interna normas para erradicar la violencia, las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la violencia, establecer procedimientos legales justos y eficaces para que la mujer obtenga protección, resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación (Artículo 7°).

3.2.1 Instrumentos clave de derechos humanos de las mujeres ratificados por Paraguay.

Sistema Universal

	Nombre del Instrumento	Ley de Ratificación
1	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)	Ley N° 1215/86
2	Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)	Ley N° 1683/01
3	Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer	Ley N° 54/90
4	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)	Ley N° 4/92

5	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP / ICCPR)	Ley N° 5/92
6	Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad	Ley N° 3458/08
7	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT)	Ley N° 69/90
8	Convención sobre los Derechos del Niño (CRC)	Ley N° 57/90
9	Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICRMW)	Ley N° 3452/08
10	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	Ley N° 1663/01
11	Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ICRPD)	Ley N° 3540/98

Sistema Interamericano

	Nombre del Instrumento	Ley de Ratificación
12	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer – “Convención de Belém do Pará”	Ley N° 605/95
13	Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer	Ley N° 876/63
14	Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José	Ley N° 1/89
15	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	Ley N° 56/90



16	Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales o Protocolo de San Salvador	Ley N° 1047/97
17	Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad o Convención de Guatemala	Ley N° 1925/02

4. Análisis de la Ley N° 5.777/16 “DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES, CONTRA TODAS FORMAS DE VIOLENCIA”

En diciembre de 2016 el Poder Legislativo de la República del Paraguay promulgó la Ley N° 5.777/16 “DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES, CONTRA TODAS FORMA DE VIOLENCIA”. La misma tiene como objeto establecer políticas y estrategias de prevención de la violencia hacia las mujeres, así como mecanismos de atención y medidas de protección, sanción y reparación integral, tanto en el ámbito público con en el privado.

Su finalidad, es pues, promover y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, por ello el Artículo 3º establece que la misma será aplicada a todas las mujeres, sin ningún tipo de discriminación, frente a actos u omisiones que impliquen cualquier tipo de violencia hacia la mujer y que se produzca en los siguientes ámbitos:

- a) Dentro de la familia o unidad doméstica cuando exista una relación interpersonal de pareja presente o pasada, de parentesco o de convivencia entre el autor y la mujer agredida.
- b) En la comunidad, sin necesidad de que exista una relación o vínculo de ningún tipo entre la persona o personas agresoras y la mujer.
- c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado, a través de sus agentes o terceras personas con su consentimiento en cualquier lugar que se produzca.

Es importante señalar que esta ley entrará en vigencia -en su totalidad- desde diciembre de 2017, es decir, un año después de su promulgación, salvo lo correspondiente al artículo 50, que entró a regir en fecha 28 de diciembre de 2016, día posterior al de la publicación de dicha ley.

Esto quiere decir que en nuestro país está tipificado el asesinato de una mujer en razón de su sexo, feminicidio, como un hecho punible de acción penal pública y que corresponde a la forma más extrema de violencia hacia las mujeres. Textualmente la normativa -en el artículo 50- establece que *“El que matara a una mujer por su condición de tal y bajo cualquiera de las siguientes circunstancias, será castigado con pena privativa de libertad de diez a treinta años, cuando:*

- a) El autor mantenga o hubiere mantenido con la víctima una relación conyugal, de convivencia, pareja, noviazgo o afectividad en cualquier tiempo;*
- b) Exista un vínculo de parentesco entre la víctima y el autor, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
- c) La muerte ocurra como resultado de haberse cometido con anterioridad un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial contra la víctima, independientemente de que los hechos hayan sido denunciados o no;*
- d) La víctima se hubiere encontrado en una situación de subordinación o dependencia respecto del autor, o este se hubiere aprovechado de la situación de vulnerabilidad física o psíquica de la víctima para cometer el hecho;*
- e) Con anterioridad el autor haya cometido contra la víctima hechos punibles contra la autonomía sexual; o,*
- f) El hecho haya sido motivado por la negación de la víctima a establecer o restablecer una relación de pareja permanente o casual”.*

Antes de la promulgación de la Ley Nº 5.777/16 y, por ende, desde la tipificación del feminicidio, el asesinato de una mujer en manos de personas con las que la misma tenga o haya tenido algún tipo de relación era sancionado de conformidad con el artículo 105 (Homicidio doloso), que desconocía o invisibilizaba que esa muerte provocada por una pareja, ex pareja o pretendiente era producto de un continuum de violencia que culminaba con el tipo de violencia más extrema como es la muerte, y que ésta era la forma de demostrar en manos de quién está el poder, hasta el punto de decidir sobre la vida de otra persona.



¿Cuál es la definición de víctima en esta ley?

La definición de víctima es amplia, y reconoce tanto a víctimas directas como indirectas. Si bien celebramos la extensión del concepto jurídico y la oportunidad de que varios sujetos encajen en la protección legal, entendemos que se ha perdido una oportunidad de transponer una definición aún más completa, como la prevista por Naciones Unidas.

Se considera víctima directa a “toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”. Se incluyen delitos de homicidio, lesiones, contra la libertad, tortura o ataque a la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexual, o los robos cometidos con violencia o intimidación, terrorismo y delitos de trata de seres humanos. Echamos de menos que se prevea también para los delitos no consumados y que se producen en forma de tentativa, pues los efectos traumáticos también se despliegan, aunque el delito no se consume.

En los daños se incluyen tanto los físicos, como los mentales y los emocionales.

Debemos felicitar el hecho de que se incluya expresamente a víctimas indirectas, como familiares, si bien es aconsejable esperar a la práctica jurídica para poder valorar la expansión y profundidad de este reconocimiento.

¿Qué derechos reconoce?

Reconoce que toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio, desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

El **derecho a la información** tiene también una redacción amplia y en consonancia con la legislación vigente, que abarca tanto los derechos a entender y ser entendida como a la interpretación y traducción, e incluso a la vertiente negativa, como es el derecho a no recibir información suplementaria o adicional si así lo decide de manera consciente e informada o durante su periodo de reflexión. La información debe

facilitarse con un trato respetuoso, sensible, profesional y en un “lenguaje claro, sencillo y accesible”.

En concreto, se prevén varios derechos: a recibir información sobre servicios asistenciales a su disposición; a formular denuncia, así como a las actuaciones subsiguientes a este hecho y su papel en la mismas; a obtener protección; a beneficiarse del sistema de compensación estatal o de la asistencia jurídica (siempre y cuando lo solicite); a conocer todas las consecuencias de no iniciar o de poner término a una investigación; a ser informada de la hora y el lugar del juicio, la naturaleza de los cargos contra el infractor y de todos los elementos pertinentes que le permitan seguir el proceso penal, salvo cuando ello pueda afectar al correcto desarrollo de la causa y la sentencia. La superviviente puede modificar en todo momento su opinión en cuanto a ser o no ser informada.

– El **derecho a la participación de la víctima en el proceso penal** es otro bloque fundamental de esta nueva ley, con una perspectiva muy procesalista. Se incluyen las posibilidades de ejercer acciones tanto por vía penal como civil, solicitar medidas de seguridad, recurrir y aportar nuevas fuentes de prueba; además, se otorga un papel protagónico también en la fase de ejecución.

– La **protección** de las víctimas aparece recogida como derecho y como principio instructor de la norma e incluye disposiciones orientadas a evitar el riesgo de la **victimización secundaria** o reiterada. La valoración del riesgo será uno de los caballos de batalla desde el feminismo jurídico y las asociaciones especializadas que trabajan con víctimas y supervivientes.

– La protección de la intimidad y la dignidad están especialmente previstas durante la participación de la víctima en el proceso penal (declaraciones o testificales) y no tanto en el resto del proceso *social*. Evitar el contacto entre la víctima y el agresor es algo que, si bien se encuentra previsto en las 100 Reglas de Brasilia, y a una práctica judicial deficitaria y escasamente garantista, entre otras cuestiones, por falta de medios y de sensibilidad.

– Para que la protección sea eficiente sería necesario dedicar recursos económicos específicos que pudieran garantizar esta buena teoría. Es fundamental remover algunos de los obstáculos que existen en la actualidad. Esta desprotección ha sido analizada para el caso de las víctimas de violencia sexual, que sufren tras el delito una retahíla institucional de vulneración de derechos.



– También se hace mención al **derecho a la asistencia jurídica**, todo ello según las otras disposiciones legales ya existentes, que incluye, en caso de cumplir los requisitos, el derecho a un Defensor Público especializado y gratuito.

– Una de las cuestiones que más literatura jurídica genera es el **derecho a la reparación**. Tal y como denuncia Amnistía Internacional, la compensación no debe ser meramente económica, sino que engloba las siguientes obligaciones del Estado: a) indemnización proporcionada y pronta por daños y perjuicios; b) restitución y rehabilitación, que implica devolver en la medida de lo posible a la víctima a la situación anterior a la agresión sufrida, además de las medidas necesarias para garantizar su recuperación física, psíquica y social; c) satisfacción, que incluye -principalmente-: cesación de las violaciones, difusión pública de la verdad, averiguación del paradero de las personas desaparecidas, declaraciones oficiales que restablezcan la dignidad y reputación de la víctima; d) garantías de no repetición, que supone asegurar la protección efectiva ante represalias o amenazas.

– Es importante destacar que constituyen **un compendio de derechos y mecanismos de protección difíciles de aplicar y garantizar sin dotación presupuestaria**

Esta ley, es muy clara respecto a la protección y los encargados; en concreto, en lo que se refiere al funcionamiento de los recursos asistenciales y las oficinas de asistencia a víctimas, es imprescindible, para su funcionamiento, que cuenten con dinero. Tanto para coordinaciones con fiscales, instituciones judiciales o policías como para la atención directa a supervivientes hace falta aportar recursos para ponerlos en práctica de manera adecuada y que no se queden en papel mojado.

– En conclusión, valoramos positivamente la aprobación de esta normativa y llamamos la atención sobre la falta de presupuesto para desarrollar y ejecutar la misma. Los principios, derechos y mecanismos de protección reconocidos no se acompañan de dotación presupuestaria alguna, lo que lógicamente ha sido y será criticado por los riesgos de inaplicación de las medidas.

En relación con los derechos de asistencia, configura los derechos de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas, que deben procurar, además de información y orientación, apoyo emocional y psicológico. Esta ley sigue dejando abierta la cuestión relativa al modelo asistencial, cuestión que va más allá de unas normas dirigidas a garantizar unos mínimos derechos comunes. Un dato que pone de relieve el carácter de este derecho es que aparece previsto con carácter previo a la regulación de

los derechos en el seno del proceso penal, lo cual indica que la asistencia es una prestación a favor de la víctima independiente de que se inicie un proceso contra el infractor o de lo que suceda respecto a éste. Ello contrasta con la previsión de otros derechos, como la asistencia jurídica, que están concebidos como derechos de participación de la víctima en el proceso judicial y con carácter limitado a los casos en que la víctima sea parte en el mismo.

Una de las grandes carencias de la política y la legislación sobre víctimas es la insuficiencia de los servicios especializados de apoyo. Esto se demuestra en la misma ley que encarga la creación y actualización de estos servicios, estableciendo como órgano rector al Ministerio de la Mujer. Es además uno de los únicos países del Mercosur en que no existe una organización no gubernamental dedicada a atender a toda clase de víctimas de hechos delictivos y las oficinas de asistencia a las víctimas dependientes del Ministerio de la Mujer, o de diversas entidades autónomas son claramente insuficientes en relación con las necesidades y se rigen en general por un modelo burocratizado, restringido a ofrecer atención de carácter presencial en oficinas situadas en dependencias judiciales a víctimas que han optado por denunciar el hecho delictivo.

Además, las referidas oficinas están básicamente focalizadas en esta clase de víctimas. Ante ello, se debería ser mucho más ambicioso, voluntad de un nuevo impulso, una opción por un tipo de apoyo menos burocratizado y más efectivo. En este sentido se debería prever, entre otras cosas, que las administraciones competentes deben velar para que estos servicios ofrezcan, entre otras prestaciones, atención telefónica con amplia cobertura.

Igualmente se debe garantizar que el acceso a los servicios de apoyo a las víctimas no dependa de que la víctima presente una denuncia formal por una infracción ante una autoridad competente. Pero los autores del anteproyecto no han tenido en cuenta que este es uno de los aspectos que evidencian que esta ley reclama implícitamente un cambio de modelo.

En principio se regula y admite que los servicios de apoyo especializado y gratuito puedan prestarse desde instituciones públicas o mediante organizaciones no gubernamentales especializadas, pero la desvinculación entre el apoyo a la víctima y la denuncia que puede dar origen a un proceso penal sugiere la necesidad de valorar las ventajas de la segunda de las referidas alternativas, que es la que tiene mayor implantación entre los Estados miembros y singularmente entre aquellos en los que



los resultados muestran que un mayor número de víctimas se benefician de esta prestación.

Por último y como valor añadido de esta ley es la obligatoria asistencia jurídica a la víctima por parte del Ministerio de la Defensa Pública, lo cual hace que la víctima pueda tener mayor margen de su situación jurídica tanto en sede penal como civil, ya que la asistencia no se limita a lo penal si no a todos los aspectos de la vida, ya que a consecuencia de la situación especial de víctimas requiere de abordaje integral y el Estado garantiza que esa ayuda jurídica sea gratuita e integral, y la encarga a una institución que debe estar dotada de medios suficientes para cumplir con dichos objetivos.

Bibliografía

Constitución Nacional del Paraguay.

Ley Orgánica del Ministerio Público.

Código Penal y Procesal Penal.

Ley N° 5.777/16 “DE PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES, CONTRA TODAS FORMAS DE VIOLENCIA”.

Barona Vilar, S.: *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia, (2011): Tirant lo Blanch, pp. 95-97).

Bacco, B., *Análisis de Claude Lévi-Strauss*. Disponible en: <http://www.comunidadrussell.com/default.asp?contenidos/textos/levi-strauss.html#notas>.

Lagarde, M., “*Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres*”, Retos teóricos y nuevas prácticas, San Sebastián: Ankulegi, 2008, p. 216. Disponible en: <http://www.campoalgodonero.org.mx/sites/default/files/documentos/Violencia%20feminicida.pdf>

Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, *I Informe regional: situación y análisis del feminicidio en la región centroamericana*, San José: IIDH, 2006, pp. 33 y 35. 51 *Ibíd.*, p. 37.

THE STANDING OF VICTIMS IN CRIMINAL PROCEEDINGS.

SIGNIFICANCE OF THE ACT. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, pp. 765-774.

FEMINICIDIO EN PARAGUAY: HECHO PUNIBLE DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA.
Corte Suprema de Justicia – Secretaria de Género.

Hacia un estatuto jurídico de las víctimas en España: la necesidad de un nuevo modelo de protección. Josep M. Tamarit Sumalla.



ANTECEDENTE DE LOS CONVENIOS DENTRO DEL MERCOSUR EN MATERIA DE DEFENSA Y SEGURIDAD¹

Antecedent of the agreements within Mercosur in the field of defense and security

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ROBERTTI ²

RESUMEN

Esta investigación sobre los antecedentes de los convenios dentro del MERCOSUR en materia de defensa y seguridad habla de una perspectiva de integración de los países componentes del MERCOSUR, a fin de enfrentar de manera cooperativa los desafíos emergentes en materia de Defensa y la Seguridad en el escenario regional, sin dejar de seguir ejerciendo sus roles Constitucionales. Además de los antecedentes del Mercosur y el marco de referencia teóricas, donde se prepondera que la seguridad es un estado que permite al

¹ Extracto de una obra de mayor envergadura a ser publicado posteriormente.

² Miembro suplente del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Miembro titular del Centro de Estudiantes “Gral. Bernardino Caballero” de la Facultad de Derecho UNA. Mejor graduado con Medalla de Oro de la Fuerza Aérea Paraguaya Promoción-2013. Egresado del Instituto de Altos Estudios Estratégicos CLE-IAEE 2014. Egresado de la escuela Náutica de la Armada como Agente Marítimo 2015. Especializado en Derecho de Integración por la Universidad de Parma de Italia. 2017. Miembro suplente del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA. Miembro titular del Centro de Estudiantes “Gral. Bernardino Caballero” de la Facultad de Derecho UNA. Mejor graduado con Medalla de Oro de la Fuerzas Aéreas Paraguayas Promoción-2013. Egresado del Instituto de Altos Estudios Estratégicos CLE-IAEE 2014. Egresado de la escuela Náutica de la Armada como Agente Marítimo 2015. Especializado en Derecho de Integración por la Universidad de Parma de Italia. 2017.



individuo o a la colectividad hallarse protegido frente los peligros imprevistos. Es una organización de la existencia que da al hombre la confianza de sus actividades normales y su propia existencia no será perturbada por factores extraños. Se desarrolla en la investigación dos convenios entre la República del Paraguay y las repúblicas hermanas de Brasil y Argentina dejando para una siguiente publicación los convenios a ser realizados con los demás miembros del MERCOSUR, Uruguay y Venezuela.

Palabras clave: *Convenio, MERCOSUR, Defensa, Seguridad.*

ABSTRACT

This research is about the backgrounds of the MERCOSUR agreements in the field of defense and security and speaks of a perspective of integration among the MERCOSUR country members, in order to face in a cooperative way the challenges that could appear in the defense and security regional scenario, without stoping to exercise their Constitutional roles. Among the backgrounds of the MERCOSUR and the frame of teorical references, it can be said that the security is a mather that allows both the individual and the colectivity to be protected against incidental danger. It is an organization of the existence wich gives man the confidence to do the their normal activities and to know that their own existence will not be threatened by external factors. Two agreements are being developed in this research, the ones celebrated between the Republic of Paraguay and it's sisters Republics of Brazil and Argentina, and we are leaving for a next post the agreements to be made bewteen the others membes of the MERCOSUR, Uruguay and Venezuela.

Keywords: *Agreement, MERCOSUR, Defence, Security.*

Introducción

Desde sus inicios el MERCOSUR ha promovido como pilares fundamentales de la integración los principios de Democracia y de Desarrollo Económico, impulsando una integración con rostro humano. En línea con estos principios, se han sumado

diferentes acuerdos en materia migratoria, laboral, cultural, social, entre tantos otros a destacar, los que resultan de suma importancia para sus habitantes.

En el aspecto de la Defensa y Seguridad que son los puntos que abordaremos en el presente trabajo con mayor diligencia podemos mencionar que contamos con procesos de integración anteriores al mismo Mercosur, tanto positivos como negativos, entre los cuales podemos nombrar a la Operación CONDOR, el cual era un plan de cooperación y coordinación de acciones entre las cúpulas dictatoriales de las décadas de los 70 y 80 en la zona geopolítica que ostenta hoy en día el Mercosur.

Es importante mencionar que una región tan diversa como la nuestra posee diversos intereses y prioridades estratégicas. Sin embargo, por primera vez en décadas, comparten gobiernos democráticos y tienen muchos objetivos en común.

En ese contexto, en el marco del Estado de Derecho, las Fuerzas Armadas de los países componentes del MERCOSUR, pueden realizar un papel significativo en la lucha cooperativa contra la criminalidad organizada, que socava la convivencia de nuestros pueblos y deteriora las actividades en los diferentes campos del Poder Nacional.

En ese sentido la formación de bloques económicos ha marcado un crecimiento armónico entre los países que lo integran, reflejando una disminución del desnivel existente entre los países en vías de desarrollos y los de primer mundo. En contra partida, las naciones que no integran dichos bloques tienden a perder la competitividad y a experimentar retrocesos en sus desarrollos.

Mercado Común del Sur (MERCOSUR) - Antecedentes

El MERCOSUR es una respuesta a la necesidad de fortalecimiento de la economía de los países que la integran, resultado de la democracia participativa de los mismos. Para cada país integrante es una puerta de posibilidades que le permite acceder a un mercado mucho más amplio y competitivo, y a la vez le otorga facilidades para negociar en igualdad de condiciones con bloques económicos de otras regiones.

En ese contexto, es imperante la integración de los diferentes Sistemas de Seguridad que cada país integrante dispone, a fin de prosperar actividades conducentes a crear un ambiente propicio para el pleno desenvolvimiento del mercado.



Existen en la historia numerosas tentativas, algunas con éxito, relacionadas con la integración o cooperación entre los estados, en busca de una seguridad común.

Antecedentes Extra-Regionales

En el mundo siempre han existido diferentes formas de Cooperación en los distintos campos de actividades. De ahí la existencia de la Cooperación Militar Internacional.

Posterior a la II Guerra Mundial, las principales Organizaciones e iniciativas relativas a la cooperación militar en el ámbito mundial realizadas han sido:

La O.N.U. (Organización de las Naciones Unidas); planteando repetidamente el problema de la defensa militar en los términos de defensa individual y colectiva, constituyendo el primer germen de la moderna cooperación militar.

La O.T.A.N. (Organización del Tratado del Atlántico Norte) cuya peculiaridad principal constituye que la integración se dio inicialmente en el campo militar, debido a que surgió para salvaguardar la seguridad de Europa Occidental.

El PACTO DE VARSOVIA (Tratado de Amistad, colaboración y Asistencia Mutua); constituye una Alianza Militar compuesta por ocho países comunistas europeos, creada para contrarrestar el rearme de la República Federal Alemana y su ingreso a la OTAN, en 1991 los países miembros acordaron la disolución de la Alianza.

Antecedentes Regionales

Desde la época de la emancipación de la América se han dado situaciones de integración a través de las acciones de varios líderes tales como, *SAN MARTÍN*, *BOLÍVAR*, *ARTIGAS* y otros quienes mantuvieron siempre viva los ideales de una América latina unida a pesar de las divergencias y características propias de cada país.

En 1824 el Congreso de Panamá busco establecer puntos de partida para la defensa de intereses comunes, llamándose ese proceso de “Confederación de Estados Sud-americanos”, cuyo objetivo principal era la integración de los pueblos, respetando los principios de soberanía nacional.

A inicios del siglo XX se llevaron a cabo tentativas concernientes a facilitar las soluciones de controversias y a garantizar la paz, estos tratados permitían el control de armamentos y cooperación en asuntos de seguridad y defensa hemisférica ³.

Inicialmente fueron bilaterales para luego permitir la convergencia de otros países del cono sur, como lo fue el “Pacto de A.B.C.”, firmado en Buenos Aires entre la Argentina, el Brasil y Chile el 25 de mayo de 1915, siendo su primer éxito la mediación en el conflicto desencadenado entre los EUA y Méjico.

En 1947, en el “Tratado de Rio de Janeiro”, se pactó el “Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca” (TIAR), que no establecía una integración militar, pero propiciaba la defensa colectiva en caso de un ataque de alguna potencia extra-continental. Sin embargo, este tratado sucumbió en la práctica, al no ser efectivo durante la guerra de las Malvinas, entre la Argentina y Gran Bretaña.

En febrero de 1960, se firmó, en Montevideo, el “Tratado de Montevideo”, donde se creaba la “Asociación Latino-americana de Libre Comercio” (ALALC)⁴.

El “Tratado de Montevideo”, ALADI, se firmó el 12 de agosto de 1980, integrando dicho protocolo: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Este tratado tenía el objetivo claramente definido al período largo que estableció:

“La creación de manera gradual y progresiva de un mercado común latino-americano. Con las funciones básicas, en la promoción y la regulación del comercio recíproco, la complementación económica y el desarrollo de las acciones de cooperación económicas que cooperan al engrandecimiento de los mercados” ⁵.

Al final de los años setenta, el “Acuerdo” Tripartito que se firmó entre Argentina, Brasil y Paraguay, establecía las proporciones de los diques de ITAIPÚ y CORPUS.

Por los años ochenta, se firmaron los tratados en el área de la investigación nuclear, el “Registro de Amistad argentino-brasileña, Democracia, Paz y Desarrollo”. Finalmente, en el 6 de julio de 1990, Brasil y Argentina establecen un acuerdo de mercado

³ 4 [www.oas.org/36 AG/espa%20ol/doc_referencia/declaraci%20nMexico_Seguridad.pdf](http://www.oas.org/36%20AG/espa%20ol/doc_referencia/declaraci%20nMexico_Seguridad.pdf)

⁴ Tratado de Montevideo, 1960.

⁵ Tratado de Montevideo, 1980.



común, a través del Registro de Buenos Aires, siendo este tratado binacional el antecedente próximo a la firma del “Tratado de Asunción” donde ya con la participación de Paraguay y Uruguay, se materializa la conformación del Mercado Común del Sur. El 26 de marzo de 1991, en la ciudad de Asunción, se firma la Constitución del mercado Común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

La O.E.A. (Organización Estados Americanos) Alianza regional creada para Consolidar la paz y la seguridad en el continente, promover, a través de una cooperación activa, su desarrollo económico, social y cultural. En el ámbito sub regional entre los países actualmente miembros del MERCOSUR han existido desde la época colonial hasta nuestros días, diferentes formas de Cooperación Militar, especialmente en el campo de la educación, instrucción y complementación de doctrinas militares.

La primera Misión Militar de Instrucción que tuvo el Paraguay fue la que envió el Brasil en el año 1849 y duró solo un año. En el año 1931, fue contratada la Misión Militar Argentina y tuvo una interrupción forzosa con el estallido de la Guerra del Chaco.

En el año 1942, se instaló la Misión Militar Brasileña de Instrucción en el Paraguay (M.M.B.I.P), cuyos miembros fueron asesores y profesores en los Institutos Militares de Enseñanza del Ejército, hasta el año 1996 en que se retiraron a pedido del Gobierno Paraguayo por problemas de índole presupuestario, este relacionamiento facilitaba el intercambio permanente de experiencias y de doctrinas que desarrollaba en mayor o menor medida el conocimiento mutuo de los recursos humanos de ambos países, acrecentando permanentemente la confianza entre los cuadros.

A partir de 1997, con la denominación de Oficina de Cooperación Militar Brasileña en el Paraguay, los miembros asesoran a las diferentes Unidades del Ejército e Instituciones de formación militar, con menor cantidad de personal y dejando de ejercer una participación directa en la enseñanza, con lo que se ha perdido en gran medida la interacción de ambas doctrinas. Por otro lado, a partir 1942, se estableció en el País la Misión Naval Argentina, para colaborar con la formación profesional de los cuadros de la Armada, desempeñándose los miembros de la misma como profesores de los Institutos Navales de Enseñanza. A través de estos contactos y transferencia de doctrinas e intercambio de información se ha facilitado en sumo grado la realización de los Ejercicios combinados que el Paraguay realiza con la República Argentina denominados “SIRENA” desde el año 1975.

La Misión técnica Aeronáutica Brasileña, se instaló en el año 1982, con la finalidad de prestar asesoramiento técnico, operacional, administrativo y de enseñanza a la Fuerza Aérea Paraguaya.

Recientemente los Estados Mayores de las Armadas de Paraguay y Uruguay firmaron un Memorando de Cooperación y entendimiento, en el cual se acordaron intercambios de personal Superior y Subalterno en distintas áreas Operativas.

Marco de referencia teórica

“La seguridad es un estado que permite al individuo o a la colectividad hallarse protegido frente los peligros imprevistos. Es una organización de la existencia que da al hombre la confianza de sus actividades normales y su propia existencia no será perturbada por factores extraños” ⁶.

El Capítulo VIII de la carta de la ONU, Artículo 52, se consigna que en ninguna de sus disposiciones se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales susceptibles de acción regional, siempre que dicho acuerdo u organismo, y sus actividades sean compatibles con sus propósitos y principios.

El MERCOSUR como bloque económico es la integración e internacionalización de las economías de los países firmantes y requiere de varias etapas integradas, entre ellas las más importantes, fortalecer los mecanismos entre las instituciones involucradas, de manera a posibilitar la captación de inversiones que converjan en provecho de las naciones, a fin de potenciar el nivel de vida de las mismas.

“La integración, la cooperación la hipótesis de confluencia y lo que venga en más, no debe confundirnos a todos con la pérdida de la identidad de los estados, con la renuncia a las tradiciones y a las culturas de los pueblos; no puede ni debe uniformarnos, porque, de lo contrario, nos transformaremos en una región gris. Lo que enriquece el nuevo concepto en todas las facetas –cooperación, hipótesis de confluencia etc.- es el color; y el color lo pone cada pueblo con su historia su estilo de vida y su razón de ser” ⁷.

⁶ Enrique Ibarra – Apuntes www.oas.org/36

⁷ Juan Carlos Melián - Cuaderno N° 9 del CEPPRO.



Este mercado de proyección internacional, indiscutiblemente tendrá una efectividad perdurable de acuerdo a las garantías establecidas en la región, y en estas, las fuerzas armadas tendrán un rol primordial. Hasta la fecha, ningún aspecto en el género de los tratados, incluyó cuestiones relativas a la seguridad; sin embargo, puede deducirse que la evolución del proceso de la integración político-económico de los países de MERCOSUR buscará la consolidación del proceso a través de la integración de todas las instituciones que la conforman, una de ellas las de seguridad. En los albores de este siglo, se imponen en el marco de las relaciones internacionales la interdependencia, lo cual produce beneficios mutuos y establece intereses comunes.

Una de las tendencias en la última década del siglo XX ha sido la transferencia de poder de las alianzas militares, a los bloques surgidos o motivados para el desarrollo económico de las naciones.

La violenta y larga crisis que afecta a la región en el plano económico ha desatado nuevas interrogantes sobre la continuidad del MERCOSUR, denotando una precariedad significativa en términos del tratado, lo cual tiene que ver con las debilidades institucionales, políticas y económicas de los países miembros.

Sin embargo, a pesar de estos nubarrones, la crisis ha planteado también oportunidades que deberían ser alentadas, en el sentido de abordar los problemas nacionales en el marco de situación regional.

El objetivo primordial de cualquier nación es la preservación de la integridad, de las instituciones gubernamentales y la seguridad de sus ciudadanos, en todos estos aspectos las Fuerzas Armadas son las encargadas de proveer estas condiciones.

Es necesario sin embargo rediseñar nuevos roles para ellas, incluyendo actividades tipo policial o su participación en conflictos internos, ello conllevará garantizar la seguridad interna y por ende la regional.

Este trabajo plantea una propuesta que tiene como objetivo la concreción de una alianza en términos militares en el ámbito del MERCOSUR, de manera a desarrollar políticas conducentes a objetivos claros y deseables en el plano de seguridad regional.

En este nuevo orden, donde la economía pasa a ejercer primerísima actividad en las acciones del estado, la cooperación hemisférica debe llevarse a cabo para certificar que, tanto en el ámbito político como en el ámbito económico, Paraguay, Brasil,

Argentina y Uruguay puedan ejercer libremente sus ambiciones en el marco de un ambiente seguro.

Para culminar este capítulo sería bueno tener en cuenta las principales metas señaladas por los cuatro socios del bloque, de las voces de sus representantes genuinos:

– Argentina plantea la consolidación del MERCOSUR en base a la solidaridad, la equidad y la justicia social. También la creación de un Parlamento del MERCOSUR, cuyos miembros sean electos por el voto popular. Más allá de lo económico, el bloque debe servir para reformular las relaciones entre el Estado, la sociedad y el mercado (Néstor Kirchner).

– Paraguay señala que el bloque regional necesita consolidar una ética en que los países menores tengan un trato equitativo por pertenecer a economías de menor desarrollo. También que se debe pasar de las declaraciones a la contundencia de los hechos, de modo que la democracia no se agote en lo meramente formal (Nicanor Duarte Frutos).

– MERCOSUR está en el centro de la estrategia brasileña de inserción en el mundo, asumiendo el compromiso de consolidar el bloque. También que se deben crear instrumentos para superar las asimetrías con los socios de menor porte económico y bregar por un MERCOSUR participativo. (José Ignacio Lula Da Silva).

– Uruguay insiste en el fortalecimiento de la institucionalidad y de un esquema que permita crecer con equilibrio macroeconómico y políticas comunes. No es partidario de crear un Parlamento regional. Y apuesta al esfuerzo de llevar adelante lo que se firma, superando las dificultades (Jorge Batlle).

Conflictos en el ámbito regional

Este bloque de países que conforman el MERCOSUR es de reciente formación, y todavía no ha tenido que enfrentar conflictos con los centros de poder (Rusia, EE.UU., Japón, Unión Europea, China, etc.), y no es posible aun evaluar la disposición del mismo para actuar en forma cohesionada. Su ubicación geográfica, muy lejana de los centros de poder, le permitirá manejarse con cierta autonomía, pero como consecuencia de la globalización no estará ajena a las crisis y conflictos internacionales.



Del análisis de los intereses de los centros de poder, combinado con la observación de sus acciones en el contexto internacional, podemos caracterizar algunas cuestiones capaces de generar conflictos involucrando potencias hegemónicas y otras naciones o bloques de naciones como el MERCOSUR. Dentro del análisis se incluirán aquellos conflictos de origen interno de cada país; de los países integrantes entre sí, y finalmente los que se le pueden presentar al MERCOSUR en forma conjunta.

Narcotráfico. Generalidades

En varios países latinoamericanos el narcotráfico y sus crímenes conexos (tráfico de armas, de influencia, “lavado” de dinero, prostitución, etc.) son la principal amenaza para la sociedad, sin embargo, a pesar de destinarse gran cantidad de dinero y sacrificios de vidas humanas en su represión, la tendencia de expansión es ascendente.

Situación del narcotráfico a lo largo de la frontera paraguaya

Brasil

En la frontera Brasil – Paraguay se registra crecientes acciones del narcotráfico. Se verifica que los cárteles del narcotráfico mantienen un inter-relacionamiento con los brasileños, bolivianos y grupos guerrilleros colombianos, pues fueron identificadas bandas canjeando armas por cocaína con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), en la región de la Sierra del Caparro, en Noroeste del Departamento de Amazonas, área conocida como la Cabeza del Perro. El control de la frontera Brasil-Paraguay es agravado por la existencia de una línea seca, de orden de 400 km, en el área del Departamento de Matto Grosso del Sur/Brasil y Departamento de Amambay-Paraguay. Se destaca como principales rutas terrestres con BRASIL, las siguientes: Ciudad del Este/Foz de Yguazu y Pedro Juan Caballero / Punta Porã.

Conflictos internos de cada país

Argentina

Desocupación; Vacíos geopolíticos (PATAGONIA); Corrupción; Pobreza; Conservación del medio ambiente (ecología); Narcotráfico y Terrorismo (Amia, etc);

Vigencia del conflicto con GRAN BRETAÑA por las ISLAS MALVINAS; Exportación pesquera ilegal en su litoral marítimo; Migraciones ilegales, en especial provenientes de países limítrofes; Indigenismo

Brasil

Cuestión indígena; Invasión de “garimpeiros” (buscadores ilegales de oro) en áreas prohibidas; Plantaciones de marihuana en el interior del país; Actuación de las ONG en la conservación del medio ambiente (ecología); Narcotráfico y su conexión con grupos guerrilleros, en especial en las fronteras con COLOMBIA y PERU; Campesinos sin tierra; Graves desigualdades sociales; Corrupción; Contrabando, principalmente de minerales diversos, piedras preciosas; Violencia en los grandes centros urbanos.

Paraguay

Narcotráfico; Secuestro; Pobreza; Desocupación; Corrupción; Frágil Sistema Jurídico; Inseguridad ciudadana.

ACUERDO MARCO DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

Evaluación inicial del acuerdo. Teniendo en cuenta que la República del Paraguay y la República Federativa del Brasil son países limítrofes y los antecedentes históricos entre ambos países, es de interés estratégico para nuestro país, contar con un acuerdo de cooperación en materia de Defensa, teniendo en preponderancia las asimetrías existentes entre las Fuerzas Armadas Brasileñas y las Fuerzas Armadas Paraguayas, como así también los constantes



ejercicios militares que han sido desarrollados en la zona de la frontera paraguayo-brasileño en la última década para combatir el narcotráfico, contrabando y la delincuencia entre otros.

En el Preámbulo del Acuerdo Marco de Defensa entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República Federativa del Brasil, se resalta que las medidas de fomento de confianza mutua y la transparencia en materia de defensa contribuyen para aumentar la democracia. Así mismo, se reconoce que el pleno respeto a la integridad del territorio nacional, la Soberanía y la no intervención en aéreas de jurisdicción de cada Estado constituye la base fundamental de la convivencia pacífica. Este acuerdo tiene como objetivo el desarrollo de una visión compartida de Defensa, identificando temas e intereses comunes y la promoción del análisis conjunto de la realidad política estratégica en los ámbitos bilateral, regional y global, entre otros.

Este acuerdo establecerá que la cooperación entre las partes será implementada a través de la notificación previa.

Además, sería factible realizar maniobras militares en la región de la frontera, intercambio de informaciones sobre inteligencia estratégica, intercambio sobre formación y especialización del personal, así como la promoción de actividades académicas entre otras modalidades. Considero que una vez aprobado y ratificado este acuerdo con el Gobierno de la República Federativa del Brasil permitirá a ambos países promover:

Acciones conjuntas de entrenamiento y acción Militar.⁸

Compartir conocimientos y experiencias adquiridas en el campo de operaciones Intensificar la coparticipación en misiones de paz de las Naciones Unidas. Incentivar la cooperación en materia de planificación, apoyo logístico, adquisición de materiales y servicio de defensa. Compartir conocimiento en el campo de la ciencia y tecnología Militar.

ACUERDO MARCO DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

El Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República Federativa del Brasil (en adelante denominados las “Partes”);

⁸ <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F102500>

Deseosos de fomentar la paz y la seguridad internacional, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el Tratado de Asunción;

Guiados por la percepción común de que América del Sur es una región con identidad estratégica propia, que valora la integración y la cooperación como el principal camino para superar las dificultades y promover el desarrollo;

Teniendo presentes los valores y los propósitos comunes, identificados en la Declaración sobre Seguridad en las Américas, de octubre de 2003; en la Declaración del Milenio, de septiembre de 2000; en la Declaración Política del MERCOSUR, Bolivia y Chile como Zona de Paz, de julio de 1999; y en las Declaraciones de las Conferencias de Ministros de Defensa de las Américas.

Convencidos de que el respeto al ordenamiento jurídico, al Derecho Internacional y a los principios de la subordinación constitucional de las Fuerzas Armadas a las autoridades legalmente constituidas, son elementos esenciales para el refuerzo de la democracia;

Reafirmando la necesidad de intensificar acciones cooperativas, de modo a apoyar a los organismos del Estado responsables de reducir las desigualdades económicas y sociales en la región;

Resaltando que las medidas de fomento de la confianza mutua y la transparencia en materia de defensa contribuyen para aumentar la estabilidad, salvaguardar la paz, la seguridad regional e internacional, y consolidar la democracia;⁹

Reiterando que los temas de defensa y de seguridad internacional constituyen responsabilidades de la sociedad como un todo, siendo necesario promover una mayor participación civil en temas de defensa, así como la integración entre el estamento militar y los sectores civiles pertinentes de la sociedad;

Considerando que la diplomacia y la defensa, como dos vectores de la acción externa de un Estado, deben actuar en coordinación y sintonía;

Reconociendo que el pleno respeto a la integridad del territorio nacional, la soberanía y la no intervención en áreas de jurisdicción de cada Estado constituye la base fundamental de la convivencia pacífica;

Reafirmando el entendimiento de que los esfuerzos bilaterales y subregionales son esenciales para el fortalecimiento de la solidaridad;

⁹ <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F102500>



Teniendo presente su compromiso con los principios de solución pacífica de controversias, de abstención de amenaza del uso de la fuerza, de la autodeterminación, de la no intervención y del derecho a la legítima defensa, en consonancia con las normas y principios del Derecho Internacional;

Recordando que las amenazas tradicionales a la paz y a la seguridad internacional aún son una constante en el escenario mundial y que cada Estado tiene el derecho soberano de definir sus prioridades nacionales de defensa;

Manifestando la intención de promover una eficaz cooperación bilateral en el área de defensa, con base en la consideración conjunta de cuestiones de interés mutuo, y preservando los canales de entendimiento ya existentes;

Acuerdan lo siguiente:

ARTÍCULO 1 - Objetivos

La cooperación en materia de defensa entre las Partes, regida por los principios de igualdad, reciprocidad y solidaridad, en consonancia con las respectivas legislaciones nacionales y obligaciones internacionales asumidas, tienen como objetivos:

- a) Desarrollar una visión compartida de defensa, identificando temas e intereses comunes;
- b) Promover el análisis conjunto de la realidad político-estratégica en los ámbitos bilateral, regional y global;¹⁰
- c) Intercambiar experiencias y perspectivas sobre la organización institucional y la estructura de los Ministerios de Defensa y de las Fuerzas Armadas, así como sobre la modernización de los sistemas de defensa nacionales;
- d) Empezar esfuerzos en el sentido de identificar parámetros comunes relacionados con políticas de defensa nacionales y doctrinas militares;
- e) Identificar enfoques comunes en temas de defensa y seguridad internacional, con vistas a la coordinación de posiciones en foros multilaterales;
- f) Promover acciones conjuntas de entrenamiento e instrucción militar, maniobras militares, así como el correspondiente intercambio de informaciones;

¹⁰ <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F102500>

- g) Compartir conocimientos y experiencias adquiridas en el campo de operaciones, en la utilización de equipamiento militar, así como en el cumplimiento de operaciones internacionales de mantenimiento de paz;
- h) Intensificar la coparticipación en misiones de paz de las Naciones Unidas;
- i) Incentivar la cooperación en materia de planificación, apoyo logístico, adquisición de materiales y servicios de defensa;
- j) Compartir conocimientos en el campo de la ciencia y tecnología militar, inclusive pasible de uso civil, en especial en el área de investigación y desarrollo relacionada con equipamientos de defensa;
- k) Fomentar la cooperación en el área de la industria de defensa, con vistas, entre otras áreas, a la eventual producción conjunta de material de uso militar; y
- l) Cooperar en otras áreas en el campo de la defensa consideradas de interés mutuo.

ARTÍCULO 2 - Ámbito de la Cooperación

La cooperación entre las Partes, en el campo de la defensa, se desarrollará de la siguiente manera:¹¹

- a) Intercambiar puntos de vista sobre las principales directrices del planeamiento estratégico, tales como estructura de fuerza, doctrinas de empleo, interoperabilidad, logística, reequipamiento y modernización de las estructuras nacionales de defensa;
- b) Coordinar el intercambio de informaciones en el campo de la inteligencia estratégica;
- c) Fomentar el fortalecimiento de medidas de confianza mutua, tales como la notificación previa de maniobras militares en la región de frontera, y el respeto a los compromisos asumidos en la materia conforme a los instrumentos suscritos por ambos países en el marco de la ONU y de la OEA;
- d) Facilitar el intercambio con vistas a la formación, a la capacitación y a la especialización de personal;
- e) Promover actividades académicas tales como la realización de estudios, cursos teóricos y prácticos, seminarios, debates y simposios en temas de defensa, intercambio de instructores

¹¹ <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F1025>



y estudiantes en entidades militares, así como en entidades civiles de interés para la defensa, de común acuerdo entre las Partes;

f) Coordinar visitas a unidades militares y a instituciones civiles relacionadas con la defensa;

g) Coordinar visitas de aeronaves y navíos militares;

h) Promover eventos culturales y deportivos militares;

i) Implementar y desarrollar programas y proyectos de aplicación de tecnología de defensa, con la posibilidad de participación de entidades militares y civiles de interés estratégico para las Partes;

j) Promover reuniones de personal y reuniones técnicas;

k) Promover reuniones entre las instituciones de defensa equivalentes;¹²

l) Desarrollar la cooperación con vistas a la preservación ambiental y a la asistencia recíproca en casos de catástrofes o desastres naturales; y

m) Desarrollar otros programas y proyectos de cooperación, de común acuerdo entre las Partes.

ARTÍCULO 3 - Seguridad de Informaciones Clasificadas

Las informaciones clasificadas intercambiadas entre las Partes serán protegidas de acuerdo con los siguientes principios, respetando las respectivas legislaciones nacionales:

a) La Parte destinataria no transferirá a terceros países equipamiento militar, tecnología o información sigilosa recibida durante la vigencia del presente acuerdo, sin la previa autorización de la Parte remitente;

b) La Parte destinataria procederá a la clasificación de seguridad de igual grado al atribuido por la Parte remitente y tomará las necesarias medidas de protección;

c) La información sigilosa será utilizada únicamente para la finalidad para la cual fue proveída u obtenida;

d) El acceso a la información sigilosa es limitado a aquellas personas que tengan necesidad de conocerla y que, en caso de que la misma sea clasificada como confidencial o superior, estén habilitadas por la autoridad competente;

¹² <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F1025>

- e) Las Partes se informarán, mutuamente, sobre alteraciones posteriores de los grados de clasificación de la información sigilosa transmitida;
- f) Las Partes no podrán reducir el grado de clasificación de seguridad ni desclasificar la información sigilosa recibida, sin previa autorización escrita de la Parte remitente; y
- g) Las responsabilidades y obligaciones de las Partes relativas a la seguridad y protección de la información clasificada continuarán siendo aplicables después de la eventual denuncia del presente Acuerdo.

ARTÍCULO 4 - Responsabilidades Financieras

1. Los costos de las actividades resultantes de este Acuerdo serán cubiertos según la disponibilidad de recursos apropiados en los respectivos países, para lo que las Partes emplearán los esfuerzos necesarios.
2. Salvo decidan de otra forma, cada Parte será responsable por sus respectivos gastos:
 - a) Relativos al transporte, alimentación y hospedaje;
 - b) Relativos al tratamiento médico y dental, a la remoción o a la evacuación de personal enfermo, herido o fallecido.

ARTÍCULO 5 - Asistencia Médica de Emergencia

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso “b” del Artículo precedente, la Parte anfitriona deberá proveer el tratamiento médico de aquellas enfermedades que exijan atención de emergencia al personal de la Parte visitante, durante el desarrollo de actividades bilaterales de cooperación, en establecimientos de las Fuerzas Armadas y si es necesario, en otros establecimientos. La Parte visitante será responsable por los costos referentes al tratamiento de su personal.

ARTICULO 6 - Responsabilidad Civil

1. Ninguna de las Partes podrá iniciar acción civil contra la otra Parte o su personal por daños causados durante las actividades que se encuadren en el ámbito del presente Acuerdo.
2. Cuando miembros de las Fuerzas Armadas de cualquiera de las Partes causen pérdida o daño a terceros, por imprudencia, impericia, negligencia o dolo, en la ejecución de sus obligaciones oficiales, la Parte involucrada será responsable por la pérdida o daño, conforme a la legislación vigente en el territorio de la Parte anfitriona.



3. De acuerdo con la legislación nacional del Estado anfitrión, las Partes indemnizarán todo el daño que su personal, en el desempeño de sus deberes oficiales en los términos del presente Acuerdo, vengan a causar a terceros.

4. Si las Fuerzas Armadas de ambas Partes fueren responsables por la pérdida o daño causado a terceros, ambas serán responsables, solidariamente, en la compensación o indemnización admisible, proporcionalmente al grado de involucramiento de cada una de las Partes¹³.

ARTÍCULO 7 - Acuerdos Complementarios y Enmiendas

1. Con el consentimiento de las Partes, Acuerdos Complementarios podrán ser firmados en cualquier momento, en áreas específicas de cooperación de defensa, involucrando entidades militares y civiles, en los términos de este Acuerdo.

2. Los programas de actividades militares resultantes del presente Acuerdo o de los referidos Acuerdos Complementarios serán elaborados, desarrollados e implementados por personal autorizado del Ministerio de Defensa Nacional de la República del Paraguay y del Ministerio de la Defensa de la República Federativa del Brasil.

3. El presente Acuerdo podrá ser enmendado a cualquier tiempo, por vía diplomática, con el consentimiento mutuo de las Partes.

4. El inicio de la negociación de los Acuerdos Complementarios, de las enmiendas o revisiones al presente Acuerdo solamente podrá ocurrir 60 (sesenta) días después de la recepción de la última notificación mediante el cual las Partes se comuniquen la conclusión de los trámites internos necesarios para la entrada en vigor del presente Acuerdo.

5. Las enmiendas no afectarán la ejecución de proyectos y programas iniciados durante la vigencia del presente Acuerdo, salvo que las Partes convengan lo contrario.

ARTÍCULO 8 - Resolución de Controversias

Cualquier disputa relativa a la interpretación o a la aplicación de este Acuerdo será resuelta por intermedio de consultas y de negociaciones entre las Partes.

¹³ <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F102500>

ARTÍCULO 9 - Entrada en Vigor

El presente Acuerdo entrará en vigor 30 (treinta) días después de la fecha de recepción de la última notificación mediante la cual las Partes se comuniquen, por escrito y por vía diplomática, el cumplimiento de sus respectivos requisitos legales internos necesarios para el efecto.¹⁴

ARTÍCULO 10 - Vigencia y denuncia

1. El presente Acuerdo permanecerá en vigencia hasta que una de las Partes notifique por escrito y por vía diplomática a la otra Parte su intención de denunciarlo. La denuncia surtirá efecto noventa (90) días después de la recepción de la respectiva notificación de la otra Parte.

2. La denuncia no afectará los programas y actividades en curso al amparo del presente Acuerdo, a menos que las Partes decidan de otro modo, con relación a un programa o actividad específica.

FIRMADO en Asunción, el 21 de mayo de 2007, en dos ejemplares originales, en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

POR EL GOBIERNO DE
LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY
Rubén Ramírez Lezcano
Ministro de Relaciones Exteriores

POR EL GOBIERNO DE
LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL
Celso Amorim
Ministro de las Relaciones Exteriores

Roberto Gonzalez
Ministro de Defensa Nacional
de la República del Paraguay

Waldir Pires
Ministro de la Defensa de la
República Federativa del Brasil

¹⁴ <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F102500>



CONVENIO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA Y SEGURIDAD INTERNACIONAL ENTRE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ARGENTINA

5.1 EVALUACIÓN INICIAL

Mediante el mencionado Convenio, ambos Estados se comprometen a promover acciones de cooperación e intercambio en materia de defensa y seguridad internacional, en los ámbitos, educativo, político, institucional, militar, científico-tecnológico e industrial.

Asimismo, se establece un Comité Permanente de Consulta y Cooperación que tiene como propósito el fortalecimiento de las relaciones bilaterales en cuestiones de defensa y seguridad internacionales a través del desarrollo de una agenda de trabajo que permita profundizar la cooperación entre la República del Paraguay y la República Argentina en esta materia. Dicho Comité tratará, entre otras, las áreas de intercambio de visiones estratégicas, tendientes a lograr posturas comunes y complementarias, especialmente ante cuestiones que se planteen en foros multilaterales; el fortalecimiento de los canales de comunicación en el campo de la defensa y seguridad internacional; el desarrollo de acciones conjuntas en Operaciones de Mantenimiento de la Paz; la profundización de las medidas de confianza mutua y cooperación militar, incentivando las participaciones de observadores en las mismas, y procurando incrementar ejercicios combinados.

El presente Instrumento Internacional se encuadra dentro del Derecho Internacional y los principios consagrados en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. Igualmente, coincide con la Declaración

CONVENIO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA Y SEGURIDAD INTERNACIONAL ENTRE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ARGENTINA

LEY Nº 3665

QUE APRUEBA EL CONVENIO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA Y SEGURIDAD INTERNACIONAL ENTRE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPUBLICA ARGENTINA

Artículo 1º.- Apruébese el “Convenio para el Fortalecimiento de la Cooperación en Materia de Defensa y Seguridad Internacional entre la República del Paraguay y la República Argentina”, suscrito en Asunción el 13 de marzo de 2007, cuyo texto es como sigue:¹⁵

“CONVENIO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE DEFENSA Y SEGURIDAD INTERNACIONAL ENTRE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPUBLICA ARGENTINA”

La República del Paraguay y la República Argentina, en adelante denominados “las Partes”;

Teniendo presente la vocación de paz que anima a los dos países,

Reafirmando su pleno respeto al Derecho Internacional y a los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Carta de Organización de Estados Americanos,

Comprometidos con el afianzamiento de la democracia, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el proceso de integración regional y el desarrollo económico y social de sus pueblos,

Coincidiendo con la Declaración sobre Seguridad en las Américas en cuanto a que los acuerdos y mecanismos de cooperación bilaterales y subregionales en materia de seguridad y defensa son los elementos esenciales para fortalecer la seguridad del hemisferio,

Considerando que el establecimiento de un marco político-institucional para el desarrollo de los contactos a nivel ministerial de ambos Estados contribuirá al fortalecimiento de la seguridad mutua, sentando las bases para la profundización de los intercambios y las medidas de confianza y cooperación bilaterales,

Convencidos de que la intensificación del entendimiento y la cooperación en materia de defensa y seguridad internacional contribuirá significativamente al proceso de integración entre ambos países,

Resueltos a fortalecer aún más la solidaridad y la confianza mutua como factores fundamentales de los naturales anhelos de paz de los pueblos del Paraguay y la Argentina. Establecer un Comité Permanente de Consulta y Cooperación en materia de Defensa y de Seguridad Internacional (en adelante “**Han convenido** lo siguiente:

¹⁵ <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F1937>



ARTICULO I

Promover acciones de cooperación e intercambio en materia de defensa y seguridad internacional, en los ámbitos educativo, político, institucional, militar, científico-tecnológico e industrial.

ARTICULO II

Comité “Argentino-Paraguayo” o “CAP”) que tendrá como propósito el fortalecimiento de las relaciones bilaterales en cuestiones de Defensa y Seguridad Internacionales a través del desarrollo de una agenda de trabajo que permita profundizar la cooperación entre la República del Paraguay y la República Argentina en esta materia.

ARTICULO III

El CAP estará integrado por representantes de los respectivos Ministerios de Defensa y de Relaciones Exteriores. Cada delegación estará presidida por un funcionario con rango de Secretario de Estado o equivalente del respectivo Ministerio de Defensa. Asimismo, participarán en el CAP representantes del Comando de las Fuerzas Militares de las Fuerzas Armadas de la República del Paraguay y del Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas de la República Argentina. El CAP podrá convocar a otros funcionarios competentes y oficiales de los Estados Mayores Generales o Conjuntos de las Fuerzas Armadas cuando lo considere conveniente, en función de los temas agendados. Para asistir al CAP, se constituirá un grupo de trabajo bilateral (en adelante “GTB”), que tendrá a su cargo el desarrollo de la agenda de trabajo en lo que se refiere al seguimiento de los acuerdos que se alcancen en los temas de competencia del CAP. Para ello, cada Parte establecerá puntos de contacto que mantendrán comunicaciones periódicas con su contraparte. De ser necesario, el GTB podrá celebrar reuniones entre las sesiones del CAP. El GTB podrá convocar a funcionarios de otras instituciones que estime pertinentes.

ARTICULO IV

El CAP será presidido mediante un sistema de rotación anual entre las Partes y se reunirá regularmente, de manera alternada, en la República del Paraguay y en la República Argentina al menos una vez al año. Tendrá una Secretaría que funcionará, al igual que la Presidencia, de manera anual y rotativa, y estará a cargo de los organismos de los respectivos Ministerios de Defensa que se designen en la primera reunión del CAP.

ARTICULO V

Será función del CAP desarrollar consultas y acordar la planificación y ampliación de medidas para profundizar la cooperación entre la República del Paraguay y la República Argentina en materia de Defensa y Seguridad Internacional, incluyendo, entre otras las siguientes áreas:

1. El intercambio de visiones estratégicas, tendiente a lograr posturas comunes y complementarias, especialmente ante cuestiones que se planteen en foros multilaterales.
2. El fortalecimiento de los canales de comunicación en el campo de la defensa y seguridad internacional.
3. El desarrollo de acciones conjuntas en Operaciones de Mantenimiento de la Paz.
4. La profundización de las medidas de confianza mutua y cooperación militar, incluyendo la notificación previa de maniobras militares, incentivando las participaciones de observadores en las mismas, y procurando incrementar las ejercitaciones combinadas.
5. La colaboración en materia de preservación ambiental y ante catástrofes o desastres naturales.
6. La cooperación científica-tecnológica y en materias de producción para la defensa y cuestiones logísticas.
7. La promoción de una actividad académica que fortalezca la cooperación entre ambos países en materia de defensa y seguridad internacional.
8. El intercambio de información y cooperación en materias de reforma del Sistema de Defensa.

ARTICULO VI

Para el desarrollo de proyectos específicos, podrán ser suscriptos protocolos adicionales de este Convenio.

ARTICULO VII

Los gastos que demande el desarrollo de las actividades acordadas se solventarán sobre bases de reciprocidad, a menos que las Partes convengan por escrito otra modalidad.



ARTICULO VIII

Cualquier diferencia con respecto a la interpretación y a la aplicación del presente Convenio, será resuelta a través de consultas bilaterales.

ARTICULO IX

1) El presente Convenio entrará en vigor 30 (treinta) días después de la última notificación entre las Partes comunicando el cumplimiento de sus respectivos procedimientos legales internos y tendrá una duración indefinida. Cualquiera de las Partes podrá darlo por terminado mediante una notificación.

2) Las Partes podrán acordar por escrito enmiendas al presente Convenio, las cuales pasarán a formar parte del mismo, a partir del momento en que las mismas lo estipulen de común acuerdo.

Hecho en Asunción a los 13 días del mes de marzo del año 2007, en 2 (dos) ejemplares originales, en idioma español, siendo ambos textos igualmente auténticos.

Fdo.: Por la República del Paraguay, **Rubén Ramírez Lezcano**, Ministro de Relaciones Exteriores.

Fdo.: Por la República Argentina, **Jorge Taiana**, Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

Testigo de Honor

Fdo.: Por la República del Paraguay, **Roberto González Segovia**, Ministro de Defensa Nacional”.

Artículo 2º.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Aprobado el Proyecto de Ley por la Honorable Cámara de Senadores, a **treinta y un días del mes de julio del año dos mil ocho**, quedando sancionado el mismo, por la Honorable Cámara de Diputados, a **veinticinco días del mes de noviembre del año dos mil ocho**, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 211 de la Constitución Nacional¹⁶.

¹⁵ <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=FichaTecnicaExpediente%2F1937>

Conclusión

El presente trabajo a través de lo expuesto en los capítulos anteriores, ofrece un enfoque sobre la posibilidad de integrar en materia de Defensa a los países signatarios del MERCOSUR, a fin de viabilizar un ambiente regional seguro, propicio para el desarrollo del mercado.

Las alianzas son realizadas en base a los intereses propios de cada país, pero primordialmente en base a los intereses comunes; como la institución plena de las garantías requeridas para todos los habitantes de la región, sin soslayar la protección y defensa de las infraestructuras vitales del quehacer económico de las naciones: Itaipú, Yacyretá, Gasoductos bilaterales en construcción, corredores bioceánicos, hidrovías, etc.

El tratado de Asunción a razón de los nuevos tiempos, exige de los países componentes rediseñar el empleo de sus Fuerzas Armadas, de manera a propiciar compromisos o acciones que permitan mejores condiciones de convivencia para el desarrollo efectivo de las transacciones en el marco del mercado común.

En virtud de los compromisos firmados, no sería lógico avanzar en el fortalecimiento de las relaciones multilaterales sin la integración progresiva de todas las instituciones que solventan la existencia de las naciones, más aun en la actualidad donde los pueblos menos desarrollados deben unir sus esfuerzos para enfrentar desafíos emergentes y comunes; si marchamos hacia el futuro de manera mezquina y separada, estaremos condenados a la marginalidad y la pobreza, ante un mundo cada vez más tecnológico y competitivo.

Los convenios en materia de defensa ayudaran a la creación de un espacio geográfico ideal para el fortalecimiento del comercio y las industrias de los países integrantes, lo cual dará lugar a perspectivas válidas para el relacionamiento con mercados de otras latitudes.

Si el Mercado Común del Sur es incapaz de ordenar su espacio geoestratégico y transmitir una sensación de seguridad, entonces difícilmente se podrá consolidar como un espacio económico serio.

Más temprano que tarde, si el Mercado Común del Sur logrará afirmarse en el aspecto práctico de los compromisos asumidos por los respectivos países, podrá iniciar la construcción progresiva de un sistema de cooperación de defensa regional, e intensificar la cooperación militar con relación a los alcances políticos y económicos.



Referencias

Benítez Rickmann, Juan José. *El MERCOSUR y sus Sistemas Notariales*. Asunción – Paraguay. Año 1995.

Directiva de Defensa Nacional, septiembre 1999.

Ibarra, Enrique – *Apuntes sobre Geopolítica*. Año 2003.

Ley N° 1337 de Defensa Nacional y de Seguridad Interna.

Ley N° 3665.

Web-Grafía

15 <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=Ficha-TecnicaExpediente%2F1937>

14. <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/FichaTecnicaExpediente.pmf?q=Ficha-TecnicaExpediente%2F102500>



LA LEY PENAL INDÍGENA

The indigenous penal law

EVELIO FABIO VERA BRIZUELA ¹

RESUMEN

Para la cosmovisión indígena no existe la separación o especialización por materia, propia de la justicia ordinaria- jueces civiles, penales, de menores, militares, de tránsito; el sistema legal indígena es un todo y frente a una acción u omisión que altere la armonía interna comunitaria su intervención es inevitable. Aquí se presenta un análisis reflexivo respecto a las relaciones entre el sistema de derecho penal indígena y el sistema de derecho penal occidental. Específicamente se analiza en estas líneas la responsabilidad penal indígena en Paraguay, teniendo en cuenta las leyes nacionales y los convenios internacionales.

Palabras clave: *Derecho penal indígena – derecho penal – normas consuetudinarias*

ABSTRACT

For the indigenous world view, there is no separation or specialization by subject, typical of ordinary justice - civil, criminal, juvenile, military, and transit judges; The indigenous legal system is a whole and in the face of an action or omission that alters the internal harmony of the community, its intervention is inevitable. Here a reflexive analysis is presented regarding the relations between the indigenous criminal law system and the western criminal law

¹ Profesor Asistente de las materias: Medicina Legal 4° semestre, Civil Contratos 10° semestre turno mañana – Central y Filosofía del Derecho 3° semestre –Filial Caacupé –Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Asunción.



system. Specifically, the criminal responsibility of indigenous people in Paraguay is analyzed in these lines, taking into account national laws and international agreements.

Keywords: *Indigenous criminal law - criminal law - customary norms*

Introducción

Así como plantea la *Dra. Myrna Villegas Díaz*, una de las problemáticas más sensibles en nuestro continente latinoamericano son las fricciones entre el Estado y la resolución de conflictos por los pueblos originarios, incluyendo la justicia indígena, especialmente en el área penal. El problema se hace especialmente relevante en nuestro país desde la ratificación del Convenio 169, que reconoce el derecho propio de los pueblos indígenas, además de sus costumbres (*Díaz*, 2014).

El presente trabajo consiste en un análisis reflexivo respecto a las relaciones entre el sistema de derecho penal indígena y el sistema de derecho penal occidental.

Específicamente se buscará a través de este trabajo analizar la responsabilidad penal indígena en Paraguay, teniendo en cuenta las leyes nacionales y los convenios internacionales.

Para la cosmovisión indígena no existe la separación o especialización por materia, propia de la justicia ordinaria- jueces civiles, penales, de menores, militares, de tránsito; el sistema legal indígena es un todo y frente a una acción u omisión que altere la armonía interna comunitaria su intervención es inevitable.

La Constitución Nacional, Convenios Internacionales y las Leyes vigentes imponen que para sancionar penalmente a un indígena se debe tener en cuenta su derecho consuetudinario.

La Ley 904/81 en su Art. 6 dispone que en los procesos penales que atañen a indígenas, los jueces tendrán en cuenta también su derecho consuetudinario, debiendo solicitar dictamen a especialista o al INDI.

La Conferencia General de la OIT aprobó el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales. En base a ello, se dan reformas constitucionales en varios países de Latinoamérica que reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas dentro de los cuales están las funciones jurisdiccionales para la resolución de sus conflictos.

De esta manera, dentro del régimen internacional de los derechos humanos se van configurado los derechos colectivos de los pueblos indígenas con la introducción de una visión que va más allá de la esencia individualista de la dignidad humana propia de la tradición occidental (Ordóñez, 2013).

La ley Penal y la Brujería

Los nativos Mbya Guaraní “Tahekyi – San Luis”, del distrito de Naranjito, del departamento de San Pedro asesinaron a una mujer de 45 años luego de acusarla de hechicera y causar enfermedades a otros miembros de la comunidad (Ultima Hora, 2014).

Partiendo del siguiente caso publicado por el diario Ultima Hora el 5 de noviembre de 2014 en donde informan que: los nativos asesinaron a una mujer tras acusarla de ocasionar enfermedades mediante hechicería.

Los 10 indígenas, fueron imputados por homicidio doloso y habrían sido derivados en la comisaría 18, puesto que deben prestar declaración antes de trasladarse hasta la cárcel de San Pedro, (Ultima Hora, 2014)

El mismo material periodístico indicó que: la investigación se desarrolla como un caso normal de homicidio, pero por tratarse de nativos, los procesados serán asistidos por consultores técnicos de la División de Derechos Étnicos del Ministerio Público.

Teniendo presente el caso expuesto precedentemente, se plantea las siguientes interrogantes: ¿Qué proceso legal se debería aplicar al tratarse de nativos? y ¿cuál es la responsabilidad legal de los nativos participante del hecho?

Esta pregunta se podría responder de acuerdo a lo expresado por el Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), al diario Ultima Hora, en el año 2014, donde explica que los Mbya Guaraní tiene como creencia el “paye” (hechicería) y a pesar de que existan leyes que garanticen la autonomía política y social para resolver sus conflictos de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, para la aplicación, la normativa tiene sus limitaciones.

La ley N° 234/93 que ratifica el convenio 169 de la O.I.T. sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes” en su artículo N° 8. 2 dispone: dichos pueblos (indígenas) deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales



definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Por otro lado, la misma institución referente (INDI) plantea que de acuerdo al artículo 5 del Estatuto de las comunidades indígenas advierte que podrán aplicar sus normas “en todo aquello que no sea incompatible con los principios del orden público”.

De acuerdo al Juez de Garantía de Amambay-José Gabriel Valiente/ABC Color-2014, ante un hecho de misma naturaleza ocurrido en el Distrito de Gral. Resquín, Departamento de San Pedro, donde miembros de la comunidad de la Etnia Mbya-Guaraní procedieron a ultimar a una mujer indígena por practicar la brujería o Paye Vai, señaló que: debemos tener en cuenta que para los pueblos originarios la brujería es un crimen muy grave y se castiga con la pena de muerte en su derecho consuetudinario, porque afecta la salud pública: esta maligna práctica puede acarrear la ira de los dioses con las consecuencias de plagas, epidemias o desastres naturales, (Valiente, 2014).

Persecución penal por el estado, diversidad cultural y derecho consuetudinario indígena.

La Dra. Teodora Zamudio, en su obra derechos de los pueblos indígenas plantea: que una forma útil de procurar integrar a las comunidades indígenas radicaría en interpretar la conducta antijurídica de un aborigen imputado, a la luz de la pauta cultural propia de su pueblo. Sería un buen comienzo para plasmar lo que, en mayor proporción y según Bidart Campos, constituye la necesidad de integrarlos con sus diferencias, esto es, hacerlos parte del resto de la sociedad sin que ello implique reclamarles la renuncia o abdicación de su estilo, sus diferencias, su idiosincrasia y su cultura.

La Constitución Nacional, Convenios Internacionales y las Leyes vigentes imponen que para sancionar penalmente a un indígena se debe tener en cuenta su derecho consuetudinario.

La Constitución de 1992 en su Art. 63 reconoce el derecho no escrito de los naturales y permite su aplicación en forma limitada, no deben atentar contra derechos fundamentales establecidas en la misma Constitución como el derecho a la vida, la integridad física o la libertad y la sujeción a estas normas ancestrales debe ser voluntarias.

Por otro lado, existe el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Ley 234/93 que en su Art. 9º numeral 2 dispone que los tribunales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos para pronunciarse sobre cuestiones penales. Así también el Art. 10 establece que cuando se impone una sanción penal prevista en la Legislación General a indígena se deberán tener en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

La Ley 904/81 en su Art. 6º dispone que en los procesos penales que atañen a indígenas, los jueces tendrán en cuenta también su derecho consuetudinario, debiendo solicitar dictamen a especialista o al INDI.

El Código Procesal penal en el Título VI, Artículo 433 en adelante regula el proceso penal a miembros de comunidades indígenas y dispone la asistencia obligatoria de perito culturales, especializados en cuestiones indígenas para fiscales y jueces a fin de hacer conocer la cultura y valores de la comunidad, de la cual es miembro el imputado.

El *Prof. Dr. Emiliano Borja Jiménez*, en el año 2001, en su obra *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos* plantea que el Derecho Penal indígena es, ante todo, un Derecho de mediación. El delito en las sociedades originarias de Latinoamérica refleja el peligro de descomposición del grupo y de división social. La consecuencia jurídica del delito, la pena, no pretende expresar solamente el castigo representativo de la reprobación social, sino, sobre todo, se busca restaurar el equilibrio de la vida social del grupo y alcanzar la paz rota por el comportamiento del autor. De ahí que la imposición de la sanción no sea tan sólo una cuestión que afecta a la víctima, al infractor y a la autoridad legitimada para impartir justicia, sino que alcanza a la comunidad en su totalidad, pero no entendida como ente abstracto que se encuentra distante y por encima de sus miembros, sino que la sombra del hecho antisocial suele cubrir a cada uno de los miembros, a cada una de las familias y linajes, a cada grupo fundamental del colectivo.



De acuerdo a este planteamiento se puede advertir que el delito en las sociedades originarias de Latinoamérica refleja el peligro de descomposición del grupo y de división social y el camino de la solución al conflicto se realiza en el marco de la mediación teniendo en cuenta que el Derecho Penal indígena es, ante todo, un Derecho de mediación.

Según Víctor Manuel del Cid Lucero, 2011, citando a *Stavenbagen* indica que el derecho indígena es “*un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado*”. Agrega que, “es un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que contribuyen a la integración de una sociedad, al mantenimiento del orden interno y a la solución de conflictos (incluyendo un sistema de sanciones para quienes violen esas normas) (...) que no ha sido creado por el Estado, a través de los órganos correspondientes, en ejercicio de su propia soberanía”.

De la lectura de estos textos legales se concluye que, para procesar y castigar a un indígena por comisión de un crimen, se debe tener en cuenta su propia cultura y al respecto es imprescindible contar con un perito cultural para ilustrar a los investigadores y juzgadores de los valores imperantes en esta comunidad nativa.

Así también tomando la definición del compilador Víctor Manuel del Cid Lucero, el derecho indígena es un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto de un derecho vigente en un país determinado.

Responsabilidad penal del indígena: algunas soluciones legales y doctrinales en Latinoamérica.

De acuerdo a *Juan Luis Modolell González*, plantea que la doctrina y legislación penales latinoamericanas se han referido tradicionalmente al caso en el que dichas personas realizan un hecho tipificado como punible en la legislación penal. Al respecto, se aprecian dos tendencias que consideran al indígena irresponsable exento de pena cuando existe la imposibilidad de cumplimiento de la norma jurídico-penal. Así, una primera posición considera al indígena inimputable de forma semejante a un enfermo mental o a un menor de edad, mientras que la otra tendencia vincula la irresponsabilidad del indígena al llamado error de prohibición (González, 2006).

En la doctrina penal latinoamericana se tienen dos grandes corrientes que abordan el tema de responsabilidad penal de los aborígenes.

- Un primer criterio se refiere al principio de **Igualdad**, donde indígenas y no indígenas se someten a la ley nacional.
- Un segundo criterio se refiere al principio de **Diferencia**, donde los pueblos originarios tienen un trato particular atendiendo a la situación de marginación social y cultural en que se encuentran.

Así mismo el Juez de Garantía de Amambay *José Gabriel Valiente* citando a al Dr. *Zafaroni* sostiene que para establecer la responsabilidad penal en cualquier caso deberán tomarse en cuenta la cosmovisión y los valores culturales del protagonista del conflicto. Nadie debe juzgar el comportamiento de otra persona si no es capaz de colocarse en la situación del infractor para valorar su grado de malicia en cada caso y establecer la irreprochabilidad y su cuantía.

Antes de pasar a otro aspecto es importante conceptualizar el término cosmovisión: de acuerdo a Paredes, 2015 la cosmovisión es la forma de concebir e interpretar el mundo, propia de una persona, pueblo o cultura, a partir de la cual se interpreta la vida y el entorno. En los pueblos indígenas alude a representaciones e interpretaciones que cobran sentido al interior de particulares forma de vida. Así, cada sujeto encuentra en su cultura elementos para interpretar la causa de determinados hechos o fenómenos y ello le asegura la convivencia social

Siguiendo las expresiones del Juez de Amambay *Valiente*, la legislación vigente nacional sigue el criterio diferenciado, pues permite la aplicación de la ley estatal con especial atención a su costumbre, a fin de evitar la alienación cultural conforme se prevé en los Art. 434 inciso 2 y 435 inciso 2 y 3 del Código de Procedimientos Penales.

Teniendo en cuenta que la legislación vigente da atención especial a la costumbre a la hora de establecer la responsabilidad penal indígena, sería importante abordar qué se entiende por costumbre: de acuerdo a *Pedro Paredes Peña*, 2015, nombrando a *Orrego*, plantea que costumbre en derecho constituye la repetición de una determinada conducta, realizada por la generalidad de los miembros de un grupo social, de manera constante y uniforme y con la convicción de cumplir un imperativo jurídico. También se ha dicho que es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta, como jurídicamente obligatorio.

En palabras de *Ducci*, no se trata que se tenga el deseo de crear, a través del comportamiento, normas jurídicas, sino que la intención de obrar jurídicamente. Por



otro lado, el mismo autor, señalando a *Bullemore* y *Mackinnon*, indica que costumbre: implica una norma jurídica de carácter consuetudinario, creada e impuesta por el uso social a través de la repetición de conductas y que responde a una necesidad de justicia (*Paredes*, 2015).

De esta forma se concluye, teniendo en cuenta estos autores que la costumbre se trata de un instituto con requisitos objetivos (generalidad, constancia y uniformidad) y uno subjetivo (convicción de obedecer un imperativo jurídico).

Brujería y Ley Penal:

Con relación al tema que se ha planteado las posturas son varias:

Algunas Cortes y Tribunal aplican:

- Error de prohibición: el reproche es reducido porque el desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta le era evitable. Pena atenuada.
- Exceso por confusión o terror: realizaron el hecho antijurídico excediéndose por error o confusión en los límites de un estado de necesidad justificante. No es antijurídico y no castiga.
- Inexigibilidad de otra conducta: a los miembros de una comunidad indígena no se le puede exigir inobservancia de su cultura que hace parte de su identidad. Exime de pena atenuada (*Valiente*, 2014).

Se concluye como parte final que el caso de los indígenas Mbya-Guaraní de San Pedro, es necesario y justo tener en cuenta su cultura al momento de juzgar sus conductas no solo para cumplir el mandato Constitucional y Convenios Internacionales, sino también en estricta equidad. Abog. José Valiente González, Juez Penal de garantía del Amabay que desde hace 10.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

En este apartado se amplía sobre la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007 durante la sesión 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Esta declaración tiene como predecesoras a la Convención 169 de la OIT y a la Convención 107. Sus considerandos y 46 artícu-

los conforman un instrumento de derechos humanos que hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a vivir con dignidad, a mantener y fortalecer sus propias instituciones, su cultura y tradiciones, a la pervivencia cultural, (Blackstock)

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas constituye el nuevo estándar mínimo para la protección de los derechos humanos de los pueblos y las personas indígenas, y representa un cambio de paradigma con respecto a la visión tradicional de los derechos humanos.

Desde una visión tradicional, los derechos humanos incorporados en los tratados se centran principalmente en el individuo y su relación con el Estado. Tal vez por ello, cuando se adoptaron estos instrumentos no incluyeron derechos específicos de los pueblos indígenas —excepto en la Convención sobre los derechos del niño, que incluye específicamente a las niñas y los niños indígenas en su artículo 30—. De ahí que la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas como tales resultara dificultosa en la práctica, pues el disfrute de muchos derechos individuales de los indígenas sólo es posible en la medida en que los derechos de su pueblo estén garantizados. Esta situación motivó que los líderes indígenas impulsaran la adopción de una Declaración que reconociera sus derechos específicamente en el seno de las Naciones Unidas, como un instrumento de derechos humanos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas incluye ambos aspectos.

Por un lado, reafirma los derechos individuales, como personas indígenas, ya consagrados en los tratados de derechos humanos y, por el otro, reafirma los derechos colectivos de los pueblos indígenas establecidos en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

Los tratados internacionales sobre los derechos humanos

Entre los tratados internacionales se encuentran:

- La Convención Americana sobre derechos humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica).
- El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.
- El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo.
- La Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio.



- La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- La Convención sobre los derechos del niño.
- El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

Referencias

Ordóñez, M. P. (2013). *El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos*. Revista de Derecho Internacional de la Universidad Americana 28 N° 4, 943 - 974.

González, J. L. (2006). *Breves consideraciones sobre la posible responsabilidad penal de sujetos pertenecientes a grupos culturalmente diferenciados (casos del indígena y costumbres de origen afroamericano)*. Venezuela: Derecho penal y pluralidad cultural Anuario de Derecho Penal.

Díaz, M. V. (2014). *Sistemas sancionatorios indígenas y derecho penal. ¿Subsiste el Az mapu?* Política criminal. Scielo-versión on-line ISSN 0718-3399, 1.

Última Hora, (5 de noviembre de 2014). Hay una psicosis en la comunidad Mbya-Guaraní. [Ultimahora.com](http://ultimahora.com).

Valiente, J. G. (5 de diciembre de 2014). *La ley penal y payé vai*. ABC Color.

Blackstock, D. C. (s.f.). *Derechos de los Pueblos Indígenas para adolescentes indígenas*. Canadá: UNICEF, la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, SPFII.



DEL DELITO DE EXPOSICIÓN AL PELIGRO EN EL TRÁNSITO TERRESTRE Y LAS LEYES PENALES EN BLANCO

*The crime of exposure to the danger in the
terrestrial transit and the criminal laws in
white*

DEIBY CHRISTIAN JOSÉ URDAPILLETA CABRERA ¹
IRENE RAQUEL ROLÓN VERDÚN ².

*“Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el
Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”. Klaus Roxin*

RESUMEN

El derecho es una ciencia que regula la conducta humana en sociedad, para que de esta forma se alcance la paz social y el bien común. Diversos fenómenos ocurren en el día a día y todos aquellos que generan una repercusión en la paz social e interés de ésta, se van regulando con el paso del tiempo por las normas.

La numerosa cantidad de accidentes que ocurren en las rutas y calles tienen un impacto en el sentir de la sociedad, y han dado pauta a seguir en el linea-

¹ Abogado. Graduado Distinguido Promoción 2014 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Postgrado en Didáctica Universitaria, UNA. Escuela Judicial Promoción XVII. Cursando la Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Cursos de actualización nacionales e internacionales.

² Abogada. Graduada Sobresaliente Promoción 2011 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica de Asunción. Postgrado en Didáctica Universitaria, UNA. Escuela Judicial Promoción XVII. Doctoranda por la Universidad Católica de Asunción.



miento normativo del tránsito de diversos países, y especialmente en la tipificación como hecho punible a la imprudencia que dolosamente algunas personas exponen en su actuar al mando de un vehículo automotor.

Esto responde a la necesidad de la sociedad de sentir que el Estado posee políticas de prevención y sanción ante conductas de peligro o riesgosas en violación directa e inobservancia de la Ley que regula el tránsito y seguridad vial, sin esperar a que se produzcan resultados graves, o hasta fatales.

El presente ensayo busca realizar un análisis sobre la forma correcta de interpretar lo establecido en la Ley Penal para los casos de hechos punibles cuya tipificación cuenta con remisión a otro cuerpo normativo, situación conocida por la doctrina mundial como “ley penal en blanco”, que es un tipo penal el cual el legislador establece, pero que, para ser integrado requiere de otra norma complementaria o accesoria para definir su concreción, y específicamente se toma como ejemplo actual los casos de la conducta regulada en el artículo 217 del Código Penal de “Exposición al peligro en el tránsito terrestre”.

Palabras clave: *alcoholtest, exposición al peligro, derecho penal, ley penal en blanco, remisión.*

ABSTRACT

Law is a science that regulates human behavior in society, so in this way social peace and the common good can be achieved. Various situations occur on a daily basis and all those that generate an impact on social peace and its interest, are regulated over time by the rules.

The numerous accidents that occur in the routes and streets have an impact on the feeling of society, and have given rules to follow the regulatory guidelines of the transit of various countries, and especially in the classification as a punishable act to the imprudence that some people deliberately expose their actions to the command of a motor vehicle.

This responds to society's need to feel that the State has prevention and sanction policies in the face of dangerous or risky behaviors in direct violation and

non-observance of the Law that regulates traffic and road safety, without waiting for serious results to occur, or even deadliest.

The present essay seeks to analyze the correct way to interpret the norm of the Criminal Law for cases of punishable acts whose classification is remitted to another normative body, a situation known by the world doctrine as “criminal law blank”- in spanish “ley penal en blanco”-, which it is a penal type that the legislator establishes, but which, in order to be integrated, requires another complementary or accessory rule to define its concretion, and specifically, the cases of the conduct regulated in article 217 of the Penal Code of “Exposure to danger in land transit”.

Keywords: *alcoholtest, exposure to danger, criminal law, blank criminal law, referral.*

Sumario: 1. Derecho Penal, Principio de Legalidad e interpretación. 1.1. El Principio de Legalidad. 1.2. Interpretación de las normas de carácter penal. 2. Delitos de peligro y de resultado. 3. La Ley Penal en Blanco y el Reenvío. 4. Legislación Paraguaya. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Derecho penal, principio de legalidad e interpretación

El Derecho Penal es la materia encargada de determinar las conductas que son reprochables mediante una pena o medida de seguridad y corrección, en ejercicio del Poder Punitivo del Estado. En él se ven reflejadas las políticas de prevención y seguridad que se instaura por un país, como el nuestro, por ejemplo, y que a su vez ha optado por un sistema de garantías procesales en el sistema acusatorio, en el que rigen ciertos principios con transcendencia fundamental, como por ejemplo el de legalidad, la presunción de inocencia, el debido proceso, la inmediación, la inmediatez, entre otros.

Nos centraremos en el de legalidad por ser el más cercano y preciso para el estudio en concreto del presente texto.



1.1. El principio de legalidad

El principio de Legalidad surge de la máxima ampliamente conocida “*nullum crimen sine lege*” y “*nulla poenae sine norma praescripta*”, es decir, no hay delito o crimen ni pena, sin ley escrita. En otras palabras, el Principio de Legalidad en derecho penal significa que no será perseguible ni punible por el Estado ninguna conducta que no esté expresamente descrita en el Código Penal y sus leyes accesorias.

Nuestra Ley 1160 del año 1997 estableció este principio en su artículo primero³, en los siguientes términos: “*Principio de legalidad. Nadie será sancionado con una pena o medida sin que los presupuestos de la punibilidad de la conducta y la sanción aplicable se hallen expresa y estrictamente descritos en una ley vigente con anterioridad a la acción u omisión que motive la sanción*”.

Este principio se encuentra íntimamente ligado con el principio de irretroactividad de la ley⁴, por el cual ninguna norma podrá tener efecto sobre hechos anteriores a su vigencia, y sólo y únicamente se podrá aplicar en los casos de ser más favorable al encausado o procesado.

1.2. Interpretación de las normas de carácter penal

Se ha establecido que en Derecho Penal la interpretación de las normas debe realizarse con criterio restrictivo, descartando toda analogía e interpretación amplia o

³ Sí, específicamente en el primer artículo para dar un hincapié, o como una especie de advertencia para que el auxiliar y operador de justicia comprenda cuando incurra en el fuero Penal de que esa es una premisa mayor. Es el cartel de bienvenida.

⁴ C.N. Artículo 14. DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY. Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, salvo que sea más favorable al encausado o al condenado.

C.P. Artículo 5º.- Aplicación de la ley en el tiempo.

1º Las sanciones son regidas por la ley vigente al tiempo de la realización del hecho punible.

2º Cuando cambie la sanción durante la realización del hecho punible, se aplicará la ley vigente al final del mismo. 3º Cuando antes de la sentencia se modificara la ley vigente al tiempo de la realización del hecho punible, se aplicará la ley más favorable al encausado.

4º Las leyes de vigencia temporaria se aplicarán a los hechos punibles realizados durante su vigencia, aun después de transcurrido dicho plazo.

extensiva, como lo indica el artículo 10 del Código Procesal Penal⁵. Esto es así en razón de que el lenguaje castellano posee una característica particular, que es que una palabra puede tener varios significados, distintos entre sí. Y en el derecho, como se trata de una ciencia, las ambigüedades o zonas oscuras o grises no deben existir ni tolerarse, mucho menos en materia penal. Es por ello que cuando se utilizan términos que pueden tener significados técnicos y corrientes, la ley debe determinar cómo dilucidar la cuestión. Por ejemplo, una palabra como “recurso” en economía significa una cosa, así como en derecho procesal es algo totalmente alejado de lo anterior⁶.

El jurista *Klaus Roxin* (1994) claramente al referirse sobre el punto, expresa que el límite máximo de la interpretación está definido por la “*interpretación literal posible en el lenguaje corriente*”.

Al haberse establecido que la premisa mayor es la del Principio de Legalidad, ha quedado claro que en materia penal están prohibidas las interpretaciones extensivas, o haciendo analogía, y que siempre en caso de duda debe ser a favor del procesado.

2. Delitos de peligro y de resultado

En doctrina, los delitos de resultados son aquellas conductas descriptas en el tipo penal cuyo resultado consiste en un daño preciso posterior a la conducta del autor. Se asemeja a la relación causa-efecto. Por ejemplo: homicidio que es dar muerte a otra persona de alguna manera, robo o hurto que se refiere a desplazar a otro de la posesión que le pertenece, estafa donde se engaña para obtener un beneficio, entre otros.

También la doctrina clasifica como delitos de mera actividad a todas aquellas conductas que la realización misma corresponde al tipo penal, es decir, no se requiere

⁵ C.P.P. Artículo 10. INTERPRETACIÓN. Las normas procesales que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de las facultades conferidas a las partes o establezcan sanciones procesales se interpretarán restrictivamente. La analogía y la interpretación extensiva estarán prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos y facultades.

⁶ Obviamente esta polisemia no produce mayores reparos cuando se está dialogando entre profesionales, otros ejemplos son palabras más técnicas como apelación, nulidad, reposición, entre otros, que también poseen múltiples significados, pero en el contexto uno solo.



de un resultado posterior como consecuencia de un acto, sino que la propia conducta es la conducta punible. Por ejemplo: la invasión de inmueble no requiere que se realice alguna consecuencia de esa conducta más que la propia violación del derecho del propietario.

Sin embargo, cabe resaltar las palabras del jurista *Roxin* (1994), al referir que “... *Además hay que tener claro que no todos los tipos se pueden encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad, sino que a veces hay que distinguir caso por caso: así las lesiones (§ 223) son un delito de mera actividad si consisten en una bofetada, pero son un delito de resultado si se producen lanzando una piedra* ...”⁷.

Por otra parte, se conoce como delitos de peligro a aquellas conductas que crean un riesgo, capaz menos importante en forma aislada, dependiendo de la gravedad con que la sociedad lo considere. En los de peligro concreto la conducta descripta y realizada por el autor supone que existe un peligro real y presente de que el objeto protegido sea lesionado. Implica que, en verdad haya un alto grado de probabilidad que se haya podido causar un daño, y si no ocurrió fue por una cuestión de suerte. El ejemplo más importante, según *Roxin*, es el de peligro en el tráfico rodado o en el tránsito terrestre según nuestra legislación⁸.

Se discute mucho en la doctrina sobre la colisión de estos tipos con los hechos tentados, sin embargo, se comparte la posición de que no colisionan entre sí, en razón de que la protección de bienes ante conductas riesgosas tiene sustento en la prevención Estatal mediante el derecho penal, formada por la propia sociedad al repudiar ciertas conductas y a través de sus representantes legislativos.

3. La Ley Penal en blanco y el reenvío

Las leyes penales en blanco, según *Roxin* (1994) consisten en conminaciones penales (que se encuentran sobre todo en el Derecho penal accesorio o especial) que remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad. Es decir, la conducta penal inicia su descripción dentro del texto, sin embargo, la delimitación

⁷ *Roxin, Klaus.* (1997). Derecho Penal parte general (D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal. Trad.) CIVITAS. España. (Trabajo original publicado en 1994).

⁸ Código Penal. Artículo 217. Modificado por la Ley 5016/14.

de uno o varios de los elementos de la conducta debe ser determinados o definidos por otra entidad normativa. Además, rigen también todos los principios del derecho penal, especialmente el de legalidad y prohibición de interpretación extensiva o analogía hacia el texto complementario.

4. Legislación Paraguaya

La Ley 1160/97 que contiene el Código Penal estableció originalmente en su artículo 217:

“Exposición a peligro del tránsito terrestre. El que dolosa o culposamente:

1. condujera en la vía pública un vehículo pese a no estar en condiciones de hacerlo con seguridad a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas u otras sustancias enajenantes, de defectos físicos o síquicos, o de agotamiento;
2. condujera en la vía pública un vehículo automotor pese a carecer de la licencia de conducir o existiendo la prohibición de conducir señalada en el artículo 58 o habiendo sido privado del documento de licencia; o
3. como titular del vehículo tolerará la realización de un hecho señalado en los numerales anteriores, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”.

Así, el hecho punible de Exposición al peligro del tránsito terrestre, establecía como elementos del tipo penal objetivo: conducir en la vía pública, sin estar en condiciones de hacer con seguridad, consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias enajenables, defectos físicos síquicos o agotamiento. (las comas son agregadas a los efectos de separar los elementos).

Este artículo fue modificado en su inciso primero por la Ley 5016/14 de “Tránsito y Seguridad Vial”, en su artículo 153 que establece:

“Modificación. Modifícase el Artículo 217, numeral 1) de la Ley N° 1160/97 ‘CÓDIGO PENAL PARAGUAYO’, Exposición al peligro en el tránsito terrestre, que quedará re-dactado de la siguiente manera:

El que dolosa o culposamente:



- 1) Condujera en la vía pública un vehículo pese a no estar en condiciones para hacerlo con seguridad a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, dando un resultado superior al límite máximo de miligramo de alcohol por litro de aire exhalado o gramo de alcohol por litro de sangre establecido como falta gravísima en la Ley de tránsito, u otras sustancias estupefacientes o sicotrópicas legales o no, de defectos físicos o psíquicos, o de agotamiento, que alterasen notoria o legalmente su habilidad para conducir.
- 2) Condujera en la vía pública un vehículo automotor pese a carecer de la licencia de conducir o existiendo la prohibición de conducir señalada en el Artículo 58 o habiendo sido privado del documento de licencia.
- 3) Como titular del vehículo tolerara la realización de un hecho señalado en los numerales anteriores; o,
- 4) Como propietario o guardador de ganado mayor o menor permitiera que el animal a su cargo esté suelto en la vía pública.

Será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”.

El artículo modificatorio resulta redactado en forma incorrecta desde un principio al establecer “*Modifícase el Artículo 217, numeral 1) de la Ley N° 1160/97*”, debiendo haber aparentemente expresado que era todo el artículo porque todos el resto del cuerpo se refiere a las otras conductas del inciso 2, 3 y 4. Desde aquí inicia la labor del Magistrado que debe dar una interpretación correctiva (favorable al reo), y más aun teniendo en cuenta que la modificación introduce algunas variantes importantísimas en la conducta original de la Ley 1160, específicamente quedan las siguientes:

- En el primer inciso: conducir en la vía pública, -más-, sin estar en condiciones de hacerlo con seguridad, -más-, consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas dando un resultado superior al límite máximo de miligramo de alcohol por litro de aire exhalado o gramo de alcohol por litro de sangre establecido como falta gravísima en la Ley de tránsito o sustancias estupefacientes o sicotrópicas legales o no, -o- defectos físicos síquicos o agotamiento.
- En el segundo inciso introduce una conducta variante: Condujera en la vía pública un vehículo automotor, -más-, carecer de la licencia de conducir -o- existiendo la

prohibición de conducir señalada en el Artículo 58 o habiendo sido privado del documento de licencia.

– En el tercer inciso se remite a las conductas anteriores, pero extiende la responsabilidad del autor hasta el titular del vehículo que tolera esos hechos.

– Y en el cuarto otra conducta totalmente distinta: el propietario o guardador de ganado mayor o menor permitiera que el animal a su cargo esté suelto en la vía pública.

Todas ellas con una pena privativa de libertad de hasta dos años o multa.

Ahora bien, todos los incisos del artículo modificado y vigente poseen ciertas particularidades. Incluso claramente advertimos que hay normas que para su concreción se remiten a otras disposiciones contenidas en el mismo cuerpo legal.

En el caso del primero se advierte que en la variante de ingesta de bebidas alcohólicas debe superarse en la medición el *límite máximo de miligramo de alcohol por litro de aire exhalado o gramo de alcohol por litro de sangre establecido como falta gravísima*. Desde aquí nos remitimos al artículo correspondiente que establece la falta gravísima en la ley de Tránsito y Seguridad Vial en los siguientes términos:

“Artículo 113.- Faltas gravísimas. Constituyen faltas gravísimas las siguientes: ...

g) La conducción en estado de intoxicación alcohólica, estupefacientes u otra sustancia que disminuya las condiciones psicofísicas normales y/o en estado de agotamiento”

Este último artículo no hace ninguna referencia a la graduación que corresponde a la falta gravísima, simplemente habla de un estado de “intoxicación” que tampoco define, cambiando de criterio en cuanto a las faltas leves y graves⁹ que están gradua-

⁹ Ley 5016/14 de Tránsito y Seguridad vial.

Artículo 111.- Faltas leves. Constituyen faltas leves todas aquellas infracciones no calificadas como faltas graves o gravísimas. Asimismo, serán leves las infracciones a las normas dictadas por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones u Ordenanzas Municipales referentes a la materia y la conducción en estado de intoxicación alcohólica desde 0,001 a 0.199 mg/L de CAAL y 0.001 a 0.399 g/L de CAS.



das en unidades de medida exacta, pero justo en la falta gravísima que tiene repercusión en el ámbito penal el legislador decidió cambiar de parámetro. Por lo tanto, la imprecisión en la redacción de la norma la hace incompleta.

En el segundo caso, también estamos ante una remisión a la norma contenida en el Art. 58, ahora bien, a cuál norma se refiere resulta dudoso porque si fuera de la misma Ley de Tránsito¹⁰ en el Artículo 58 se establecen los distintos requisitos para circular con un automotor, o si fuera la remisión al Artículo 58 del Código Penal¹¹

Artículo 112.- Faltas graves. Constituyen faltas graves las siguientes: ... x) La conducción en estado de intoxicación alcohólica desde 0.200 a 0.799 mg/L de CAAL y 0.400 a 1.599 g/L de CAS.

¹⁰ Ley 5016/14 Artículo 58.- Requisitos para circular. Para poder circular con automotor, es indispensable:

- a) Que su conductor esté habilitado para conducir ese tipo de vehículo y que porte la licencia correspondiente.
- b) Que porte la cédula de identificación del automotor.
- c) Que porte el comprobante del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), al que hace referencia el Artículo 95 de la presente Ley.
- d) Que el vehículo, incluyendo acoplados y semirremolques tenga colocadas las placas de identificación correspondientes.
- e) Que tratándose de un vehículo del servicio de transporte o maquinaria especial cumpla las condiciones requeridas para ese tipo de vehículo y su conductor porte la documentación especial prevista en la presente Ley.
- f) Que posea matafuego y balizas portátiles normalizadas, excepto los ciclomotores, motocicletas, triciclones y cuatriciclones.
- g) Que el número de ocupantes guarde relación con la capacidad para la que fue construido y no estorben al conductor. Los menores de 10 (diez) años deben viajar en el asiento trasero, y los menores de 5 (cinco) años en el asiento especial de seguridad.
- h) Que el vehículo y lo que transporta tengan las dimensiones, peso y potencia adecuados a la vía transitada y a las restricciones establecidas por la autoridad competente, para determinados sectores del camino.
- i) Que posea los sistemas de seguridad originales en buen estado de funcionamiento.
- j) Que sus ocupantes usen los cinturones de seguridad en los vehículos que por reglamentación deben poseerlos.

¹¹ Código Penal: Artículo 58.- Prohibición temporaria de conducir

1º En caso de condena a una pena principal por un hecho punible, vinculado con la conducción de un vehículo automotor o la violación de los deberes de un conductor, el tribunal

considerando que la modificación se incorpora a ese cuerpo legal. Además, su segunda variante insiste en que se da la conducta también cuando existe una sanción de privación de licencia, nuevamente refiriéndose a la administrativa¹² o como pena complementaria del Código Penal (otra vez el artículo 58, por ello la duda si al principio del artículo se remite al que figura en la Ley de Tránsito o al del Código Penal, éste último que sería redundante si nos centramos en la segunda variante).

En la tercera variante hace referencia a las anteriores conductas, pero con una persona responsable como autor totalmente distinta, incluso que puede no estar cerca del lugar del hecho, no tener dominio ni participación en el hecho, incluso muy probablemente desconociendo siquiera su ocurrencia. Por ejemplo, debido a la práctica que se da en nuestro país de comprar y vender vehículos con contratos privados simples sin transferirlos, quedando el título y cédula verde a nombre de una persona distinta como poseedora. Esta situación similar a la regulada en el propio Código Civil en su capítulo que regula la responsabilidad por hecho ajeno¹³; con la pequeña diferencia que en derecho penal la responsabilidad es personalísima y deberíamos cuestionarnos si el sentir de la sociedad implica que un titular de un vehículo automotor que figura en la cédula verde, sea también responsable penalmente por el mal obrar de otra persona, y considerando que en la práctica forense no se dan estos casos.

Para la última opción se aprecia la introducción de una nueva conducta en el tipo penal, distinta a las anteriores y relacionadas con el reclamo permanente contra el

podrá prohibir al condenado conducir toda o determinada clase de vehículos automotores en la vía pública.

2º La prohibición no tendrá una duración menor de un mes ni mayor de un año.

3º La prohibición entrará en vigencia en el momento en que la sentencia quede firme. Durante el tiempo de la prohibición, el documento de licencia de conducir quedará administrativamente retenido. El plazo de cumplimiento de la prohibición correrá desde el día en que se haya depositado el documento.

¹² Artículo 29.- Suspensión por ineptitud, La Autoridad Municipal suspenderá la licencia de conducir, cuando ha comprobado la ineptitud psicofísica del titular con relación a lo establecido como requerimientos reglamentarios. Este puede solicitar la renovación de la licencia, para lo cual deberá aprobar los exámenes respectivos.

¹³ Código Civil Paraguayo, Artículo 1842 y siguientes.



ganado que ha ocasionado numerosos accidentes por las rutas y calles, especialmente por las zonas rurales.

5. Conclusiones

En nuestro país, al ser un Estado de Derecho, debe tenerse en cuenta el texto de la norma. En un proceso penal, muchas veces existirán sentencias que puedan parecer injustas para la sociedad, y esto es así en razón de que la sociedad busca una mano incluso más dura que la que la Justicia puede realizar. Sin embargo, el Poder Judicial no debe ser una institución enfocada en buscar la popularidad y apoyo de la ciudadanía, solo debe buscar la aplicación de la ley con la mayor transparencia y probidad posible.

Si las sentencias son consideradas injustas, estas lo son a causa de que la Ley aplicable a un caso particular posee sus desaciertos ya en su órgano creador, que es el Congreso Nacional, donde radican y trabajan los representantes electos por el pueblo. Es a ellos a quienes debe pedirse la modificación o actualización de las leyes vigentes, pero no de cualquier ley ni, de cualquier forma.

Sobre el artículo 217 en particular, resulto bastante llamativa la conferencia realizada por un agente fiscal “especializado”, durante el concurso para Fiscal General del Estado este año, al ser consultado sobre la práctica extorsiva de imputar a todo conductor que da positivo al alcohótest, por más que sea de 0,00001, el criterio a ser aplicado era el de tolerancia cero, circunstancia totalmente alejada del texto normativo y los principios constitucionales y de garantías penales. Tolerancia cero expresa un mero capricho, situación que no debe ser tolerada por la ley, que claramente expresa que solo en casos de falta gravísima - no determinada- será punible. Todo resultado medido claramente hasta 0.199 mg/L de CAAL y 0.001 a 0.399 g/L de CAS es considerado leve y desde 0.200 a 0.799 mg/L de CAAL y 0.400 a 1.599 g/L de CAS es falta grave, ni uno ni otro constituye falta gravísima, por lo tanto, no es perseguible penalmente y el criterio de tolerancia cero es ilegal.

El artículo 153 de la Ley 5016/14 modificó el art. 217 del Código Penal, pero en esta modificación se estableció una remisión a otra norma, contenida en la misma Ley de Tránsito y Seguridad Vial, sin embargo, indefinida, como se expresó seguidamente. el Artículo de exposición al peligro quedo redactado de manera que la ingesta de alcohol, será perseguible en sede penal *sólo* cuando se superen los límites de lo

previsto para la falta gravísima. A su vez, la misma Ley 5016 desarrolla los distintos niveles de faltas en leves, graves y gravísima, y específicamente en cuanto al nivel de alcohol en el cuerpo lo hizo estableciendo parámetros con unidades de medida para la falta leve y grave, y en cuanto a la falta gravísima se puede apreciar que no siguió la línea instaurada en las definiciones de las faltas leves y graves, creando una falta de concreción del hecho punible. En nuestros Tribunales existen resoluciones de las Cámaras de Apelación penal que han acogido este criterio¹⁴ ante excepciones de falta de acción planteadas por abogados defensores.

Así también, cabe señalar que en estos días del mes de octubre, afortunadamente el Poder Ejecutivo vetó el proyecto de la Ley 5799/17 que pretendía modificar la Ley de Tránsito, en numerosos aspectos e instituciones, y en lo referente a la intención de volver a modificar el Art. 217 del Código Penal resulta bastante interesante estudiar el proyecto de la nueva Ley de Tránsito vetada por el Poder Ejecutivo que establece un tipo penal nuevo, indefinido, en el sentido que no modifica el Art. 217 del Código Penal ni su modificación de la Ley 5016 -aunque si esta última fuera derogada quedaría vigente el Artículo 217 original o solo el nuevo introducido, dependiendo del criterio a ser utilizado, por lo que nuevamente nos encontramos en una zona gris. La propuesta legislativa sería establecer que la punibilidad de la ingesta de alcohol al volante sea una graduación igual o superior a 0.400 mg/l de CAAL o 0.800 g/l de CAS¹⁵, sin establecer exactamente a que artículo modifica o a que artículo se remite, desacertadamente sin considerar que esta última ley, si entrara en vigencia dejaría sin efecto la 5016 que se remitía a la falta gravísima, y que a su vez modificó el Art. 217 del Código Penal, dejando en la nebulosa a que tipo penal responde la graduación propuesta.

¹⁴ Acuerdo y Sentencia N° 78/17. Tribunal de Apelación Penal, Tercera Sala de la Capital, confirmatoria del A.I. N° 144/17.

A.I. N° 514/16 Juzgado Penal de Garantías N° 12, confirmada en Apelación por el Tribunal de Apelación Penal, Primera Sala Capital.

¹⁵ Proyecto de Ley 5799/17, sancionado por el Congreso Nacional y vetado por el Poder Ejecutivo. Artículo 132. Tipo penal. El que condujera en la vía pública un vehículo habiendo consumido sustancias enajenantes, drogas prohibidas o bebidas alcohólicas con una graduación igual o superior a 0.400 mg/l de CAAL o 0.800 g/l de CAS, quedará sometido al régimen de la acción penal del Ministerio Público, de conformidad con las disposiciones establecidas en el Código Penal y sus leyes modificatorias.



Como corolario, se puede decir que lastimosamente la labor legislativa en varios casos deja mucho que desear, y si bien no es necesario que los congresistas sean todos grandes juristas, por lo menos requieren de una asesoría integral a la hora de presentar proyectos de ley, evitando que ocurra nuevamente situaciones ya vistas anteriormente en que se proponen normativas imprecisas como la estudiada en el presente ensayo e incluso cuestiones a todas luces inconstitucionales.

6. Bibliografía

Roxin, Klaus. *Derecho Penal parte general* (Traducción de D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal) CIVITAS. España. 1997. (Trabajo original publicado en 1994).

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, 4 ed., 9ª reimp. Buenos Aires, Eudeba, 2009.

Vázquez Rossi, Jorge Eduardo; Centurión Ortiz, Rodolfo Fabián. *Código Procesal Penal comentado*. Editora Intercontinental 2005, ampliada y actualizada. Asunción Paraguay.

López Cabral, Miguel Óscar. *Código Penal Comentado*. Ed. 2016. Intercontinental.

Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), México, 2001.

Constitución Nacional de la República del Paraguay.

Ley N° 1160/97 Código Penal Paraguayo.

Ley N° 1286/98 Código Procesal Penal Paraguayo.

Ley N° 5016/14 de Tránsito y Seguridad Vial.

Ley N° 1183/85 Código Civil Paraguayo.

Proyecto de Ley N° 5799/17.



INCIDENCIA DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN EN LA PROMOCIÓN DE LAS FIESTAS POPULARES Y TRADICIONALES DE LOCALIDADES DEL INTERIOR DEL PAÍS

*Incidencia of the mass media in the promotion
of popular and traditional festivals of
localities in the interior of the country*

ANA DE LA LUZ CUELLAR ¹

RESUMEN

Esta investigación se realiza con el propósito de responder a la pregunta de investigación: ¿Cómo inciden los medios masivos de comunicación en la promoción de las fiestas populares ancestrales y tradicionales de localidades del interior del país?, para lo cual se fundamenta en los estudios de Jan Kleinpenning (2011), Dionisio González Torres (2012), Ticio Escobar (2008), Aldo Gastón Green (2002), Paoli Rivarola (1996), Branislava Susnik (2011), Ysanne Gayet (2014) y otros importantes teóricos que han investigado las fiestas populares y tradicionales en el Paraguay. Se estructuró un diseño de investigación no experimental, de nivel descriptivo, de enfoque cualitativo, a través de un trabajo de campo donde se realizó una observación de campo y consultas

¹ Doctor en Medicina y Cirugía (1975) UNA, Especialista en Dermatología (1979) Universidad Complutense de Madrid – España, Doctor en Ciencias Políticas y Sociales (2016) Universidad Americana, Master en Ciencias de la Comunicación y Cultura (2016) UNA Facultad de Filosofía, Lic. en Ciencias Sociales con mención en Sociología. (2012). UNA Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Maestría en Historia del Paraguay (2011). UNA. Facultad de Filosofía, Lic. en Ciencias Políticas (2008) UNA. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.



en forma de encuesta semiestructurada y preguntas abiertas a personas destacadas de la comunidad, al público y a los organizadores de las fiestas populares tradicionales en San Pedro y San Pablo “Kamba ra’anga”, en la compañía Itaguazú, de Altos, y de la de San Francisco Solano “guaicurúes” de la compañía de Minas, de Emboscada. Entre los resultados más importantes se resalta que la difusión de los medios masivos de comunicación de las fiestas populares y tradicionales tiene una repercusión favorable e incide en la participación, movilización e involucramiento de los pobladores en las mencionadas fiestas, conforme con el resultado de las opiniones de los organizadores y público consultados en el marco de este trabajo. El estudio aporta informaciones interesantes sobre la preservación y rescate del patrimonio cultural como son las fiestas populares y tradicionales del Paraguay, así como el reconocimiento de la importancia e incidencia de los medios masivos de comunicación en la promoción y difusión de este sector cultural.

Palabras clave: fiestas populares y tradicionales, medios masivos de comunicación, guaicurúes, Kamba ra’anga, patrimonio cultural, preservación.

ABSTRACT

This research is conducted in order to answer the research question: How do mass media influence in promoting ancestral and traditional festivals of locations within the country? for which is based on studies by Jan Kleinpenning (2011), Dionisio Gonzalez Torres (2012), Ticio Escobar (2008), Aldo Gaston Green (2002), Paoli Rivarola (1996), Branislava Susnik (2011), Ysanne Gayet (2014) and other important theorists who have investigated popular and traditional fests in Paraguay. A design of non-experimental research, descriptive level, qualitative approach, through a field where field observation and consultation was conducted in the form of semi-structured interview and open to prominent people in the community questions, the public was structured and the organizers of the traditional festivals in San Pedro and San Pablo “Kamba ra’anga” in the company Itaguazú, Altos, and San Francisco Solano “guaicurúes” of the “compañía de Minas”, in Emboscada. Among the most important results it is emphasized that the dissemination of mass media of popular and

traditional festivals have a favorable impact and affects participation, mobilization and involvement of the people in the mentioned parties, with the result of the opinions of the organizers and the public consulted as part of this work. The study provides interesting information on the preservation and rescue of cultural heritage such as popular and traditional festivals of Paraguay, as well as recognition of the importance and impact of the mass media in the promotion and dissemination of this cultural sector.

Keywords: *popular and traditional fests, mass media, guaicuríes, Kamba ra'anga, cultural heritage, preservation.*

Introducción

La investigación hace referencia a la comprensión de la incidencia de los medios masivos de comunicación en la promoción de las fiestas populares y tradicionales de localidades del interior del país.

Es trascendental que los medios de comunicación se comprometan más en la difusión, conservación y fortalecimiento de las culturas ancestrales, en especial aquellas que son regionales o autóctonos de una ciudad, para hacer más efectiva la anhelada difusión cultural, ya que hasta hoy, a pesar de los buenos propósitos de los distintas instituciones estatales y distintas organizaciones, no han podido aún difundir en forma masiva las distintas culturas regionales como un gran paso a su conservación y como elemento de desarrollo turístico.

La investigación plantea la necesidad de afianzar significativamente la protección de las distintas culturas ancestrales, populares y tradicionales que van perdiendo fuerza, hoy ante el avance de las comunicaciones y los medios se encuentra en riesgo por la contracultura foránea, pero el mismo elemento que lo pone en riesgo puede ayudar a rescatar la rica cultura del Paraguay. Es ahí donde los medios de comunicación deben ser como los promotores y difusores, se asume explícitamente que la cultura es un factor preponderante, clave y crucial para el logro de un desarrollo cultural y turístico integral donde la cultura sea la más beneficiada con los sectores de la población paraguaya.



En consecuencia, el objetivo principal es proponer que los medios de comunicación y las instituciones estatales sean responsables de difundir y proteger los legados culturales como políticas públicas que ayude a reducir el impacto de la de la contracultura y el olvido de la población.

La investigación es de un enfoque cualitativo etnográfico. En ese sentido, se incluyen el desarrollo del marco teórico, así como la situación actual de las culturas regionales en Paraguay.

Finalmente se señalan las conclusiones centrales de cómo los medios de comunicación contribuyen en la difusión de la cultura en general y en especial de las fiestas populares.

La investigación se realiza en forma bibliográfica, utilizando distintas fuentes secundarias como la Internet, libros, datos gubernamentales, además de entrevistas.

2. Revisión de la literatura. Teorías.

De acuerdo con Kleinpenning (2011), el antecedente histórico de las fiestas populares y tradicionales se remonta a la llegada de los españoles a América del Sur, y se produce la fusión de la cultura hispano étnica indígena en la región que con el tiempo sería el Paraguay.

Cuando los españoles llegaron al Paraguay hicieron contacto con los guaraníes, que significa “guerreros”, quienes ya antes de la conquista se habían desplazado desde la cuenca amazónica hacia el sur cubriendo grandes áreas boscosas, extendiéndose desde la costa atlántica por todo el sur del Brasil, el noreste de Argentina y todo el Paraguay oriental (Kleinpenning, op cit).

Explica Kleinpenning (op cit) que los guaraníes se clasificaban como amazónicos y formaban parte de la familia lingüística tupi guaraní, que estaban agrupados en parcialidades, siendo su lengua un elemento aglutinante. Los españoles se encontraron con los guaraníes carios a su llegada a la actual Asunción, pero pronto entraron en contacto con otros grupos guaraníes.

Según Kleinpenning (op cit), se llegaron a conocer nueve grupos guaraníes en el Paraguay, que a continuación se mencionan:

a) Los Itatines: ubicados entre los ríos Guaviaño (Apa) y Miranda.

b) Los Guairá o Guairáes: habitaban al este del Alto Paraná, desde los Saltos del Guairá, entre los ríos Tieté e Iguazú hacia la costa Atlántica. Este territorio, durante la colonia, llegó a ser conocida como Guairá. También se incluyen a los Ñu Guaras, que vivían en las cordilleras del Amambay y en las márgenes del Ivinheima.

c) Los guarambarenses o ypanenses: grupo muy belicoso que se habían asentado en zona del Apa y el Jejuj, y en las selvas del Mbaracayú.

d) Los tobatines: en la zona del río Manduvirá y el Jejuj.

e) Los ybytyruzúenses y los caraibá o caraibaés: asentados en el área desde la cordillera del Ybytyruzú hasta los afluentes del río Monday y a lo largo de la margen derecha del Tebicuary.

f) Los mondayenses, los acarayenses y los yguasúenses: habitaban las cuencas de los ríos Monday, Acaray y Yguazú.

g) Los Carios o Carió: grupo que habitaba al este del río Paraguay, entre el Manduvirá y el Arroyo Caañabe hasta el río Tebicuary y especialmente al sur de los ríos Salado y Piribebuy.

h) Los Paranás o Paraná: en la región de los ríos Tebicuary y el sur del río Paraná.

i) Los Tapes o Tapé: habitaban entre el río Grande y el Uruguay.

Agrega Kleinpenning, en su libro “Paraguay 1515-1870. Una geografía temática de su desarrollo. Tiempo de historia” (2011), que los guaraníes se concentraban en tres áreas importantes: al sureste, cerca del río Paraná; la región central, cerca del río Paraguay; y el Guairá, este último contenía la mayor concentración de guaraníes según Ruy Díaz de Guzmán, primer historiador del Paraguay. Allí vivían, aproximadamente, alrededor de 200.000 indígenas en la época de la conquista. Otro grupo numeroso, durante la administración del Gobernador Martínez de Irala, de unos 100.000 guaraníes carios, quienes habrían vivido en un radio de 50 leguas alrededor de Asunción.

Sostiene Kleinpenning (op cit) que los guaraníes vivían en aldeas con varias casas dispuestas en formas de cuadrados o un rectángulo, con un espacio en el medio que cumplía varias funciones, como lugar de reunión para los mayores, área de juego para los niños, lugar donde se celebraban fiestas, reuniones y diferentes actividades,



y utilizaban como sitios de ejecución a los enemigos que se habían tomado como prisioneros.

Kleinpenning (op cit) explica que aunque guaraní significaba “guerrero”, la guerra fue a menudo defensiva porque eran atacados por los guaycurúes, que por su agresividad se convirtieron en los peores enemigos de los guaraníes, quienes atacaban de vez en cuando provocando represalias que desembocaban en guerras ofensivas que consistían en robar a las mujeres como rehenes y las mismas eran esclavizadas para utilizarlas para el trabajo doméstico o en la agricultura.

La población del Paraguay Occidental precolonial, hacia 1515

Para Kleinpenning (op cit), la región occidental, conocida como Chaco, estaba habitada por tribus que formaban parte de los pámpidos. Este nombre proviene por el lugar de origen que eran las pampas meridionales de América del Sur. Al no conocer a las tribus, los españoles al inicio no hacían diferencias en los lugareños originarios por lo que para ellos el Chaco era la tierra de los Mbayás o guaycurúes. Poco después se dieron cuenta de las parcialidades diferenciadas.

Green (2002) cita lo siguiente:

Dentro los grupos que habitaban la región del Chaco se encontraban una de las principales parcialidades llamada “payaguá”, que pertenecían a la familia lingüística guaicurú, extendida en época de conquista sobre un amplio territorio enmarcado por el Paraguay y el Paraná, al este; el Salado y las estribaciones andinas, al oeste; la cuña boscosa santafecina, por el sur; y las llanuras del Mato Grosso, en el norte (Edición Asociación de Amigos del Archivo General de la provincia de la Esperanza, Santa Fe, Argentina, pp. 1-2).

Kleinpenning (op cit) explica que los guaykurúes cubrían distintos sitios a lo largo del río Paraguay. Hábiles nadadores, fabricaban canoas con troncos de madera suave de timbó y se desplazaban a gran velocidad, cubriendo grandes distancias. También se convirtieron en avezados jinetes, dedicándose a la cría de caballos.

Agrega el historiador Kleinpenning (op cit) que fueron frecuentes las incursiones de los guaykurúes en tierras de los grupos guaraníes con el fin de robarles sus productos agrícolas. Esta situación era esencial para la supervivencia, ya que el Chaco era limitado en sus recursos. No solo se apoderaban de sus alimentos sino también tomaban prisioneros a mujeres y niños con el fin de sembrar el miedo, obtener mano

de obra esclava y negociar rescate, circunstancias que llevaron a un permanente conflicto. Por tanto, fueron considerados los peores enemigos de los guaraníes y de los españoles, quienes se asentaron en Asunción y alrededores.

“Entre otras parcialidades que habitaban dicha zona, se encontraban los xarayes, los mbayas o caduveos y los guana, entre otros” (Kleinpenning, op. cit.).

La población de origen africano en el Paraguay

Argüello (1999) explica:

La Corona española autorizó, por primera vez, la introducción de esclavos negros a América, a Nicolás de Ovando, en 1501, donde el Rey acordaba los términos a dicho reclamos de mano de obra de la siguiente manera: “Para que no consienta la entrada de judíos, moros ni convertidos, favoreciendo en cambio la de negros cristianos (p. 17).

La población negra llegó al Paraguay con la finalidad de cubrir la mano esclava. Las autoridades solicitaron a la Corona el permiso para importar esclavos a la provincia. Estos ayudaban en la agricultura, la construcción y la reparación de casas e iglesias. Esta situación se justificaba ante la prohibición de actividades esclavistas y tráfico de indígenas por la Corona española, por Real Cédula del 20 de junio de 1500, y la disminución de indígenas tras la epidemia de 1605 y 1606 (Argüello, op. cit., p. 21).

La mayoría de esta mano de obra se encontraba en las órdenes religiosas y, en exigua cantidad, en familias pudientes. “A más de los dominicos y mercedarios, los jesuitas también utilizaban mano de obra esclava. Entre 1716 y 1733, los jesuitas compraron 120 esclavos a 200 y 225 pesos cada uno” (Kleinpenning, op. cit.).

Periodo colonial y de la conquista

Rivarola (1996) refiere que el periodo de colonización en la región del río de la Plata tuvo una duración aproximada de tres siglos. El reconocimiento de la región y la fundación del Fuerte de Nuestra Señora Santa María de la Asunción, en los dominios del Cario Guaraní, en el lugar de la antigua Táva Guazu Paraguay, tuvo lugar el 15 de agosto de 1537, que en la festividad cristiana se celebra a la Virgen María.



Agrega Kleinpenning (op. cit.) que la Orden Franciscana se dedicó por completo a la pacificación, conversión y civilización de los pueblos originarios, además de tener la iniciativa de fundar las primeras reducciones en el Paraguay a cargo de Luis de Bolaños y Alonso de San Buenaventura, quienes llegaron al Paraguay en 1575, junto con otros sacerdotes, en compañía del adelantado Juan Ortiz de Zárate.

“Bolaños y Buenaventura no solo fundaron pueblos y convirtieron a numerosos indígenas, sino también realizaron con profundo conocimiento del guaraní y prepararon la primera gramática y el primer glosario, entre 1582 y 1585, con ayuda de los sacerdotes criollos Juan de San Bernardo y Gabriel de la Anunciación, traduciendo al guaraní el catecismo Limense. Más tarde continuó esta obra el jesuita Ruiz de Montoya (Kleinpenning, op. cit.).

A cuarenta kilómetros de Asunción, en el pueblo de Altos (1580), se fundó la primera Reducción Franciscana, con el nombre de San Lorenzo de los Altos. En el norte había otro pueblo de indígenas llamado “Nuestra Señora de la Limpia del Tobatí”, que se cree fue fundado por Bolaños. Aparecieron luego los mercedarios en el Valle de Areguá, que dieron lugar a la creación de dicho pueblo, que tuvo esclavos, negros y mulatos, en 1597 (Kleinpenning, op. cit.).

Las comunidades indígenas del Paraguay

Según el diario de Ruy Díaz de Guzmán, a quien Kleinpenning (op. cit.) cita en su libro, la mayor concentración de guaraníes estaba en el Guairá, con unos 200.000 indígenas, en la época de la conquista española, siendo también numerosos los carios o carió, quienes estaban al este del río Paraguay. En el Chaco estaban los mbayás o guaicurúes, que mataban criollos e indios y secuestraban a mujeres y niños, conforme con la historia.

“El Gobernador Rege de Corvalán, en 1687, tomó represalias en contra de los guaikurúes, matando a unos 600 guerreros. Entre 1687 y 1698, más de 2000 guerreros guaikurúes atacaron a la escasa población que vivía en La Cordillera. De hecho, los mbayá y los monteses (guaraníes no aculturados) permanentemente impedían la ocupación para la agricultura de los valles fértiles de La Cordillera y sus alrededores” (Kleinpenning, op. cit.).

Tribus milenarias de los mbayás guaikurúes (eyiguayegis)

La historiadora Branislava Susnik (2011) estudió a las distintas etnias aborígenes del Paraguay. Gracias a su estudio histórico como etnológico se tiene una descripción de la significativa importancia del río Paraguay, dominado por las tribus canoeras ante las pretensiones expansionistas tanto de los indígenas como de los españoles. Esta disputa se mantuvo durante más de dos siglos y ocasionó problemas a la administración colonial.

Relata Susnik (op. cit.):

Los pueblos de la región Occidental, de patrón cultural esencialmente paleolítico, de subsistencia basada en la caza, pesca y recolección, eran migratorios, buscadores de cazaderos, algarrobaleros y pesqueros. En el Chaco austral, central y boreal, vivían dispersas tribus cazadoras, nómades, de origen patagónico, de fuerte perfil guerrero y alta estima de sí mismos, conocidos con el nombre general y despectivo de guaykurúes, que les aplicaron los guaraníes, y clasificados bajo el rótulo de “peligro o amenaza guaykurú” por los documentos coloniales (p. 23).

Según Susnik (op. cit.), los guaykurúes fueron descriptos por primera vez por Álvaro Núñez Cabeza de Vaca, quien en sus “Comentarios” narra:

“...son muy guerreros y valientes, y se mantienen de la caza de los venados, mantecas y miel y pescado del río y puercos que ellos matan y no comen otra cosa ellos y sus mujeres e hijos y son tan ligeros y recios, que corren tanto tras los venados y tanto les dura el aliento y sufren tanto el trabajo de correr, que los y toman a mano y otros muchos matan con las flechas y matan muchos tigres y otros animales bravos...” (Cabeza de Vaca, 1555).

En la obra “El rol de los indígenas en la formación y en la vivencia del Paraguay”, Susnik (op. cit.) relata que las tribus chaqueñas fueron pobladores milenarios de las tierras que ocupaban actualmente y algunas debían mantener cruentas luchas a fin de ocupar los sitios que consecutivamente serían sus territorios no definitivos.

“Estas luchas se convertían en verdaderas guerras entre tribus, donde se buscaban el exterminio, con la finalidad de obtener el lugar privilegiado para la caza. Pero pronto el problema fue la extinción paulatina de la fauna en el Chaco que ya no



permitía subsistir solamente con la caza y la recolección como la hacían sus ancestros. La respuesta a esta situación fue adaptarse a la búsqueda de nuevas maneras de sobrevivencia” (Susnik, op. cit.).

Según Susnik (op. cit.), una de las tribus chaqueñas fueron los mbayás guaykurúes, que se llamaban a sí mismos eyiguayegis, tribu que era muy conocida durante la colonia por su peligrosidad, señalándolos como uno de los factores de la pobreza económica de la provincia del Paraguay.

Susnik (op. cit.) explica que entre los siglos XVI y XVIII se mencionaba en Asunción que el río Paraguay constituía una frontera. Así refieren los documentos durante el periodo del Dr. Gaspar Rodríguez de Francia y, posteriormente, en el gobierno de Carlos Antonio López. Este último fundó algunos fortines en la ribera del río Paraguay como defensa contra las invasiones de los salvajes.

Aunque no se había colonizado la región del Chaco, se fundó alguna misión como el de San Venancio, actualmente Chaco'i. También está la fracasada fundación de la colonia francesa de Nueva Burdeos, hoy Villa Hayes, así también Melodía, fundada a fines del siglo XVIII. Antes de estos intentos no se conocía ninguna misión, lo que demuestra que los mbayá guaykurúes se movían a sus anchas absolutamente libres, en todo el territorio chaqueño (Susnik, op. cit.).

Dice Susnik (op. cit.) en su libro lo siguiente:

Los mbayá cruzaban periódicamente el río Paraguay, atacando y asaltando todos los teko`á de los carios, en la zona asuncena, apoderándose de todo lo que encontraban, aun de los jóvenes adolescentes guaraníes, a quienes llevaban como cautivos para pedir después rescate por los mismos. Mientras, los guaykurúes observaban los movimientos de los españoles estudiando cuidadosamente las ventajas que podrían obtener de los intrusos (p. 45).

Para Susnik (op. cit.), Irala dictaba una tras otra las ordenanzas, y que una de ellas ordenaba que nadie podía salir de Asunción cuando llegaba la noche o el crepúsculo ni tampoco acercarse a la ribera del río Paraguay, todo esto con el fin de prevenir no sólo de los asaltos de los piratas fluviales sino también de los guaykurúes.

Los carios, representados por los caciques Pedro de Mendoza (nombre adoptado), Juan Salazar Cupí Ratí, Francisco Ruiz Mairarú y Lorenzo Moquirasí, solicitaron hacer

una expedición punitiva con el fin de exterminar a los guaykurúes de la otra orilla del río Paraguay (Susnik, op. cit.).

A pesar de todo, dice Susnik (op. cit.), siguen siglos de asaltos, robos y matanzas, y que Hernandarias sabía lo que significaba el peligro guaicurú por lo que trató de adoptar una política de pacificación, permitiendo el trueque que se convirtió en un gran atractivo. Traían sus famosas mantas de caraguatá, carne, cueros de la caza de fieras, imponiendo lo que querían recibir, como hachas de metal, a fuerza de una tropilla de 10 a 15 hombres.

“Este trueque llegó a constituirse en un descontrol para los intereses de defensa del asunceno. Cuando se producían desgracias, el gobernador Rexe Corvalán tuvo que amenazarlos con el degüello y la castración que en la primera mitad del siglo XVII esta práctica era común, aunque la misma no se hacía efectiva” (Susnik, op. cit.).

A pesar de las medidas tomadas por el gobernador, los guaykurúes seguían siendo una amenaza, por lo que en 1678 se recurrió a una treta: el Teniente Gobernador Francisco Ayala de Mendoza hizo un pacto de amistad con los guaykurúes, en el cual el Teniente Gobernador debía casarse con la hija del cacique principal de los mbayas sureños. La boda no se realizó, pero los asuncenos aprovecharon para matar a cuchillo a unos 300 hombres guaykurúes (Susnik, op. cit.).

Indígenas, monoteístas

Kleinpenning (op. cit.) resalta un aspecto importante de la cultura espiritual de los guaraníes, diciendo que ellos eran monoteístas, que creían en la existencia de un ser supremo todo poderoso que llamaban Tupa y que es el creador de los cielos, la tierra, los animales, los bosques y los seres humanos. Vivían en un paraíso conocido como yvaga. La Luna y el Sol eran sus hijos.

“El mburuvicha era el líder político conocido por los españoles como caciques. Gozaba de respeto, obediencia y ciertos privilegios. El líder religioso era conocido como chamán, que en ocasiones gozaba de más poder y prestigio que los caciques. Los guaraníes tenían gran predilección por lo religioso” (Kleinpenning, op. cit.).

“En el año 1717 se construyó San José del Peñón, un fuerte de piedra o castillo, llamado San Agustín de Arecutacuá, que servía de protección de gran importancia estratégica contra portugueses y guaykurúes” ((Kleinpenning, op. cit.).



Agrega Kleinpenning (op. cit.) que muchos pueblos surgieron como nuevos asentamientos ante la reubicación que fue consecuencia de los constantes ataques de portugueses, bandeirantes, mamelucos e indígenas del Chaco, que hicieron que algunas zonas se volvieran inseguras. Algunos pueblos indígenas se ubicaron en el extremo norte de La Cordillera, como el pueblo de la misión de Nuestra Señora de la Limpia Concepción de Tobatí y el pueblo de San Lorenzo de los Altos, conforme con la historia paraguaya.

Kleinpenning (op. cit.) comenta lo siguiente:

Rafael de la Moneda (1740 - 1747) fue Gobernador de la Provincia del Paraguay. Sabiendo que las costas del río Paraguay estaban desguarnecidas y los mejores terrenos poblados del interior eran invadidos por los indígenas guaykurúes, quienes hacían estragos memorables, mandó sacar personas de las casas españolas para la contraofensiva, defensa y guardia. Así, con unas 400 personas, formó el pueblo de San Agustín de la Emboscada, en el año 1745, cuyo nombre proviene justamente de las emboscadas que realizaba la tribu de los guaykurúes a los indígenas carios (p. 58).

“El Gobernador Rafael de la Moneda otorgó tierras para garantizar y proteger a los negros de San Agustín de Arecutacuá. Organizó el pueblo y construyó un presidio, en el año 1738. Por otro lado, el objetivo de fundar asentamientos en la región del Chaco fue para que españoles e indígenas pudieran vivir en paz, a quienes el Gobernador les prometió ganado vacuno, caballos y otros animales, semillas e implementos agrícolas y un sacerdote. Los indígenas debían vigilar la margen del río y sus cauces con el fin de evitar avances de otras parcialidades belicosas” ((Kleinpenning, op. cit.).

El 18 de noviembre de 1776, refiere Kleinpenning (op. cit.), se fundó Nuestra Señora de las Mercedes y San Francisco Solano de los Remolinos, refundada en 1778 por el gobernador Melo de Portugal.

Refiere el historiador Kleinpenning (op. cit.) que en muchos pueblos de las misiones, durante la colonia, la imagen de la Virgen o Santo Patrono se hallaba sobre un pilar en medio de la plaza donde se reunían los indígenas y luego iban a la iglesia. Allí se realizaban las procesiones, comidas, canciones, bailes, interpretaciones musicales, eventos deportivos, ejercicios militares, etc. Estas costumbres venían desde la época precolonial.

Explica Kleinpenning (op. cit.) que en 1792, la ciudad de Emboscada albergaba a 840 negros y mulatos y a 221 foráneos o españoles. Un censo de 1817 registró un total de 1509 negros y 714 españoles, lo que arroja una población total de 2223 habitantes en Emboscada.

Las fiestas populares del Paraguay

La profesora Ida Ávila (2011) sostiene que los españoles introdujeron el catolicismo, y que fueron los sacerdotes jesuitas, de la orden de San Ignacio de Loyola, y los franciscanos quienes desarrollaron la evangelización y ayudaron al desarrollo de las comunidades indígenas, para una vida más digna y sin explotación.

Refiere Ávila (op. cit.) que muchas veces lo que las armas no pudieron apaciguar, amansaron las prédicas de los misioneros, quienes se internaban en remotos lugares para tomar contacto con los nativos. Así, los evangelizadores encontraron una semejanza entre Dios y el Tupá de los guaraníes, y el Tupasy con la Virgen María.

Algunas manifestaciones católicas mencionadas por Ávila (op. cit.) son los santos protectores San Blas (para las enfermedades de la garganta, ahy'o rerekua), San Roque (patrono de los perros e inválidos), Santa Lucía (patrona de los ciegos, ohecha'yva rerekua), San Ramón (patrono de las parturientas y embarazadas, hye-guasúva ha imembyramóva rerekua), San Isidro (de los agricultores), San José (de los carpinteros), San Cayetano (de los trabajadores), Santo Tomás (de los estudiantes e intelectuales), Santa Cecilia (de los músicos), San Antonio (de los enamorados), San Judas Tadeo (de los casos difíciles y desesperados), Virgen de las Mercedes (de los presos), San Francisco (patrono de los pobres), etc.

“Entre las devociones populares se encuentran el tupãnoí (pedir la bendición), la bendición de las casas (cuando se inauguran o son nuevas), las costumbres relativas a los póra (hekovaiva'ekue, iñangaipa hetava'ekue), etc” (Ávila, op. cit.).

González Torres (2012) describe que estas fiestas populares se caracterizan por un conjunto de ceremonias o actos religiosos, por un lado, y otro que se dio en llamar profano o mundano, dentro de un marco de gran solemnidad y júbilo popular. Están dirigidas, organizadas o encabezadas por las personas más reconocidas de la comunidad. Con frecuencia participan de las mismas, familiares que viven lejos, incluso de otras comunidades o de otros países.



Según la Senatur (op. cit.), la tradición indígena se integra con la fiesta pagana y con la actividad religiosa, como el caso de Itaguazú, Altos, con la fiesta de los guaykurúes y los Kamba ra-anga, por la festividad de San Pedro y San Pablo, y en Emboscada, con los guaykurú ñemondé, en homenaje a San Francisco Solano.

Sobre el origen de las plumas, las danzas y la música, la escritora y artista plástica Ysanne Gayet (2014) hace referencia al contagioso ritmo afro, resaltando la integración del indígena con el mestizo, donde los enmascarados y emplumados danzan alrededor de la iglesia.

Según el portal digital de la Senatur (op. cit.), la obra franciscana en Paraguay alcanza su máximo esplendor en la ciudad de Yguarón, ubicada en el departamento de Paraguari, teniendo como santo patrono a San Buenaventura. Allí se conserva una de las más antiguas tradiciones musicales de Paraguay: la banda Para'í Peteke Peteke, de la compañía Guayaibity, que utiliza instrumentos musicales de los originarios indígenas. La banda cuenta con más de 300 años de antigüedad.

Explica la Senatur (op. cit.) que en un barrio de San Ignacio, en el departamento de Misiones, se tiene la mayor manifestación popular, en el anochecer del Viernes Santo, cuando se celebra el Tañarandy, que significa “la tierra de los irreductibles”, porque allí los indígenas se negaron a someterse al proceso de evangelización de los jesuitas, en los siglos XVII y XVIII.

Las máscaras

Ferras (2009) explica que la máscara, la otra cara o la otra identidad o representación, ha sido usada desde la época Paleolítica por la mayoría de los grupos humanos, en todas las épocas, ocultando la identidad de quien la usa.

En el 2013, Bordón publica en el ABC Estudiantil que la máscara es uno de los elementos más fascinantes utilizados en los rituales de la humanidad.

Desde tiempos inmemorables, la máscara estuvo presente en la vida del hombre, quien pensaba que al utilizarla se convertía en el personaje que representaba. Los poderes invisibles, dioses, espíritus, demonios, se manifiestan. En las primitivas civilizaciones, el danzante presta su cuerpo y su voz al espíritu representado por su máscara (Bordón, 2013).

Refiere González (op. cit.) lo siguiente:

“Según algunos historiadores, los orígenes de las fiestas de Carnaval se remontan a las antiguas Sumeria y Egipto, hace más de 5.000 años, con celebraciones similares en la época del Imperio Romano, desde donde se difundió la costumbre por Europa, siendo traída a América por los navegantes españoles y portugueses, a partir del siglo XV” (www.carnaval.com.do).

Agrega González (op. cit.) que la celebración del carnaval es una de las fiestas más populares. Se celebra en los países que tienen tradición cristiana, precediendo a la cuaresma. Por lo general, en muchos lugares se celebra durante tres días y se los designa con el nombre de carnestolendas, y son los tres días anteriores al Miércoles de Ceniza, que es el día en que comienza la cuaresma, en el calendario cristiano.

Se supone que el término carnaval proviene del latín medieval ‘carnelevarium’, que significa ‘quitar la carne’, y que se refería a la prohibición religiosa de consumo de carne durante los cuarenta días que dura la cuaresma (González, op. cit.).

Explica González (op. cit.) que en la Edad Media fueron tan inflexibles en los ayunos, abstinencias y cuaresmas, con persecuciones a quienes no respetaban las normas religiosas, pero que después renació el Carnaval y se continuó la tradición hasta la actualidad en muchos lugares del mundo. En esa época se celebraba el Carnaval con juegos, banquetes, bailes y diversiones en general, con mucha comida y mucha bebida, con el objeto de enfrentar la abstinencia con el cuerpo bien fortalecido y preparado.

González (op. cit.) narra que los aborígenes de América tuvieron máscaras de distintos tipos: litúrgicas, funerarias, diabólicas y teatrales, que cada una de ellas tenía magia. El hombre se desdobló creando personajes imaginarios que representaron al influjo de danzas y conjuros.

Los negros utilizaban las máscaras en sus danzas ceremoniales y exorcismos. Las sociedades secretas llevaban máscaras para atemorizar a sus miembros, y fueron de grandiosa calidad artística, la mayor parte realizada con maderas duras talladas recubiertas de tela, perlas, conchas, láminas de metal, y debían ajustarse a la tradición (Florián, op. cit.).



Las máscaras en los pueblos indígenas del Paraguay

Bolcatto, H. (2003) publica, en el N° 16 de la Revista América del Centro de Estudios Hispanoamericanos, un estudio sobre la Máscara en América, resaltando que los guaraníes chaqueños (chiriguano, guarayo o guaraníes occidentales) utilizaban máscaras de maderas livianas o telas que se vinculan con la tradición andina, mediante influencias de los chané -arawak (antiguo pueblo pre andino), una costumbre originada en la época colonial.

La gran fiesta llamada Arete Guasu, celebrada por los chané - arawak, exigía el enmascaramiento ritual de los oficiantes. Así representan a los antepasados que retornan para propiciar buenas cosechas, pero también imitan a las fuerzas adversarias y espíritus de animales que cumplen el papel simbólico del enemigo (Bolcatto, op. cit.).

Explica Bolcatto (op. cit.) que las otras máscaras son empleadas hoy casi solo por los ishir chamacoco, también chaqueños. Más que máscaras son veladuras del rostro, tejidos de caraguatá que ocultan la cara. Sobre estos tejidos se insertan espesos adornos plumarios que tienen no solo una función estética, sino mítico ritual: representan las facciones borradas de los dioses que regresan anualmente para asegurar la continuidad del tiempo natural y social.

Canals Frau, S. (1986) explica que la familia lingüística Tupí Guaraní se halla diseminada a través de una discontinua extensión de territorio sudamericano. Se divide en varias ramas y numerosos grupos que, dentro de una gran uniformidad cultural y lingüística, se distinguen por pequeñas diferencias. Los conceptos de Dios y el Diablo (simbología cristiana del bien y el mal) se entremezclan en su mitología.

“Con respecto al Carnaval (Candabare), y de acuerdo con sus creencias, en esta época reina el Diablo (Aña) y comienza con la floración del árbol taperigua. Se preparan las máscaras de yuchán o palo borracho y se hace la chicha” (Canals Frau, op. cit.).

Explica Canals Frau (op. cit.) que cada comunidad tenía su propio Dueño del Carnaval (Aña Campinta), quien indica el inicio tocando un cuerno de vaca (waca ranti) y se inicia una procesión al son del “pim pim” y se lleva una cruz sobre la cual se

coloca una corona de flores. El tiempo del carnaval dura lo que la floración del taperigua. Los instrumentos musicales son la flauta (temembí), el violín, otro tipo de flauta (pinguyo), el bombo (angua guazu) y la caja (angua rai).

“Esta festividad, la más importante, tiene tres momentos: el carnaval grande, que dura diez días; el carnaval chico, que comienza tres semanas después; y la botadura o entierro del carnaval, que se realiza un día domingo. Ese día se queman todas las máscaras y se entierran algunos elementos propios de la festividad en la playa del río. Creen que si no se bañan en el río la comunidad sufrirá penurias” (Canals Frau, op. cit.).

“Cuando en el monte florece el taperigua (cassiacarnavalis) los Tupí Guaraní inician la celebración del areté como la verdadera fiesta o el verdadero tiempo, que proseguirá hasta que sus flores comiencen a marchitarse. Parece que este ritual agrario tenía lugar cuando se producía la maduración de abatí (maíz) imprescindible para la fabricación de la kanwi (chicha)” (Zamudio, T., 2005. Pueblos Chané y Chiriguano, de los Derechos de los Pueblos Indígenas).

Las mujeres se dedicaban a la preparación de grandes cantidades de kanwi y a la confección de un nuevo vestido: mandu o tipoy, y a buscar semillas de uruku para colorear de rojo sus mejillas durante el areté (Zamudio, T, op. cit.).

Explica Zamudio (op. cit.) que la celebración del areté se iniciaba mediante instrucciones y arengas del encargado o capitán, que tenía dotes de orador. Desde el monte cercano se acercaban a las casas los grupos enmascarados, acompañados por sus bandas instrumentales y presididas por un palo o cruz adornada con flores de taperigua.

En los patios de los ranchos se colocaban las tinajas con la bebida ritual. Se bebía y se bailaba en fila o en rondas, en grupos o en parejas, entremezclados hombres y mujeres, adultos y niños (Zamudio, op. cit.).

Explica Zamudio (op. cit.) que la presencia blanco - cristiana parece haber sido la determinante en el cambio de fecha (de agosto a febrero, aproximadamente) del ritual. El proceso de aculturación derivó en otras mezclas del particular mundo mítico original Tupí Guaraní con el correspondiente al mundo occidental.

Dice Zamudio (op. cit.):



Junto con los conquistadores y colonos llegaron también los misioneros, muchas veces avanzada de aquellos para facilitar la dominación, y pronto la fiesta fue transferida en el tiempo para hacerla coincidir con la oportunidad del carnaval, de origen europeo. Posiblemente intervino el forzado y ya olvidado cambio de la característica orgiástica, para la restringida visión de los occidentales, del areté, como así también el empleo de máscaras, que son de inspiración arawak y que se ha mantenido hasta el presente la tradición de fabricación y empleo de tales máscaras (www.indigenas.bioetica.org).

Sostiene Zamudio (op. cit.) que una de las características más visibles y sobresalientes del areté es el uso por parte de los participantes varones de mascarillas rituales, llamadas *aña aña*.

“Los hombres, y sobre todo los jóvenes, se internan en el bosque o monte en busca de *samóu*, nombre genérico del *yuchán* o palo borracho, con la que fabrican sus máscaras” (Zamudio, op. cit.).

Resalta Zamudio (op. cit.), las máscaras de animales suelen ser muy realistas, demostrando el realizador su sagaz observación de las características de la cabeza del animal a ser representado. Las más comunes suelen ser el loro, el tucán, perro, venado, chanco de monte, jaguar, puma, mono y más modernamente el toro, caballo y chivo. Se conservan algunas máscaras de perro (*yamba*), cuyas orejas son móviles.

Según Ticio Escobar, en su obra “Arte Indígena” (2008), los mitos que fundamentan las certezas de la comunidad y sostienen el almacén de sentido colectivo, y los rituales shamánicos, religiosos y sociales, que al escenificar el origen y el diagrama de lo social, lo vinculan con el deseo y la memoria y permiten conservarlo, reinterpretarlo e impugnarlo mejor.

Las formas del arte son reconocidas como parámetros de autoidentificación tribal y tienen como soporte primero el propio cuerpo humano: las pinturas corporales, el tatuaje y el arte plumario, por un lado; la representación actoral y la danza, por otro. Dada la jerarquía de estas figuras, ellas se encuentran provistas de una fuerte energía expresiva y seguridad formal, y actúan como las fuentes principales de donde otras manifestaciones extraen patrones y significados (Escobar, T., op. cit.).

Las festividades de la rúa

En cuanto a las fiestas de la rúa, González Torres, D (2012) resalta que ya es una costumbre perdida, y explica que la rúa (arcaísmo proveniente de Galicia, España) consiste en desfilar por las calles en ocasión de alguna fiesta, no siempre religiosa, con gente disfrazada y representando escenas dramáticas o simbólicas con máscaras (Kamba Ra-anga).

Las rúas se realizaban con motivo de la visita de algún Virrey, de la llegada de un nuevo Gobernador, durante las fiestas de San Juan, San Pedro y San Pablo, en que por la noche iba la gente con antorchas. Estas fiestas fueron realizadas en honor del nuevo Virrey Melo de Portugal, de origen hispánico, en las calles, con presencia del pueblo, de que se ocupó Juan Francisco Aguirre (González T., op. cit.).

Se ha recogido relatos de Aguirre sobre la rúa, quien la presencié en 1795, y cuyo detalle permite conocer tres festividades: una, en el barrio de Santo Domingo y dos, en Asunción. Las rúas de Asunción tenían presencia de Kamba Ra-anga, guaicurú, turcos, moros y húngaros, quienes aparecían en ese orden. Los Kamba Ra-anga venían disfrazados de negros (González T., op. cit.).

“Los guaykurúes estaban representados por carniceros, formando dos cuadrillas vestidos con ponchillo de lana y un carcax a la espalda, enjaezado el caballo pero sin estribos y con algunos cascabeles hacia los pretales que sujetaban las jergas y mantillas” (Colombino, C., 1981. p. 14)

Explica Colombino (op. cit.) que los turcos estaban representados por los zapateros; los moros y húngaros representaban a los sastres, uniformados como militares.

Mario Casartelli, en su obra *kamba mba'epu* - homenaje a los esclavos negros del Paraguay (2002), menciona que las rúas de San Juan consistían en saludarse en las plazas y calles con mazos de paja ardiente al grito de “¡Que viva señor San Juan!”.

“También irrumpían los Kamba Ra-anga o multitud de mozos con el rostro tiznado de negro, reviviendo tradiciones peninsulares de justas de moros y cristianos” (Casartelli, op. cit.).



Las festividades de los Kamba ra'anga

Explica Colombino (2013) que en estas festividades de los Kamba ra'anga aparecieron señales de una permanencia más constante del componente afro, que se dio con la incorporación masiva del brazo negro, que se remonta a los primeros tiempos de la colonia.

“Los bandeirantes venían al Paraguay con las pretensiones de tomar territorio y mano de obra esclava, raptando a los indígenas para ser vendidos como esclavos. Por ello, se constituyeron una amenaza constante” (Colombino, op. cit., p. 10)

Según la obra de Carlos Colombino (1989), los Kamba ra-anga es una creación de la época colonial, del siglo XVII, y es el personaje que se presenta disfrazado de negro, con trapos y ropas viejas, a veces con vestidos femeninos, llevando el rostro cubierto con una máscara y que forma parte de la representación de una especie teatral o fiesta, semejante a los actos sacramentales del medioevo, llamada rúa.

Duria, M. (2010) relata que el Kamba ra'anga generalmente se tiñe de negro la cara, las manos y antebrazos, con hollín y agregado de grasa o cera, usando ropa común gastada, pobre y llena de parches de colores, sombrero de Karanda'y o paño. De esta manera participa en los desfiles llamados rúas y en algunas fiestas patronales o cívicas, en corridas de toros y en el toro candil.

Estas manifestaciones populares han perdurado en el tiempo, pasando de generación en generación. Sus contenidos originales se han ido desfigurando en la mente de los que la realizan, desprovistas de la antigua fuerza que le otorgaba su raíz vital, su entronque con la historia, su poder de aventar los temores colectivos y de convertirlos con el acto mágico de la puesta en escena en una obra de arte. (Colombino, 1989)

Según Colombino (op. cit.), el Kamba ra'anga es un personaje que surge en el ámbito de las festividades religiosas, aunque pueda luego participar de ciertas celebraciones profanas, identificando la figura de negro que aparece en la fiesta de San Roque. De esta manera permite asegurar la presencia del Kamba ra'anga ya en el siglo XVII.

“No se sabe cómo se los llamaban en la lengua nativa a los negros cuando llegaron en aquel momento de la historia. El guaraní pre colonial carecía de un término para

designarlos, aunque la frase figura de negro es la traducción al castellano del vocablo guaraní Kamba ra'anga" (Colombino, op. cit.).

Colombino (op. cit.) sostiene que algunos autores recogieron diversos significados para explicar el significado del vocablo kamba. Según Oscar Ferreiro, adoptó el término kamba "porque así se llamaban a los pámpidos". Gatti dice que kamba significa "indio negro" y que posiblemente provenga de la palabra jumbá (todo negro) o de alguna palabra derivada del portugués, pero no da ningún dato al respecto. Agrega que, por otra parte, kamba quiere decir "mono" en el Brasil. Según Zarratea, "kamba" es un vocablo que existe en el léxico guaraní por vía del préstamo e incorporación relativamente recientes.

Ninguna de las parcialidades guaraníes actuales usa el término "kamba", salvo el uso que le dan en el contexto del guaraní paraguayo (Colombino, op. cit.).

Colombino (op. cit.) explica que otro indicio de los Kamba se tiene en el relato de Aguirre, quien asegura que fue que en 1719, en Arecutacuá, durante la reclusión de don José de Ávalos Mendoza, quien había sido gobernador de la Provincia, "...aunque guardado por oficiales del partido del gobernador (Diego de los Reyes Balma-ceda) mantenía comunicación (con el exterior) por medio de Tomás Cárdenas, su familia, que con pretexto de divertir entraba disfrazado de gracioso que en la Provincia llaman Kamba ra-angá".

"La presencia del Kamba ra'anga, como indican estos textos, implica la difusión y aceptación popular de este personaje: la figura del negro" (Colombino, op. cit.).

Agrega Colombino (op. cit.) que la inclusión de los Kamba ra'anga en las fiestas de la rúa antes de los guaykurúes, enemigos de los guaraní y mestizos, indica que estos personajes fueron tanto o más temibles, aunque en los relatos de Aguirre aparecen que los mismos sólo procuran divertir al público.

En la obra "Kamba ra'anga, las ultimas máscaras" (Colombino, op. cit.) se puede leer que el Kamba ra'anga constituía un elemento agresor que, a diferencia de los guaykurúes, era desconocido, extraño, pero igualmente "fuerte, fornido, de huesos duros", denominado comúnmente como Kamba, como enemigo.

Otros enemigos conocidos de los guaraníes y de la población en general fueron los bandeirantes, quienes eran una mezcla de mulatos, negros, mamelucos, portugueses



e indígenas tupi, de gran fortaleza física. Estos pudieron convertirse por el guaraní paraguayo en el personaje reconocido como Kamba ra'anga (Colombino, op. cit.).

Según Colombino (op. cit.) las fiestas de la rúa persisten en algunas localidades, como Altos, Tobatí, Emboscada y Villarrica. Las representaciones de estas fiestas, que se tienen en la actualidad, son expresiones vivas de aquellas épocas. Una de ellas es la que se realiza en la compañía Ytaguazú, de Altos, en la fiesta de San Pedro y San Pablo, del 28 al 30 de junio. En esta fiesta se puede ver aún a los Kamba ra'anga luciendo atuendos con características agresivas y máscaras de madera de timbó, con representaciones antropomórficas y zoomórficas.

En la referida fiesta popular, en honor de los santos patronos San Pedro y San Pablo, sobreviven las representaciones que se hallan imbricadas en la alianza hispano guaraní, en un rito religioso pagano que continúa a través de los siglos en la memoria viva de la comunidad de dicha localidad, con la celebración de esta fiesta ancestral religiosa (Colombino, op. cit.).

Explica Colombino (op. cit.) que los actos paganos en esta fiesta de San Pedro y San Pablo se entremezclan, y que los disfrazados con máscaras de figuras de Kamba y los guaykurúes se amontonan en un costado, donde empiezan a beber petacas de caña como brebaje para la consecución del baile y rapto de las doncellas del pueblo.

“En esta representación, las jóvenes inician la preparación de la hoguera que se encuentra en el centro del escenario, donde llevan en las manos manojos de paja seca. Ellas van descalzas, con jeans ajustados y cubren la cabeza con una pañoleta danzando de a dos, quemándose los pies con el manojo de paja encendidas en las puntas, amenazando de quemar los tobillos unas a otras, y de pronto se escucha un grito amenazador ¡Cadaque guaicurú! Aparecen en escena los guaykurúes, en una carrera, hasta que toma una muchacha, la gira, le da vueltas en el aire y luego la deja. Una vez presa del miedo, se apodera de ella en un juego de seducción (Colombino, La luz sobre el rostro, algunos elementos sobre el Kamba Ra'anga. Asunción. Libro N° 5. Año 2013. p. 11-12)

“Sin embargo, en Emboscada, los guaykurúes realizan su presencia desde la oscuridad con vestimentas confeccionadas con hojas secas de banano, cubriendo el rostro con piel y a veces plumas. Generalmente hacen su incursión como invadiendo el lugar, agrediendo al público, recreando el momento del rapto de mujeres, procurando sacarlas del fuego” (Colombino, op. cit.).

Medios masivos

Uno de los exponentes paraguayos de las relaciones socios culturales en la comunicación, Juan Díaz Bordenave, en colaboración con varios otros autores, en el libro “Otro mundo es posible” Foro Social Mundial – Porto Alegre (2001), sostiene lo siguiente:

“Si creemos que otro mundo es posible, tenemos que creer también que otra comunicación es posible”.

Según Díaz Bordenave, en su escrito sobre “La Comunicación y el nuevo mundo posible”, publicado en la revista “Razón y Palabra” (2012), sostuvo lo siguiente:

“los pueblos originarios como los guaraníes, los quechuas y los aimaras, entre muchas otras etnias, rigen sus vidas no por el lucro y la acumulación sino por el “tekopora”, la Pacha Mama, el buen vivir. Sus creencias y prácticas giran alrededor de la unidad de los hombres entre sí, con la divinidad y con la naturaleza. En el seno de nuestros pueblos ancestrales se practica la economía solidaria (el “jopoi” guaraní) y la vida de cooperación comunitaria se sobrepone al egoísmo individualista” (p. 3)

En el mismo artículo, Bordenave (2012) escribe una conversación que tuvo con el teólogo brasileño de la liberación, Leonardo Boff, resaltando que la humanidad está recuperando tres grandes realidades que había olvidado: la tierra, la mujer y lo sagrado.

“Por la tierra, Leonardo entendía la naturaleza, la ecología, el hábitat humano. Por la mujer, Leonardo se refería a los aspectos femeninos de los seres humanos, como el afecto, la compasión, el cuidado, la intuición, la entrega. Y por lo sagrado, Boff significaba la trascendencia, el misterio, lo sobrenatural, la presencia de un Ser Superior que nadie vio, ni conoce pero que muchos sentimos que existe, que nos ama y que nos ayuda a ser más humanos” (Díaz Bordenave, 2012, p. 6).

Sobre el rol de la comunicación, Díaz Bordenave (2012) destaca a los comunicadores en general e investigadores en particular, argumentando que ante los nuevos tiempos, dentro del proceso de socialización, el papel de los medios representa un estilo en constante cambio que ejerce en la sociedad.



Esta dinámica comunicacional representa una constante construcción ante un nuevo orden social dentro del proceso de globalización que vive hoy las personas y que puede ser parte de un nuevo mundo posible (Díaz Bordenave, 2012).

Resalta Díaz Bordenave (op. cit.) que la comunicación, dentro del proceso de construcción, se convierte no sólo en una mera declaración de lo que se quiere expresar sino también en una fuente de conocimiento que, según Paulo Freire, es una herramienta de conocimiento, y así sí otro mundo es posible.

“Una comunicación más democrática, participativa, en sociedades soberanas donde impere la libertad, la igualdad y la fraternidad también es posible” (Díaz Bordenave, op. cit.).

Conclusiones

La incidencia de los medios masivos de comunicación en la difusión y propagación de las fiestas populares y tradicionales “San Pedro y San Pablo”, de los “Kambara’anga”, y “San Francisco Solano”, de los “Guaikurúes”, fue un trabajo de investigación científica sobre las características, la incidencia, cobertura y difusión, su repercusión social y su aporte a la cultura.

Fue un trabajo de investigación de enfoque cualitativo etnográfico de las fiestas populares. El área de estudio de ambas fiestas fue el sitio de las festividades de “San Pedro y San Pablo y Kambara’anga”, de Itaguazú, Altos; y “San Francisco Solano y los Guaikurúes”, de Minas, Emboscada, ambas localidades del Departamento de La Cordillera, cuya población estudiada incluye a todas las personas que integraron las comisiones organizadoras, los protagonistas de los actos y los que acudieron a las mismas.

Ambas fiestas se hacen en honor de los Santos Patronos San Pedro y San Pablo y San Francisco Solano, de Altos y de Emboscada, respectivamente, con celebraciones eucarísticas sacramentales con presencia de los guaikurúes, en recordación a los indígenas, con indumentaria a base de hojas secas de banano y máscara en las fiestas de San Pedro y San Pablo. En la fiesta de San Francisco Solano, los indígenas guaikurúes visten indumentaria con plumaje y máscara. Las personas que llevaban este vestuario, en ambas fiestas, lo hicieron como una ofrenda a fin de dar las gracias por los favores recibidos del santo protector. La promesa es vestir así durante siete años

seguidos. Ellos, durante la conmemoración, son los protagonistas principales, acompañando al santo con una banda instrumental musical, con canto y danzas, durante procesiones festivas. Este acto solemne se ha transmitido de generación en generación, imponiéndose a través del tiempo.

En Itaguazú, durante la fiesta de “San Pedro y San Pablo”, existe otra representación de disfrazados de negros con máscaras y atuendo de trajes viejos y haraposos llamados Kamba ra’anga, que proviene de la época colonial.

Tanto la figura de los guaikurúes como la de los Kamba ra’anga representan a personajes que en tiempo de la colonización amenazaban raptar a las jóvenes indígenas, causando temores colectivos en las comunidades rurales.

En recuerdo a esta memoria histórica, y durante la fiesta de San Pedro y San Pablo, los Kamba ra’anga realizan un desfile nocturno de la rúa, con escenario especial para el ritual de fuego, invocando el rapto de las jóvenes mujeres por los guaykurúes, donde se escuchan gritos: “¡Cháque guaikurú!”. Esta ceremonia mantiene la riqueza y el vigor, y funden el ritual del fuego y la máscara, costumbre pagana étnica incluso desde antes de la colonización española en América. Los medios masivos de comunicación, difunden y promocionan estas las fiestas populares ancestrales, y que efectivamente los medios de prensa escrita, televisiva, radial y medios digitales logran que personas de otras comunidades y extranjeros también acudan a esas festividades atraídas por lo genuino de las mismas.

A través de la promoción y difusión en los medios, estas fiestas populares tienen una amplia repercusión social con la participación, movilización e involucramiento de los pobladores, quienes exponen y comercializan también en las ferias sus artesanías, comidas típicas, juegos tradicionales, ambientación ornamental y musical, con temas folklóricos, entre otras actividades.

Con la difusión y promoción de las fiestas tradicionales, los medios masivos de comunicación social aportan a la cultura la cobertura de las mismas y las resaltan en los espacios culturales que tienen, haciendo conocer masivamente y convirtiéndolas en un atractivo turístico tanto para las comunidades aledañas como para los extranjeros.

El estudio aportó informaciones interesantes acerca de la preservación y rescate del patrimonio cultural de las fiestas populares. La importancia que ejercen los medios masivos de comunicación, con su gran poder de información y seducción para que



puedan mantenerse vivas las fiestas tradicionales, son más que evidentes conforme con los testimonios de las personas entrevistadas e involucradas en estos acontecimientos. Con las fiestas tradicionales se valora la cultura de los antepasados, quienes son las raíces que dan fuerza a la identidad paraguaya.

Con el involucramiento y empoderamiento de la población en la realización de estas fiestas tradicionales están logrando, con esa actitud, a preservar y rescatar las auténticas manifestaciones populares de dos culturas ancestrales, manteniendo viva la huella histórica del Paraguay como patrimonio nacional, con un valor incalculable en este mundo tan globalizado.

Fuentes consultadas

Alvarenga Miranda de, E. (2012). “Como elaborar protocolos de investigación científica e informe final de tesina y tesis”. Asunción A4 Diseños.

Argüello, A.M., (1999) “El rol de los esclavos negros en el Paraguay”. Asunción. Centro Editorial Paraguay S.R.L. p. 17

Aznar H., (2005) Ética de la comunicación y nuevos retos sociales. Vol 45, Edit. Paidós, España

Castells, M. (1998). “La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura. El Poder de la Identidad”. Vol. II. México. Siglo XXI editores s.a.

Castells, M., (2006). “La era de la Información. Fin del Milenio”. Vol. III. Alianza Editorial. España.

Colombino C. (1989). “Kamba Ra’anga. Las últimas máscaras”. 2º Ed. Asunción. Editorial El Gráfico S.R.L. p. 14 - 42.

Colombino L., (2013) “La luz sobre el rostro, algunos elementos sobre el Kamba Ra’anga”. Asunción. Libro N°5. p. 10 – 12.

Centro Unificado de Sociología y Politología para la Investigación (2010). “Religiosidad, celebraciones, santería. Voces y Testimonio”. Asunción.

Duria, M.R., (2010) “Vestimenta paraguaya a través del tiempo” Asunción. FONDEC-Editorial Atlas.

Escobar T. (2008). "Arte Indígena". Asunción. Centro de Artes Visuales Museo del Barro.

Gayet Y. (2014) "Subtropical Essays". Paraguay. 1º Ed. Sambuku Editores versión inglesa. p. 226 a 229.

González Torres, D. (2012). "Folklore del Paraguay". Asunción. Editorial Servilibro. p. 361 y 362

Green, A.G. (2005). Edición Asociación de amigos del Archivo General de la provincia de la Esperanza - Santa Fe, República Argentina. p.1 - 2.

Kleinpenning, J. (2011). "Paraguay 1515.1870 Una geografía temática de su desarrollo". Paraguay. Tiempo de Historia. p. 45 - 252.

Susnik B., (2011) "El rol de los Indígenas en la formación y en la vivencia del Paraguay". Asunción. Intercontinental Editora.

Rivarola Paoli, J. (1996) "Santos y Beatos más venerados". Biblioteca de la fe. Asunción. Grupo Editorial Atlas. 2013. p. 41 – 42.

Legajo de correspondencia de jefes de Milicias Urbanas S.H.A.N.Z. Vol. 346, a lápiz. p. 226 al 229.

López A. y Guervós J. (2000). "Retórica y Comunicación Política". Ediciones Cátedra S.A. España. p. 11 - 12.

Richards, J.A. y Sáez J., (2001). "Manual Comunicación para Partidos Políticos". Edición IFES y Fundación Konrad Adenauer. Asunción.

Sartori, G. (1997). "Homo videns, la sociedad teledirigida". Editorial Penagos. México.

Canals Frau, S. (1986) Las poblaciones indígenas de la Argentina. p. 343. Ed. Hyspamerica.

Blujaki, Mons. Agustín (1980), Pueblo de Pardos Libres. Es Propiedad. Asunción – Paraguay. p. 194 y 195.



Medios digitales: Internet y redes sociales

Jara, J. (2013) Mi ciudad Yaguarón. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de [http://es.wikipedia.org/wiki/Yaguar%C3%B3n_\(Paraguay\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Yaguar%C3%B3n_(Paraguay))

Ávila, I. (2011). Evangelización de las Comunidades indígenas. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <https://mboeharaidaavila.files.wordpress.com>

Galeano, D. (2010). Fiesta Patronal de San Francisco Solano, Minas-Emboscada. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://dgaleanolivera.wordpress.com/fiesta-patronal-de-san-francisco-solano-minas-emboscada/>

Cultura. (2013) Preparan la Fiesta de los Kamba Ra'anga en honor a San Pedro y San Pablo. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.cultura.gov.py/lang/es-es/2013/06/preparan-la-fiesta-de-los-kamba-raanga-en-honor-a-san-pedro-y-san-pablo/>

ABC digital. (2013, 5 de julio). Fiesta de los Kamba Ra'anga de la ciudad de Altos fue todo un éxito. Recuperado el 20 de marzo de 2014. www.abc.com.py/.../fiesta-de-los-kamba-raanga-de-la-ciudad-de-altos-fu

SIC-PY. (2011). Fiesta del Kamba Ra'anga, 28, 29 y 30 de junio, Altos. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de www.sicpy.gov.py/generales/?4478

Bienvenido Paraguay (2013) Fiesta del Kamba Ra'angá. Altos. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de www.bienvenidoaparaguay.com/showdata.php?xmldestino=120

Ella Paraguay (2013) Fiesta del Kamba ra'anga en Altos. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de ella.paraguay.com/actualidad/fiesta-del-kamba-ra'anga-en-altos.htm

Última Hora digital (2010, 23 de junio). Altos celebra la tradición de los Kamba ra'anga. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de www.ultimahora.com/altos-celebra-la-tradicion-los-kamba-raanga-n333063.html

Última Hora digital (2011, 29 de junio). Altos se enciende con el fuego de los promeseros guaykurúes. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de www.ultimahora.com/altos-se-enciende-el-fuego-los-promeseros-guaicur

Portal Guaraní (2013) Kamba ra'anga, las últimas máscaras. Recuperado el 23 de marzo de 2014, de www.portalguarani.com/.../6381_kamba_raanga_las_ultimas_mascaras

Early America Digital Archive. (2007) Comentarios de Álvaro Núñez Cabeza de Vaca. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de http://mith.umd.edu/each/html/display.php?docs=cabeza_ms2.xml

ABC digital (2011, julio 31). Guaikuru ñemonde. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/abc-revista/guaikuru-nemonde-289759.html>

ABC digital (2011, julio 24) Los guaykurúes honraron ayer a San Francisco Solano en Minas, Emboscada. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/interior/los-guaicurues-honraron-ayer-a-san-francisco-solano-en-minas-emboscada-136199.html>

Rolandi, R. (2010). Fiesta Patronal de “San Francisco Solano” Minas-Emboscada. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de www.cultura.gov.py/wp-content/uploads/San_Francisco_Solano.doc

Cazador de instantes (2010). Serenata del alba con los Guaicurues. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.cazadordeinstantes.com/2010/08/serenata-del-alba-con-los-guaicurues.html>.

Ferrari, L. (2012, abril 19). Paraguay en Fotografías. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <https://www.facebook.com/ParaguayenFotografias/posts/336802523053106>

Marcha (2013) Plumas y bombos, la fiesta de San Francisco Solano. Recuperado el 21 de marzo de 2014, de <http://marcha.org.ar/index.php/cultura/musica/5959-plumas-y-bombos-la-fieta-de-san-francisco-solano>

Valle Tucán (2013) San Agustín de la Emboscada. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.go2py.com/es/paraguay/emboscada/>

Soitu.es (2008, julio 26) Fusión de ritos católicos, afroamericanos e indios en tributo a un santo español en Paraguay. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de http://www.soitu.es/soitu/2008/07/26/info/1217090186_333546.html.

Blog Nicol Paola Roxana (2009, junio 11) Influencia de los medios de comunicación en la sociedad. Recuperado el 22 de marzo de 2014, de <https://nicolpaolaroxana.wordpress.com/2009/06/11/influencia-de-los-medios-de-comunicacion-en-la-sociedad/>



Zamudio, T. (2005) Pueblos Chané y Chiriguano, Derecho de los Pueblos Indígenas. Recuperado el 22 de octubre de 2005, de www.indigenas.bioetica.org/base/base24.html

Las máscaras

Bordón E. (2013) La máscara. El ABC Estudiantil. ABC color. Año 13. N° 502. Artes. p. 8-9.

Ana (2013, diciembre 7) Origen de las máscaras y caretas. Recuperado el 23 de marzo de 2014, de <http://noloseytu.blogspot.com/2013/12/origen-de-las-mascaras-y-caretas.html>

González, A. (2015) Coruña Educación. Carnaval República Dominicana. Historia de las Máscaras y Caretas. Recuperado el 20 de setiembre de 2015, de <http://www.carnaval.com.do/historia/mascarasycaretas.htm>

Ateneo Multicultural (2010, diciembre 8). El origen de las máscaras en diferentes civilizaciones. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://ateneomulticultural.blogspot.com/2010/09/el-origen-de-las-mascaras-en-diferentes.html>

Ferras, L. (2009, enero 22). El Portador de la Máscara. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.monografias.com/trabajos7/masca/masca.shtml>

Casartelli, M. (2002) kamba mba'epu - homenaje a los esclavos negros del Paraguay. Portal Guaraní. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de www.portalguarani.com/368_mario_casartelli/20263_kamba_mba_epu_homenaje_a_los_esclavos_negros_del_paraguay.html

Dixon, R. (2012) ¿Cuál es el origen de las máscaras de una mascarada? Recuperado el 20 de marzo de 2014, de http://www.ehowenespanol.com/origen-mascaras-mascarada-sobre_480531/

Marta & Helia (2006) Teatro Griego Blog. Máscaras y vestimentas griegas. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://teatro-griego.blogspot.com/2006/02/mascaras-y-vestimentas-griegas.html>

García González, J. (2013, julio 3). Máscaras y vestuario en el teatro griego. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://suite101.net/article/mascaras-y-vestuario-en-el-teatro-griego-a30875#.VDQOomd5Nhg>

Vida (2011, noviembre 29). La máscara. Tipos de máscara. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://vidaokvideos.blogspot.com/2011/11/la-mascara-tipos-de-mascara.html>

Ciciolli, R. (2008, enero 14). Las máscaras, una mezcla de tradición indígena y popular. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.ultimahora.com/las-mascaras-una-mezcla-tradicion-indigena-y-popular-n89010.html>

Bolcatto, H. (2003) La máscara en América. Nº 16 de la Revista América del Centro de Estudios Hispanoamericanos. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de http://www.cehsf.ceride.gov.ar/america_16/02-bolcatto_mascara.html

Alfred Meltraux (2014, febrero 6). Cyclopaedia.net. Etnografía del Gran Chaco. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de http://es.wikipedia.org/wiki/Etnograf%C3%ADa_del_Gran_Chaco

Los medios de comunicación

Mercader, A. (2004) Revista Cultural Nº 5 Pensar Iberoamérica de la Organización de Estados Iberoamericanos - OEI. Cultura y medios masivos. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric05a00.htm>

Ferro, O. (2008, abril 18). Medios de Comunicación, Cultura, Sociedad y Pedagogía. Recuperado el 20 de marzo de 2014, de <http://gorditobe.blogspot.com/2008/04/medios-de-comunicacin-culturasociedad-y.html>

Bistolfi, L. (2005) Cultura y Comunicación. Recuperado el 03 de octubre de 2015, de <https://www.formosa.gob.ar/modulos/cultura/templates/files/revista2/pag8.html>



**RES PUBLICA ROMANA Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA,
EN EL ÁMBITO DE LA CREACIÓN LEGISLATIVA Y LOS
COMICIOS ELECTORALES**

***Res publica romana and citizen
participation, in the field of legislative
creation and electoral elections***

VIVIANA ROMERO HITCHMAN ¹

RESUMEN

El diseño republicano municipal romano, posibilitó el ejercicio de la soberanía por parte del *populus*, en sus dimensiones positiva como negativa, a través de las funciones reconocidas a los comicios. De tal modo; constituían el lugar donde se desarrollaba la actividad legislativa al igual que la elección de los magistrados; y el posterior control sobre el ejercicio de sus funciones. Evidenciando la presencia de institutos participativos como la revocación del mandato y la rendición de cuentas.

Palabras clave: *municipio romano, comicios, soberanía.*

ABSTRACT

The Roman municipal republican design, made possible the exercise of the sovereignty by the *populus*, in its positive and negative dimensions, through

¹ Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Profesora Adjunta del Departamento de Estudios Jurídicos Básicos, de la Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.



the functions recognized to the assemblies. That way; constituted the place where the legislative activity took place as well as the election of the magistrates; and the subsequent control over the exercise of their functions. It's evidence of the presence of participatory institutes such as revocation of the mandate and accountability.

Keywords: *assemblies, Roman municipality, sovereignty.*

Sumario: Introducción. 1. Principales aportes del municipio romano a los mecanismos de participación popular, en el ámbito de la creación legislativa y los comicios electorales. 1.1. Participación del *populus* en el ámbito de la creación legislativa. 1.2. *Iter* del proceso de formación de la ley. 2. Participación ciudadana al interior de los comicios electorales. 2.1. Ejercicio de la soberanía por parte del *populus* en la elección y revocación de los magistrados. 3. A modo de conclusión. 4. Referencias bibliográficas.

Introducción

La estructura adoptada por el municipio romano, facilitó la participación popular, en un aspecto positivo, durante el proceso de formación de la ley. Si bien eran los magistrados quienes contaban con la iniciativa legislativa para convocar los comicios, recaía en manos del *populus* decidir sobre el destino de la propuesta que los mismos llevaban al seno de las asambleas, que constituyeron la vía de los habitantes del municipio romano para deliberar acerca de sus asuntos, y tomar decisiones con respecto a los mismos. Además de formar parte del diseño administrativo del municipio. Es por ello que resulta atinado realizar un breve esbozo en torno a la existencia de las mismas.

Al interior del municipio romano se desarrollaron como parte del aparato administrativo los comicios, en los cuales se reunía el pueblo para decidir sobre el destino de la propuesta de ley que les era presentada por los magistrados. Aquí el pueblo realizaba una suerte de ejercicio positivo de la soberanía, puesto que tenía facultades para influir en el proceso de formación de una ley, pues si bien no contaban con la iniciativa legislativa, tenían facultades para aprobar o no la propuesta del magistrado

y darle vida a la norma, así como potestades para abrogar y derogar una ley luego de su entrada en vigor.

De igual manera es el seno de estos comicios se desarrollaba la actividad política y administrativa de Roma; por lo cual fungieron como el escenario donde el *populus* podía acudir para exigir la rendición de cuenta de los magistrados o instar la extinción del mandato otorgado.

1. Principales aportes del municipio romano a los mecanismos de participación popular, en el ámbito de la creación legislativa y los comicios electorales

1.1. Participación del *populus* en el ámbito de la creación legislativa

En la etapa republicana romana —que resulta el período en el cual se emplea la institución del municipio para lograr el mantenimiento de la República— existe la coexistencia de diferentes asambleas legislativas. Se mantuvieron los comicios curiados de la Monarquía, pero con funciones principalmente circunscritas en el ámbito del Derecho Privado, interviniendo en ciertos actos solemnes como testamentos, adopciones y *manumissio* solemnes. Los demás órganos legislativos tenían la facultad legislativa, sin distinción entre ellos, no teniendo referencia de que hubiese un criterio constitucional que delimitara las atribuciones y actividades de cada uno.

Durante esta época decaen los comicios curiados, y a ello contribuyeron los comicios centuriados, ya que se llegó al extremo de que en las asambleas del pueblo que se celebraban, se representaran las curias simbólicamente por treinta personas, una por cada curia. Estos comicios por centurias eran los de la aristocracia de fortuna, debido a la reforma de Servio Tulio, una vez que instituyó el *Censo*. Aunque en un principio no sustituyeron a los comicios curiados, sino que se desarrollaron a su lado, con el tiempo les fue transmitida la potestad de crear las leyes.

La desigualdad que existía en el seno de los comicios centuriados entre patricios y plebeyos, provocó que de la lucha entre ambas clases sociales, éstos últimos se agruparan en asambleas conocidas como *Concilium plebis* y en las que se tomaban acuerdos y resoluciones llamadas plebiscitos, pero que carecían en un inicio de toda sanción legal y de fuerza obligatoria, aún para la misma plebe. Más tarde, debido a la propia organización que fue adquiriendo el plebeyado, los plebiscitos fueron obligatorios para la plebe; llegando a serlo también para los ciudadanos, una vez que



fueran confirmados por el voto del Senado (*autorictas patrum*). Luego con la Ley Hortensia del 287 a. n. e. se elevó el plebiscito a la misma categoría que tenía la ley nacida de las centurias, sin distinción jurídica entre ellas.

Quizás sea Martí (1975, p.171.), quien con meridiana claridad señale la naturaleza de la disputa entre patricios y plebeyos cuando señala: (...) “en la gran lucha de patricios y plebeyos, el espíritu de partido rayó muy alto; y como las gentes nobles y las comunes luchaban con igual brío por algo que les importaba grandemente, las asambleas de los ciudadanos y las elecciones de los magistrados eran, por de contado, cosas del más grande interés”.

Siendo así, la asamblea de las tribus era el órgano legislativo con que contaban los plebeyos para intervenir en las decisiones legislativas que ocurrían en el seno de la sociedad romana. Estas asambleas fueron conocidas como *Concilium plebis o comitia tributa*, donde a lo largo del siglo V a.n.e se aprobaban las leyes *sacrae* que consagraban la inviolabilidad de los tribunos y que afectaban a todo ciudadano. Paulatinamente, la plebe logró ir imponiendo su estructura a toda la *civitas*. Se encontraba compuesta exclusivamente por plebeyos y poseía al igual que el resto de las asambleas de la sociedad romana, una triple competencia: electoral, legislativa y judicial.

En su origen estuvieron destinadas a las deliberaciones políticas de los plebeyos, aunque luego se apoderaron de ciertos juicios y elecciones, haciendo suyas leyes de Derecho Privado. Llegando a ser una clase social con importancia decisiva en el poder legislativo. Estas reuniones adoptaron el nombre de *Concilia*, lo cual denotaba su carácter de conciliábulos, por pertenecer a una sola fracción del pueblo. Las decisiones que resultaban de la labor desarrollada en el seno de los comicios por tribus se les llamaron plebiscitos, con la reserva de que en sus inicios estas resoluciones solo eran válidas para los plebeyos y no comprometían al Estado romano.

Los plebiscitos en un inicio carecían de toda sanción legal y por ello de carácter obligatorio. Luego éstos adquieren obligatoriedad para todos al tener el carácter de ley. En éste sentido se citan tres leyes: la ley *Valeria Horatia* del año 449 a.n.e que dispuso “*ut quod tributim plebis iussisset populum teneret*”, la ley *Pubilia Philonis* año 339 a.n.e que ordenó que “*plebiscita omnes quirites teneret*”; y en el año 287 a.n.e, la Ley Hortensia que reiteró la obligatoriedad de los plebiscitos. La primera da fuerza de ley a los plebiscitos, sometiéndolos a la *autorictas patrum* del Senado, la segunda dispuso que esa *autorictas* se diera antes de la aprobación en los concilios

y la tercera suprimió el requisito de la *autorictas*. De esta manera es como se aprecia que para otorgarles estas facultades se exigieron las mayores garantías: el pueblo, en los comicios por centurias, los confirmó, el Senado los sancionó y la religión los consagró, ya que sus leyes llegaron a constituir verdaderos objetos sagrados (*sacro-sancta*).

En el apartado 3 del Comentario I a las Institutas de Cayo encontramos una definición de plebiscito, al plantearse: "*Plebiscitum*: esto es orden de la plebe. Es lo que la plebe establecía a propuesta de un magistrado plebeyo, como un tribuno." La plebe se diferencia del pueblo como la especie del género, porque bajo el nombre del pueblo se comprenden todos los ciudadanos con inclusión de los patricios y senadores. Mas la denominación de plebe comprende solo los ciudadanos que no son patricios ni senadores.

La participación del *populus* romano en la vida pública siempre fue importante, y para ello los comicios jugaron un papel esencial. La existencia de éstos permitió que el pueblo se manifestara mediante una asamblea general, que viabilizó la presencia de mecanismos de participación popular en el seno del municipio, influyendo en el modo en que el *populus* ejercía la soberanía. Es preciso indicar que a través de los comicios al *populus* se le concedía facultades para participar en el proceso de formación de la ley, toda vez que las leyes debían nacer en el seno de los comicios, a propuesta de un magistrado.

1.2. *Iter* del proceso de formación de la ley

Normalmente, en Roma, durante el proceso de formación de la ley se requería que ésta fuese votada por los comicios *lege datae o rogatae*, a propuesta de un magistrado, que era quien tenía la iniciativa legislativa. Antes de proceder a la votación de la ley era necesario que ésta se presentara al Senado para que se discutiera.

Las leyes adoptadas se denominaban con el nombre del magistrado que las proponía o con el nombre de dos cónsules si el resultado era una ley consular. En ocasiones se le agregaba a la ley indicaciones con relación al contenido. Si el resultado de la votación consistía en una ley nueva se decía que *rogabat*. Si era una que modificaba una ley vigente *abrogat*, si le añadía algo *subrogabat* y cuando derogaba parcialmente *derogabat*.



De manera general, en el texto de una ley en Roma se distinguían tres partes:

- *La praescriptio*, que resulta una indicación de carácter formal, donde se contiene el nombre del magistrado que propone la ley como exponíamos anteriormente, además del día en que se realiza la votación, y se consigan también la primera tribu que votó.
- *La rogatio*, que constituye la parte dispositiva de la ley, que se divide por capítulos que no aparecen en un orden lógico por contener disposiciones de naturalezas diversas.
- Finalmente, *la sanctio*, que son las sanciones que se aplicarán en caso de violación de las disposiciones que en la ley se establecen. De la naturaleza de la *sanctio*, las leyes pueden dividirse en tres clases:
 - Las *leges perfectae*, donde la consecuencia de la sanción es la nulidad de los actos que se realizan contraviniendo una ley.
 - Las *minus quam perfectae* en donde los actos que se reputen ilegales no resultan anulados pero a sus autores se les castiga con una multa.
 - Las *leges imperfectae*, donde no se prevé sanción, siendo aquí la ley una simple indicación. Se apreciaba este fenómeno cuando el legislador no quería entrar en un conflicto entre la tradición y la costumbre.

Lo planteado demuestra que, en Roma para proceder al inicio del proceso de formación de la ley, la propuesta de la ley debía realizarla un magistrado superior, por lo cual se puede plantear que la iniciativa legislativa en sí misma considerada no recaía en manos del *populus* reunido en cualquiera de sus asambleas. Amén de que la decisión de aprobar o no el proyecto de ley, dependía de la votación que se realizaba en éstas.

Por otro lado, se puede observar cómo este poder de decisión que ejercía el *populus* se vio condicionado por el actuar del Senado mediante sus *autoritas patrum*, aunque luego se les fueron quitando las potestades que tenían durante la Monarquía y en los primeros momentos de la República. También hay que señalar, que el proceso que se llevaba a cabo tenía un orden que era necesario observar y que después que

un proyecto resultaba convertido en ley, existían una serie de disposiciones contenidas en la misma que preveían las sanciones aplicables a las personas que infringieran algunos de los preceptos que ésta promulgaba.

Plantearon los romanos que la virtud de la ley es esta: mandar, vedar, permitir, castigar (D. 1.3.7.). No se constituyen leyes para cada persona en particular, sino para todas en general (D. 1.3.8.). Ahí se encuentra el fundamento a la interrogante de por qué se le otorgó en Roma facultades al pueblo para incidir en el proceso de formación de ley. Si la ley nace para regir la vida de los ciudadanos de manera general, entonces deben tener ellos facultades para participar en su formación y aplicación, pues en manos de quién debe recaer esa potestad sino en la de aquellos que luego serán afectados por la eficacia de la misma.

La soberanía que ostentaba el *populus* en este sentido, es evidencia de que para los romanos no existía la posibilidad de la representación para decidir sobre los asuntos que atañen a todos los ciudadanos, como lo son las leyes que rigen la organización de una sociedad determinada. Sin dudas, el establecimiento del régimen municipal, posibilitó establecer en los municipios, es decir; a nivel local, las mismas estructuras que existían a nivel estatal en Roma. Lo cual garantizó la supervivencia de la República, pues al interior del municipio se desarrollaron una serie de instituciones de carácter administrativo, que en cierta medida representaban el sistema político existente en la ciudad de Roma. Ello evidencia el ejercicio de la soberanía por parte del *populus* romano en un sentido positivo, puesto que lo analizado denota la facultad del pueblo para influir en el proceso de formación de la ley, y luego en su existencia, después de que ha resultado promulgada.

Aunque los tribunos obtuvieron numerosas prerrogativas que les proporcionaron una posición en la vida política y civil de la sociedad romana, jamás tuvieron derecho a la toga adornada de púrpura, ni a la silla curul, ni a los lictores, distinciones estas que solo estaban destinadas a la clase patricia. Tampoco podían promulgar edictos y los auspicios que de ellos emanaban no eran considerados como públicos.

Los plebiscitos resultaron ser una decisión adoptada por la plebe a través de la proposición de un tribuno y que llegaron a convertirse en una fuente de derecho en Roma, ya que en el año 467 a. n. e. con la Ley Hortensia se elevó el plebiscito a la misma categoría que tenía la ley que surgía de los comicios donde se reunía el pueblo. Esta ley vino a cristalizar una evolución que venía gestándose desde las leyes



Valerio- Horacianas y la Ley *Publilia*, donde las primeras le otorgaron fuerza obligatoria para todo el pueblo romano, con el requisito de que fueran autorizadas previamente por el Senado, y a la ratificación posterior de las curias; y la segunda derogó la condición de que fuesen autorizados por el Senado.

Tras la *Lex Hortensia* que sentenció “*plebiscita omnes quirites tenerent*” (los plebiscitos sean observados por los quirites) los acuerdos de la plebe tenían el mismo valor que las *Leges Publicae* aprobadas en los comicios por centurias. La asimilación de los plebiscitos a la ley se encuentra justificada ya que los patricios votaban junto a los plebeyos en los concilios por tribus. Además, la decisión que salía de esas asambleas contenía en sí y demostraban la voluntad del pueblo romano en general.

No obstante lo planteado con respecto a la participación del *populus* romano durante el proceso de formación de la ley, éste también contaba con la iniciativa legislativa para poder abrogar una ley. En principio, una ley podía ser revocada todos los días. La abrogación podía resultar de que una ley no se usara o por la creación de una nueva ley. En el supuesto de que la abrogación fuera por el surgimiento de una nueva ley, esta podía ser total o parcial. Asimismo, podía ser tácita porque la nueva ley contenga disposiciones contrarias a la ley antigua o porque sus contenidos fuesen incompatibles. En Roma, la ley que abrogaba una ley anterior no tenía efectos retroactivos. Ejemplo de ello, es como en tiempos de Cicerón, se utilizaba en la práctica que las leyes nuevas tuvieran una cláusula que expresara la irretroactividad de la ley.

Muestra de ello es la abrogación de la Ley Furia Caninia. Esta ley había circunscrito a determinados límites la facultad de dar libertad por testamento a los esclavos estableciendo las cantidades de manumisiones testamentarias que podían establecerse. Lo cual denotaba que no era lícito dar libertad a mayor número del establecido, ya que la Ley Furia Caninia consideraba nulas las manumisiones hechas en su fraude. Si se manumitían mayor número de esclavos que los permitidos, solo los primeros nombrados en el testamento hasta el número permitido conseguían la libertad.

Como consecuencia de la aplicación de esta ley, el pueblo romano consideró que debía abrogarla pues la consideraban opuesta a la libertad y en cierta manera odiosa: porque era bastante inhumano que después de facultar a los vivos para dar libertad a sus esclavos, si no existía algún otro impedimento, quitar el mismo derecho a los que morían (Mommsen, 1942, p. 58).

En los últimos siglos de la República las leyes son generalmente plebiscitos, de ahí que se pueda decir que los tribunos tenían la iniciativa de la mayoría de las propuestas que surgían para el desarrollo de la sociedad romana, y las facultades que ostentaban constituyen una suerte de poder negativo, que se manifiesta a través de la *intercessio*. Plantea Maquiavelo (1952, p. 68) que a los tribunos se les dio tanto poder y autoridad, que fueron entre el Senado y el pueblo una institución capaz de contener la insolencia de los nobles. Su creación le dio al pueblo la participación que le correspondía en el gobierno, pues con su presencia se lograron instituir magistrados que velaron por la libertad romana.

El establecimiento de magistraturas como los Tribunos de la plebe y de un procedimiento para la formación de la ley, mediante el cual el pueblo reunido en comicios decidía sobre el proyecto presentado por los magistrados, evidencian que la iniciativa legislativa que poseía el *populus* romano se circunscribe al ámbito de aprobar o no el proyecto de ley presentado por un magistrado, e incluso una vez aprobado decidir con respecto a su abrogación o derogación. Particular que se vincula con la actividad desarrollada por el pueblo al interior de los comicios toda vez que el ejercicio de tales potestades ocurría en el seno de éstos, por ser el espacio público idóneo donde reunir al *populus* para la toma de decisiones.

De tal modo, el procedimiento que se seguía en Roma durante el proceso de formación de una ley se resume del siguiente modo:

- El proyecto de ley (*rogatio*) era presentado a la asamblea correspondiente (*legem ferre*), actuar que sólo podían realizar los magistrados superiores (cónsules, dictadores, pretores investidos del *ius agendi cum populo* (derecho de actuar con el pueblo)).
- El proyecto era dado a conocer por el magistrado proponente al pueblo (*promulgatio*), exponiéndolo en tablas de madera o bronce en un lugar público; asimismo debía fijarse la fecha de la votación en los comicios a los cuales se les hubiera sido presentada la ley, debiendo transcurrir no menos de veinticuatro días desde la promulgación. Este plazo que al principio fue mera costumbre se hizo después obligatorio con la *lex Cicilia Didia* de 98 a. n. e.
- En ese período solía el pueblo realizar reuniones para discutir el proyecto, donde se oían las opiniones favorables o *suasiones* y las contrarias o *disuasiones*. Aquí todo ciudadano tenía derecho a usar la palabra. Estas



reuniones recibían el nombre de *contiones*, por ser la reunión del pueblo donde se citaba para discutir acerca del proyecto de ley, no era obligatorio ni influía en la decisión pero casi siempre terminaba en revueltas)

- Cualquier magistrado de categoría igual o superior al proponente o cualquiera de los *tribuna plebis* podía paralizar la ley con su *intercessio*, la cual debía interponerse desde la *promulgatio* hasta el momento final de la votación. El proyecto no podía ser modificado por el magistrado, y para garantizar esto la Ley *licinia Iunia* 62 a. n. e. ordenó el depósito de una copia en el erario.
- Llegada la fecha señalada se reunía la asamblea (*comitium*), comprobándose por el augur que los auspicios eran favorables (*obnuntiatio*) y una vez que el presidente consideraba bastante discutido el asunto, preguntaba al pueblo *rogatio* si aprobaba el proyecto, procediéndose a la votación por curias, centurias o tribus, según los comicios que fueren. Desde la Ley *Papiria* de 131 a. n. e. el voto fue secreto. La asamblea aprobaba el proyecto o lo rechazaba en su totalidad. La votación se hacía de modo que cada ciudadano emitía un voto al principio a viva voz y después por medio de tablillas escritas. Las fórmulas de votación eran “*uti rogas*” (como pides) para los votos favorables, y “*antiquo*” para los contrarios.
- El magistrado anunciaba el resultado de la votación (*renuntiatio*) y si había sido favorable el proyecto lo leía de nuevo y convertido ya en una ley entraba en vigor inmediatamente salvo que la misma dispusiera otra cosa. Cuando la ley era importante se le publicaba por medio de tablas fijadas en lugares públicos. Además, un ejemplar se depositaba en el templo de Saturno, que constituía el archivo oficial de Roma.

De este modo se advierten en el modelo republicano romano de municipio, las facultades otorgadas al pueblo para poder intervenir en la aprobación del proyecto de ley que les era presentado, a propuesta de un magistrado. Así como las potestades que tenían para abrogarla si consideraba que ésta era lesiva a sus intereses, lo cual denota las facultades que ostentaba en el ámbito legislativo, con especial referencia al proceso creativo de la norma. Esta forma de participación encuentra relación con conceptos modernos, y demuestra que desde Roma a los ciudadanos se les ha dado facultades y prerrogativas para intervenir en la toma de decisiones públicas, en pos de afianzar el ejercicio positivo de la soberanía.

2. Participación ciudadana al interior de los comicios electorales

2.1. Ejercicio de la soberanía por parte del *populus* en la elección y revocación de los magistrados

Por otro lado, al interior de los comicios también se realizaba la elección y revocación de los magistrados republicanos. Expresión genuina del ejercicio de la soberanía por parte del *populus*. Si bien no se encuentran definiciones acabadas sobre la forma de elección de los mismos dada la tendencia romana a las abstracciones, lo cierto es que se puede observar la fuente primigenia de expresión del ejercicio de la soberanía por parte del *populus* en la elección del *interrex* durante la Monarquía. Siendo el *rex* vitalicio, a su muerte los auspicios regresaban a los *patres* en un período denominado interregno, en el que las funciones del *rex* eran desempeñadas por un senador “*interrex*” cada cinco días. El *interregnum* duraba hasta que un *interrex*, que no podía ser el primero, nominaba a un nuevo *rex* (Livio, 1998, p.70.).

De igual modo señala Capogrossi (1989, p.21) que el candidato electo se presentaba frente al pueblo reunido en un espacio sagrado (*templum*) para que el augur, en una ceremonia rica de simbolismo requiriese el consenso de los dioses al nombramiento del nuevo *rex* para la *civitas*. La presencia del pueblo reunido solemnemente constituía el comicio curiado, a quien pertenecía el dictado de la *lex curiata de imperio*, que habría sido un acto por el que el pueblo reconocía al magistrado supremo y se obligaba a su obediencia.

No obstante, durante la república la elección de los magistrados ocurría en los comicios curiados o tribados, a diferencia de los primeros tiempos en que eran designados por el *rex*; pero esta etapa se caracteriza en que el predecesor designa a su sucesor en virtud del principio de cooptación y los magistrados superiores a los inferiores. Señala De Francisci que es el cónsul quien crea al cónsul, como es el cónsul quien suscita y dirige la actividad del Senado y de los *comitia* (De Francisci, 1930, p. 127).

Señala González Quevedo (2016, p.39.) que los primeros magistrados republicanos habrían tenido origen en los *magister populi* y *equitum*. De hecho, de aquí deriva el nombre de “magistrados”. De este modo, al inicio de la república habría un *magister populi* y un *magister equitum*, que cuando marchaban al frente del ejército, dejaban al *praefectus urbis* al frente de los *seniores* que permanecían en la ciudad.



La tradición señala la existencia al inicio de la república de un *praetor maximus*, cuya función era la de insertar el clavo en el templo de Júpiter, con finalidad de determinar los años. El *nomen* “*Praetor*” designa un puesto militar. El adjetivo “*maximus*” denota la existencia de otros *praetores* (si fuesen solo dos, se le llamaría *maior*). Así, estos tres funcionarios habrían constituido la estructura suprema de la conducción republicana luego de la caída de la monarquía, modificando más tarde la denominación de los primeros por el nombre de cónsules por su capacidad para consultar al pueblo y al senado. Si bien en una primera época, los magistrados eran designados por el rex, con el advenimiento de la república, tuvo que pasarse a una segunda etapa en la que el predecesor designaba a su sucesor (principio de cooptación) y los magistrados superiores a los inferiores.

El sistema de cooptación adoptado posibilitó la concentración en manos patricias del poder político durante dos siglos, hasta que las luchas libradas por los plebeyos condujeron a la existencia de un régimen electoral donde el magistrado que preside no tiene en sí la facultad de proponer, pues el pueblo puede elegir libremente.

A este sistema Cicerón lo denominó *omnes potestates, imperia, curationes ab universo populo romano proficisci convenit*. (Navarro y Calvo, 1983, p. 139.)

La elección se concluía con la proclamación (*renuntiatio*) del candidato por parte del magistrado presidente, y el nuevo magistrado electo prestaba juramento de fidelidad a las leyes, una vez asumido el cargo. No hubo distensiones en el ejercicio de la magistratura toda vez que decaían automáticamente al finalizar el año por el cual resultó electo, sin necesidad de renuncia por parte del magistrado, lo que denota el carácter temporal de las mismas.

Es preciso señalar, que el Tribunado, constituyó una magistratura que solo fue accesible a los ciudadanos plebeyos, siendo elegidos sus titulares, primero por los comicios centuriados, con exclusión de los patricios, y más tarde por los comicios por tribus (Argüelles, 1996, p.55.). Eran elegidos por el término de un año por la plebe reunida en concilio. A lo largo del tiempo sus funciones y número fueron cambiando. En un principio los Tribunos eran dos, elegidos por las Curias. Más tarde se amplió su número a cinco y hacia el 449 a. n. e. existían diez Tribunos con funciones similares y eran elegidos por la Asamblea de la Plebe (*Concilium Plebis*). Para componer este órgano ejecutivo, los tribunos en número de dos (después se elevaría a diez) jefes de la plebe y sus representantes autorizados por el Estado, fueron provis-

tos para desempeñar eficazmente su papel a través de un poder excepcional: el *de-recho de intercesión*, que encontraba su expresión básica en la institución del *veto*, que les permitía oponerse a las decisiones de los magistrados y detener con un ademán toda la marcha de la máquina gubernamental.

Al inicio, al pueblo solo le correspondía aceptar o no la propuesta efectuada por el magistrado, tal y como ocurría con la propuesta de ley. Con posterioridad cuando los ciudadanos alcanzaron la posibilidad de postularse para las magistraturas, no les quedó otra opción a los magistrados actuantes que aceptar la voluntad del pueblo como ente soberano, puesto que en virtud del mandato otorgado lo que se concedía al magistrado era la *autorictas* como poder delegado y revocable.

Señala Mommsen (1942, p.351.), de manera general, que la convocatoria de los comicios electorales tenía que ser hecha por el cónsul, no por un pretor. Más adelante se eliminó este poder de iniciativa cuando cualquier ciudadano podía libremente postularse para la elección a una magistratura (*petere magistratum*) proponiendo su nombre (*profesio nominis*) al magistrado convocante que no podía rechazar esta propuesta. Sólo podía comprobar los requisitos de idoneidad y estaba obligado a proponerlo ante la asamblea. Esto significa que, aunque formalmente el magistrado era quien proponía los candidatos, el poder electivo se ha transferido a la asamblea que ejercitaba un auténtico derecho de elección entre los candidatos presentados.

El *populus*, en virtud de que la soberanía era indelegable, lo que entregaba al magistrado electo era un mandato, pues tal y como señala Justiniano en el Digesto (Papiniano, *Digesto, Cuestiones, libro XV.*), en referencia a cita de Papiniano, se entiende que los municipes saben lo que saben aquellos a quienes se les encomendó todo el cuidado de la república. En virtud de ese carácter indelegable e intransferible de la soberanía es que el *populus* podía reclamar informe sobre la gestión realizada por los magistrados. Asociando esta potestad a una suerte de rendición de cuentas, tal y como existe en la contemporaneidad. Así lo señala Ulpiano cuando plantea en sus Comentarios al Edicto del Pretor, libro I, — “Los magistrados de la república deben responder no solamente del dolo, sino también de la negligencia lata, y además de esto también de la diligencia”. Ello obedece a que el *populus* encomendaba un mandato al magistrado electo, en virtud de que la voluntad no se enajenaba, y por ello podía exigir en el seno de los comicios, a los magistrados, un informe sobre el desempeño de las funciones atribuidas, como vía para controlar la no extralimitación en el ejercicio de sus facultades.



Y es que, a pesar de no haber referencia doctrinal sobre la existencia de un procedimiento para exigir la rendición de cuentas de un magistrado o declarar la extinción del mandato, lo cierto es que el *populus* romano contó con este recurso a través del empleo de la *provocatio ad populum*. Particular que encuentra fundamento en el Libro cuadragésimo séptimo del Digesto Justiniano cuando refiere que la acción popular es aquella que ampara el derecho del propio pueblo.

Es así, que la revocabilidad del mandato por parte del *populus* romano, encuentra fundamento en el proceso de la *provocatio ad populum*, mediante el cual los ciudadanos frente a una decisión de gobierno injusta que los afectara podían recurrir a este procedimiento reunidos en comicios para vetar la decisión, en principio, puesto que si la falta fuese grave el *populus* podía revocar el mandato del magistrado.

Es preciso señalar, que la interpelación al *populus* en sus inicios se relaciona con la facultad tribunicia de vetar algunas decisiones de un magistrado normalmente patricio que supusiese la condena a pena de muerte de un plebeyo. No obstante, la decisión del *populus* era inapelable y podía conducir a la revocación del magistrado. En principio los magistrados competentes en materia de homicidio *quaestores parricidi* y de alta traición *duoviri perduellionis*, los magistrados *cum imperio* cónsules, dictadores y pretores y los propios tribunos de la plebe podían imponer condenas a muerte. En consecuencia, las apelaciones realizadas por el pueblo al inicio correspondían a delitos sancionados con pena capital, aunque con posterioridad se extendió dicha facultad a actos ilícitos delictivos sancionados con penas corporales graves, tales como el apaleamiento y la flagelación e incluso a penas de contenido pecuniario. Señala Torrent, que se encuentra documentada la revocación del tribuno Octavio en el 132 a.n.e. por su colega Tiberio Graco, que constituyó uno de los motivos entre otros que llevaron al asesinato de Graco por la oligarquía conservadora. Pero pocos años antes en el 136 a.n.e se le había realizado un procedimiento de revocación al procónsul Emilio Lépido. A partir del año 132 a.n.e la revocación se convirtió en un mecanismo ejercitable en cualquier momento.

3. A modo de conclusión

Roma no solo creó un imperio extenso que abarcara distintos pueblos con diferentes características, sino que logró alcanzar construcciones jurídicas que facilitaran el

desarrollo social y armonizaran la coexistencia que existía de distintas clases sociales en un mismo estado.

El Modelo de Derecho Público Romano, contempló diversos mecanismos de participación en pos de garantizar la inclusión del *populus* en la toma de decisiones. De tal forma, se configura la *potestas* como ese poder indiviso, indelegable e intransferible que recaía en manos de todos los ciudadanos de la *civitas*, y que resultaba ejercido de manera directa en los comicios o concilios de la plebe, y de donde emergían decisiones vinculantes ya sea en el proceso de formación de la ley o para elegir o revocar a los magistrados. Dichos mecanismos permitían la participación del pueblo en el proceso de formación de la ley con el objetivo de paralizar la actividad legislativa bien sea durante el proceso formativo o luego de aprobada una ley, es decir; en su ámbito de aplicación. Para ello se le dotó a distintas magistraturas de facultades como es el caso de los Tribunos de la plebe y el Senado.

Facultar a estas personas dentro de la sociedad con un poder que les posibilitara intervenir en la vida política y civil de Roma denota la intención de los ciudadanos romanos de contar con mecanismos que le permitieran decidir en un momento determinado sobre algunas cuestiones que ellos consideraran que iban en contra de los intereses de la colectividad y demuestra que en la sociedad romana existieron muestras de cómo la población en su conjunto a través de sus asambleas participaba en la toma de decisiones evidenciando la existencia de la idea de participación popular como mecanismo de control.

En sede de institutos participativos al interior del municipio romano, se debe analizar la soberanía, pero dividida en dos facetas: por un lado, un ejercicio positivo de la misma, donde se encuentra la participación del pueblo en el proceso de formación de la ley y en la aplicación de la misma, así como en la elección y revocación de los magistrados. Y en otro sentido, un aspecto negativo de la misma, en el entendido de ser una facultad del pueblo para impedir aquellas acciones de los magistrados que considerasen contrarias a los intereses y derechos del pueblo.

4. Referencias bibliográficas

Argüelles, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 8ª. Edición corregida, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996.



Capogrossi, L., *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Giuffré, Milano, 1989.

De Francisci, Pietro, *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930.

González Quevedo, Joanna, “La recepción de los principios del iusrepublicanismo romano en el diseño político-jurídico de la participación ciudadana en la República de Cuba”, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas, La Habana, 2014.

Livio, Tito, *Desde la fundación de Roma*, Libros I-II (versión de Agustín Millares Carlo), México, UNAM, 1998.

Maquítavelo, Nicolás, *Obras Políticas*. Librería “El Ateneo” Editorial, Buenos Aires, 1952.

Martí, José, *Antigüedades Romanas. La vida pública de los romanos*, Obras Completas, Tomo XXV Traducciones, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, 1975.

Mommsen, Theodor, *Compendio del Derecho público romano*, La España Moderna, Madrid, [s.a.]

Navarro y Calvo, Francisco, (Traductor), *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*, T.VI, Editorial. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983.

Referencias Jurisprudenciales

Digesta Iustiniani, Liber Primus, Universitá La Sapienza, EDIFEIO, Roma, 1999.

El comentario de Gayo al Edicto Provincial, Edición, traducción y notas de Emilio Valiño, Universidad de Valencia, 1979.



LA INFLUENCIA DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LAS ORGANIZACIONES ESTUDIANTILES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN

The influence of political parties in the student organizations of the National Asunción University

MARIO JAVIER FERNÁNDEZ MORENA ¹

RESUMEN

En el contenido de las siguientes páginas se puede observar la injerencia de los partidos políticos del Paraguay en las organizaciones estudiantiles de la Universidad Nacional de Asunción.

Ya desde el inicio de la conformación del gremio estudiantil numerosos partidos políticos han buscado nuclear a los movimientos estudiantiles, ya sea para fortalecer el apoyo al gobierno, o para contrarrestar cualquier fuerza estudiantil que represente una oposición, promoviendo la división de los centros de estudiantes, o logrando incluso debilitar la Federación de Estudiantes.

Algunos partidos tradicionales en su auge político fueron ganando adeptos de forma abrumadora, y mantuvieron como un eje transcendental, la ocupación de los espacios de representación estudiantil dentro de la Universidad

¹ Abogado por la Universidad Nacional de Asunción. Estudiante en proceso de elaboración de tesina de la Carrera de Ciencias Políticas. Estudiante de Maestría en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Asunción. Didáctica Universitaria por la Universidad Nacional de Asunción. Auxiliar de la Enseñanza en la Cátedra Administración Pública y Finanzas; La Informática y la Ciencia Política.



Nacional de Asunción y otras universidades, para así controlar el tipo de reivindicaciones y presiones que podrían surgir del sector estudiantil.

Los movimientos y partidos políticos emergentes no fueron la excepción, y como era de esperarse, a partir del inicio del siglo XIX, se fueron abocando al desarrollo de tareas y programas que aglutinen a estudiantes de las distintas carreras de Ciencias Sociales, viciando incluso muchas reivindicaciones legítimas de los estudiantes.

Palabras clave: política, universidades, liderazgo, federaciones, partidos políticos.

ABSTRACT

In the content of the following pages we will be able to observe the interference of Political Parties of Paraguay within Student Organizations of the National University of Asuncion.

Since the beginning of the conformation of the student union numerous political parties have sought to influence student movements, either to strengthen the current government or to counteract any student force that represents an opposition, promoting the division of student centers, even weakening the Student Federation.

Some traditional parties in their political heyday were winning supporters overwhelmingly, and kept as a transcendental axis, the occupation of student representation spaces within the National University of Asunción and other universities, in order to control any type of claims and pressures that could emerge from the student sector.

Some movements and emerging political parties were not the exception, and as expected, from the beginning of the nineteenth century, were devoted to the development of tasks and programs that bring together students from different careers in Social Sciences, vitiating even many legitimate claims from the students.

Keywords: Politics, Universities, Leadership, Student Federations, Political Party.

1. Definiciones de partidos políticos, organizaciones estudiantiles, liderazgo y poder

1.1 Partidos Políticos

Los Partidos Políticos han sido objeto de estudio de numerosos intelectuales, según el politólogo francés *Maurice Duverger* en 1850, “ningún país del mundo conocía partidos políticos en el sentido moderno de la palabra con excepción de los Estados Unidos, y los verdaderos partidos datan de hace apenas un siglo”².

El politólogo italiano, Giovanni Sartori los define como “cualquier grupo político que se presenta a competir en elecciones y puede colocar mediante ellas a sus candidatos en cargos públicos”³, dándole así mayor énfasis a los fines electorales. Por su parte Bidart Campos sostenía que “eran un grupo o una asociación de individuos que se organiza en torno a una ideología política común y de un proyecto político, con el fin de llegar al poder, influir en él o controlarlo”⁴. Una década atrás el politólogo alemán Carl Friedrich ya aportaba una concepción similar a la de Bidart, pero agregaba que el control del poder era buscado para que sus miembros puedan obtener algún tipo de beneficio material, definiendo al partido político como “un grupo de seres humanos que tiene una organización estable, con el objetivo de conseguir o mantener para sus líderes el control de un gobierno y en futuro dar a los miembros del partido ventajas materiales e ideales por medio de tal control”⁵.

² *Duverger, Maurice* (1957). Los partidos políticos. México: Fondo de Cultura Económica. 22° Reimpresión.

³ *Sartori, Giovanni* (1980). Partidos y sistemas de partidos. Madrid: Alianza Editorial. Tercera Edición.

⁴ *Bidart Campos, German J.* (2012). Lecciones elementales de política. Buenos Aires: Editorial Ediar. 14° reimpresión.

⁵ *Friedrich, Carl J.* (1990). Teoría y realidad de la organización constitucional democrática. México: Fondo de Cultura Económica. Tercera Edición.



1.2 Organizaciones estudiantiles

En cuanto a las organizaciones estudiantiles el politólogo chileno Manuel Garretón sostiene que, por una parte, “están las organizaciones universales del estudiantado en su forma más institucionalizada, llamados centros de estudiantes y federaciones estudiantiles y, por la otra, las agrupaciones ideológico-políticas que, por definición, se plantean influir, más no integrar al conjunto de estudiantes”⁶.

Dentro de las organizaciones estudiantiles se encuentran los centros de estudiantes, y sobre la base de este último se constituyen las federaciones de estudiantes, que se encargan de agrupar a los centros de estudiantes y tienen un papel importante en el sistema político. Garretón define a los centros de estudiantes como “un conjunto de estudiantes cuyo nexo es normalmente la ocupación de un común espacio físico, el sometimiento a similares condiciones de estudio y normatividad, la relación con una autoridad y un sistema institucional común. Son generados democráticamente o se encuentran tensionados para que así sea, generalmente a través de elecciones universales directas; se organizan internamente abarcando el conjunto de preocupaciones comunitarias en comisiones o áreas de trabajo y establecen vínculos de comunicación con sus asociados”.

La socióloga Renate Marsiske afirma que la organización estudiantil es “una organización solidaria cuya característica principal es la unión de personas con las mismas ideas, su comportamiento es colectivo, orientado con cierta estabilidad temporal a promover o resistir determinadas transformaciones en el sistema social global del que forma parte”⁷.

1.3 Liderazgo.

Las organizaciones estudiantiles son dirigidas por uno o varios líderes, que sobresalen o se destacan entre los demás, algunos de ellos son electos democráticamente y otros emergen de acuerdo a la coyuntura político-social e imponen su liderazgo.

⁶ Garretón, Manuel – Javier Martínez (1985). El movimiento estudiantil: conceptos e historia. Santiago: Ediciones Sur.

⁷ Marsiske, Renate – Lourdes, Alvarado. (2006). Movimientos estudiantiles en la historia de América Latina. México: Editorial Plaza y Valdés.

Para *Stephen Robbins* el liderazgo es “la capacidad de un individuo de influir en un grupo hacia el logro de una visión o el establecimiento de metas”⁸.

1.4 Poder

La influencia que ejerce el líder sobre el grupo le otorga indiscutiblemente un poder sobre ellos, *Vega* define el poder como “la facultad de hecho o derecho que otorga fuerza a sectores de la sociedad, que es usada con el fin de determinar comportamientos individuales y colectivos con el sentido y dirección que aquellos indiquen”⁹.

Por otro lado, *Fayt* describe el poder como “la relación de subordinación en que se colocan recíprocamente los seres humanos, influyendo en la conducta humana”¹⁰. Tanto *Vega* como *Fayt* coinciden en que el poder influye sobre la conducta humana, y según *Bunge* sucede “a menudo contra la voluntad de otras personas, logrando incluso cambiar el curso de los acontecimientos”¹¹.

2. Los primeros indicios de injerencia partidaria en las organizaciones estudiantiles

El 13 de julio de 1889 fue presentado al Congreso de la Nación el proyecto de ley de Educación Secundaria y Superior por el Senador José Segundo Decoud, donde se había obtenido la aprobación en ambas cámaras; pero por otro lado, lo había vetado el presidente de la República don Patricio Escobar Cáceres. Fue entonces que el presidente de la Cámara alta, el Senador Bernardino Caballero y el Senador José Segundo Decoud impulsaron el rechazo del veto, logrando de esta manera el 24 de

⁸ *Robbins, Stephen – Timothy, Judge.* (2009). Comportamiento organizacional. México: Pearson Educación.

⁹ *Vega, Julio Cesar de la* (2007). Diccionario consultor político. Buenos Aires: Centro Editor Contemporáneo.

¹⁰ *Fayt, Carlos S.* (1962). Derecho Político. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

¹¹ *Bunge, Mario* (1999). Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.



setiembre de 1889, la promulgación de la Ley de Educación Secundaria y Superior, y la fundación de la Universidad Nacional de Asunción¹².

Las organizaciones estudiantiles universitarias iniciaban sus actividades gremiales en Paraguay a finales del siglo XIX, con la fundación del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, “Gral. Bernardino Caballero” el 12 de julio de 1899¹³.

Al inicio de la segunda década del siglo XX, con *Oscar Creydt* como Presidente del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, surgen las primeras posibilidades de relacionar las organizaciones estudiantiles con las actividades políticas partidarias, en 1923 Creydt logra llegar a la presidencia de la Federación de Estudiantes del Paraguay, desde donde empieza a articular los lazos con los movimientos sociales, específicamente con el de los obreros, para posteriormente nuclearlos y fundar el Partido Comunista Paraguayo. Esto significaría una eventual desestabilización para el régimen liberal que de inmediato, puso la mira en las organizaciones estudiantiles universitarias, en donde los estudiantes liberales que respondían al gobierno de aquel entonces, fueron copando los centros de estudiantes, logrando la división de la Federación de Estudiantes del Paraguay¹⁴.

En 1929 se produce en el país, el primer impacto del movimiento reformista cordobés, los estudiantes universitarios logran acceder a los órganos de gobierno de la Universidad Nacional de Asunción, conformado por los Consejos Directivos, el Consejo Superior Universitario y la Asamblea Estudiantil¹⁵.

¹² *Caballero, Herib* (2008). La creación de la Universidad Nacional de Asunción. Recuperado el 19 de noviembre de 2016, de: <http://www.ultimahora.com/la-creacion-la-universidad-nacional-asuncion-n157638.html>.

¹³ *Yubero Aponte, Ángel Adriano* (2013). Presidentes y Vice Presidentes del Centro de Estudiantes de Derecho y Notariado y Representación Estudiantil ante el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

¹⁴ *Creydt, Oscar* (2002). Formación Histórica de la Nación Paraguaya. Asunción: Ediciones y Arte.

¹⁵ *Yubero Aponte, Ángel Adriano* (2013). Presidentes y Vice Presidentes del Centro de Estudiantes de Derecho y Notariado y Representación Estudiantil ante el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

3. Las organizaciones estudiantiles subordinadas a los partidos políticos

Poco antes de iniciar la segunda mitad del siglo XX, el Partido Colorado logra consolidarse en el poder tras numerosos gobiernos liberales y las constantes revoluciones que se suscitaban; ya entre los años sesenta se daba una “creciente coloradización de la sociedad, conduciendo un incremento progresivo del estudiante colorado”¹⁶; los colorados empezaron a conquistar los centros de estudiantes desde la Universidad Nacional de Asunción, la Universidad Católica hasta Federación Universitaria del Paraguay, logrando que las organizaciones estudiantiles se subordinaran al partido oficialista, escenario que favoreció para controlar el tipo de reivindicaciones y presiones que podrían surgir del sector estudiantil.

El 9 de julio de 1956 se promulgaba la Ley Nº 356 que establecía la Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Asunción donde se prohibida toda actividad político partidaria en los recintos de la Universidad¹⁷.

Y tras la represión de 1969 ante la visita de Rockefeller, no tardó en estallar la discrepancia de los estudiantes hacia el apoyo constante que ofrecía la Federación de Estudiantes del Paraguay al Gobierno y al Partido Colorado. Diferencia que provocó el retiro gradual de los Centros de Estudiantes afiliados a la organización, con lo que iniciaba un periodo de constantes manifestaciones y marchas estudiantiles durante el gobierno del General Alfredo Stroessner Matiauda.

En una de las facultades más emblemática del país, como la es la Facultad de Derecho UNA, tras el descontento generalizado, ganaban las elecciones los estudiantes colorados que no respondían al gobierno, generando en consecuencia la formación de distintos movimientos estudiantiles en las diversas facultades, dando lugar a una nueva Federación de Estudiantes Universitarios del Paraguay y a otras organizaciones estudiantiles. Entre las reivindicaciones de la Federación de Estudiantes Universitarios del Paraguay, se mencionaba la defensa de la autonomía gremial, tanto en relación al Gobierno y al Partido Colorado.

¹⁶ *Arditi, Benjamín - José Carlos Rodríguez* (1987). *La Sociedad a pesar del Estado. Movimientos Sociales y Recuperación Democrática en el Paraguay*. Asunción: Editorial El Lector.

¹⁷ *Biblioteca y Archivo Central* (1956). *Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Asunción*. Recuperado el 19 de noviembre de 2016, de:
<http://www.bacn.gov.py/pdfs/20140919102252.pdf>



El 18 de diciembre de 1987 se modifica, amplía y deroga disposiciones de la ley N° 356 de fecha 9 de Julio de 1956 y se establece nueva Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Asunción.

Para los años 90 la Federación de Estudiantes Universitarios del Paraguay (FEUP) había perdido sus principios originales, se encontraba desorientada ideológicamente y prácticamente había desaparecido, lo que dejó el camino libre al sector estudiantil colorado para recuperar casi todos los centros de estudiantes de la Universidad Nacional de Asunción.

Nuevamente a partir del año 2002 se pudieron observar movilizaciones estudiantiles, llevadas a cabo por universitarios de Filosofía y Trabajo Social que respondían a las orientaciones de Plenaria Popular Permanente y se agrupaban en torno al Congreso Democrático del Pueblo.

Desde el año 2004 se fueron intensificando en la unidad académica o facultad de Filosofía la presencia de partidos políticos como el Partido de los Trabajadores, Partido Convergencia Popular Socialista y Movimientos Revolucionario Paraguay Pyahurã, quienes venían desarrollando tareas sobre todo en Trabajo Social, Ciencias Políticas y Derecho¹⁸ (Torres; 2005).

Al término de la primera década del siglo XXI se iniciaban una serie de denuncias de injerencia de partidos políticos en las facultades de la Universidad Nacional de Asunción, por un lado, el 03 de noviembre del año 2010 un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales denunciaban al candidato a intendente de Asunción por el Partido Colorado de realizar una campaña proselitista dentro de la institución. Por otro lado, un año después, estudiantes de la Facultad de Filosofía denunciaban a militantes del Partido Movimiento al Socialismo (P-MAS) de realizar actividades partidarias dentro de la institución al distribuir panfletos de propaganda a favor de su partido, iniciando un masivo adoctrinamiento ya desde el curso de admisión, el 15 de setiembre del año 2016 estudiantes de la facultad de Ingeniería denunciaban a los partidos políticos de izquierda por realizar actividades políticas-partidarias en la Universidad Nacional de Asunción entre los que se encontraba el partido Paraguay Pyahurã. Y el último escenario con mayor denuncias de injerencia partidaria en el año 2017, fue la Escuela de Ciencias Sociales y Políticas dependiente

¹⁸ Torres Grosslling, Gustavo – Juan Carlos Yuste (2005) Movimientos sociales y expresión política. Asunción: BASE-Investigaciones Sociales.

de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, en donde a principio del año, el Centro de Estudiantes había denunciado el ingreso de dirigentes y militantes del Partido Comunista del Paraguay con banderas y remeras distintivas, cuyo objetivo era aglutinar a miembros de organizaciones civiles y movimientos políticos de izquierda para realizar una manifestación. A mediados del segundo semestre del año, un grupo de parlamentarios del Frente Guazú, con injerencia en un sector del estudiantado, convocó a las Autoridades de la Universidad Nacional de Asunción al Congreso de la Nación, tratando de influir sobre las mismas, en la crisis que se había originado por cuestiones netamente estudiantiles, provocando un conflicto entre los estudiantes, que en contra partida, recibieron posteriormente el apoyo de los estudiantes colorados de las distintas facultades.

4. Cuestiones normativas

Toda persona es libre de asociarse o agremiarse con fines lícitos, así como nadie está obligado a pertenecer a determinada asociación, así lo establece la Constitución Nacional del Paraguay del año 1992 en su Artículo 42° sobre la Libertad de Asociación; también en su Artículo 117° sobre los Derechos políticos: menciona que “Los ciudadanos, sin distinción de sexo, tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, en la forma que determinen esta Constitución y las leyes”.

En este sentido la Ley N° 356/56 que establece la Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Asunción, en su Artículo 5° señalaba claramente que “Queda prohibida toda actividad político partidaria en los recintos de la Universidad”. Posteriormente la Ley N° 1291/87 que modifica, amplía y deroga disposiciones de la ley N° 356 de fecha 9 de Julio de 1956 y establece nueva Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Asunción¹⁹, vuelve a reiterar en su Artículo 5° que “Queda prohibida toda actividad político partidaria en los recintos de la Universidad”.

¹⁹ Biblioteca y Archivo Central. (1956). Nueva Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Asunción. Recuperado el 19 de noviembre de 2016, de:
<http://www.bacn.gov.py/pdfs/20140912120158.pdf>



Por su parte la Ley N° 136/93 de Universidades en su Artículo 5° hace referencia a “La autonomía reconocida por esta Ley a las Universidades implica fundamentalmente la libertad para fijar sus objetivos y metas, sus planes y programas de estudios, de investigación y de servicios a la colectividad, crear universidades académicas o carreras, con la previa aprobación del Consejo de Universidades, elegir sus autoridades democráticamente y nombrar a sus profesores, administrar sus fondos y relacionarse con otras Instituciones similares”. Del mismo modo la Ley N° 1.264/98 General de Educación, en su Artículo 8° establece que “Las universidades serán autónomas. Las mismas y los institutos superiores establecerán sus propios estatutos y formas de gobierno, y elaborarán sus planes y programas, de acuerdo con la política educativa y para contribuir con los planes de desarrollo nacional”. Y el Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción del año 2014, en su Artículo 145° señala que “Queda prohibida toda actividad político-partidaria en la Universidad Nacional de Asunción”.

5. Conclusiones

Si bien es cierto que, las organizaciones estudiantiles han tenido un significativo protagonismo en la política, y que muchos de sus dirigentes han logrado catapultarse rápidamente al escenario político partidario, los fines y objetivos de estas organizaciones se ven afectados y sesgados al vincularse con los intereses de los partidos políticos.

La relación de las organizaciones estudiantiles con los partidos políticos es innegable, algunos movimientos estudiantiles incluso son financiados por partidos políticos y en contra partida los dirigentes estudiantiles fungen como operadores políticos dentro de la Universidad Nacional de Asunción.

Las organizaciones estudiantiles de la Universidad Nacional de Asunción están compuestas por un conjunto de estudiantes que aglutinan o conforman los distintos movimientos estudiantiles, centros de estudiantes o federación de estudiantes y pertenecen a las organizaciones intermedias. Numerosos movimientos estudiantiles comparten algún vínculo en común con los partidos políticos, ya sea este un programa político o su ideología.

Tanto los partidos políticos tradicionales, como los partidos y movimientos políticos emergentes, poseen gran interés en las organizaciones estudiantiles, por la capacidad electoral que esta última dirige, pero en muchas ocasiones no hacen más que controlar el tipo de reivindicaciones y presiones que podrían surgir del sector estudiantil.

6. Bibliografía de referencia

Arditti, Benjamín - José Carlos Rodríguez (1987). *La Sociedad a pesar del Estado. Movimientos Sociales y Recuperación Democrática en el Paraguay*. Asunción: Editorial El Lector.

Biblioteca y Archivo Central (1956). *Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Asunción*. Recuperado el 19 de noviembre de 2016, de:

<http://www.bacn.gov.py/pdfs/20140919102252.pdf>

Biblioteca y Archivo Central (1956). *Nueva carta orgánica de la Universidad Nacional de Asunción*. Recuperado el 19 de noviembre de 2016, de:

<http://www.bacn.gov.py/pdfs/20140912120158.pdf>

Bidart Campos, Germán J. (2012). *Lecciones elementales de política*. Buenos Aires: Editorial Ediar. 14° Reimpresión.

Bunge, Mario (1999). *Las ciencias sociales en discusión: una perspectiva filosófica*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

Caballero, Herib (2008). *La creación de la Universidad Nacional de Asunción*. Recuperado el 19 de noviembre de 2016, de: <http://www.ultimahora.com/la-creacion-la-universidad-nacional-asuncion-n157638.html>.

Creydt, Oscar (2002). *Formación Histórica de la Nación Paraguaya*. Asunción: Ediciones y Arte.

Duverger, Maurice (1957). *Los partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica. 22° Reimpresión.

Fayt, Carlos S. (1962). *Derecho Político*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Friedrich, Carl J. (1990). *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*. México: Fondo de Cultura Económica. Tercera Edición.



Garretón, Manuel – Javier Martínez (1985). *El movimiento estudiantil: conceptos e historia*. Santiago: Ediciones Sur.

Marsiske, Renate – Lourdes, Alvarado (2006). *Movimientos estudiantiles en la historia de América Latina*. México: Editorial Plaza y Valdés.

PALAU, Marielle Y Aristides ORTIZ (2005) *Movimientos Sociales y expresión política*. Asunción: BASE-Investigaciones Sociales.

Robbins, Stephen – Timothy, Judge (2009). *Comportamiento organizacional*. México: Pearson Educación.

Sartori, Giovanni (1980). *Partidos y sistemas de partidos*. Madrid: Alianza Editorial. Tercera Edición.

VEGA, Julio Cesar de la (2007). *Diccionario consultor político*. Buenos Aires: Centro Editor Contemporáneo.

Yubero Aponte, Ángel Adriano (2013). *Presidentes y Vice Presidentes del Centro de Estudiantes de Derecho y Notariado y Representación Estudiantil ante el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.* Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.



Discursos y Conferencias

MOVILIDAD, DERECHO Y VALORES¹

OSCAR BUENAVENTURA LLANES TORRES²

El presente trabajo obedece a unos de los más graves y delicados temas con que se enfrentan gobiernos y sociedades. El criterio apropiado sería el tratamiento individual de cada fenómeno señalado.

1. Movilidad

“El quinto Sol de México”, de Carlos Fuentes cita en su obra que estamos en la quinta fase de la civilización que estamos en el periodo de los desplazamientos, de las movilidades, de las mudanzas y cambios de geografías y la búsqueda de encontrar el apreciado “dorado” personal, la época de las emigraciones e inmigraciones por todo el planeta, los Estados, gobernantes establecen normativas para el control de los que ingresan en sus territorios creando leyes de extranjerías, que permitan filtrar el ingreso de indeseables como los que padecen de enfermedades transmisibles, alguna incapacidad transitoria o permanente, originarios de geografías consideradas de riesgo, que poseen, inclusive, las de simple animadversión.

El emigrante en su ingrata posición, social, personal, familiar, colectivo tienen el estigma de la ausencia de reconocimiento de sus necesidades e ideas por el simple hecho de buscar un mejor horizonte para sus logros, la conquista de un bienestar y el acceso a una mejor vida, no es un delincuente como generalmente catalogado y con un racimo de normas jurídicas que impiden su desplazamiento, es doloroso

¹ Disertación hecha en el Primer Encuentro Iberoamericano de Academia de Ciencias, Morales y Políticas y de Ciencias Económicas, realizado en Madrid, España del 16 al 18 de octubre de 2017.

² Académico de Número Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Paraguay.



conocer de cerca el drama de un emigrante, su caudal de ingratas historias, las penurias físicas y mentales, el ser víctima de sujetos inescrupulosos que lucran con la infelicidad expuesta.

El tiempo no permite el relato de historias individuales, viene a la mente retazos de la obra de Octavio Paz, “El Laberinto de la Soledad” donde con magistral descripción relata el padecimiento de los “pachucos” su drama en destino y en origen.

El pachuco somos todos nosotros, algunos con mejor suerte que otros, consiguen conquistar espacios propios de los lugares de adopción creando sistemas y regímenes que se le reconocen y se estudian con interés académico.

El emigrante deja huellas y marcas al salir de su espacio, naturalmente margina mental y físicamente su propia historia, su propia creencia desplaza sabores y aromas, hasta este momento específico en la vida de emigrante se vuelve traumático para algunas sociedades que emigran, estamos en la casa de quien en algún siglo tuvieron la necesidad de emigrar llevando consigo esperanza y dejando sueños, llegaron a tierras hostiles o mansas, idiomas, costumbres adversas a sus principios, cabe afirmar que una de las sociedades más difíciles para la emigración es la del Paraguay, ¿por qué?, por la simple razón de poseer un idioma que se adhiere al alma y la debe portar como algo intrínseco a su ser, esta situación naturalmente hace del paraguayo en el exterior un sujeto melancólico, nostálgico su espíritu repleto de un pasado histórico que no desaparece, que no se extingue, que no se diluye, esa historia permanece viva y actual por siempre hace parte de su existencia misma, el placer sin control que despierta encontrar en otras geografías un igual, que se tornan en pocos minutos hermanos de siglos.

El emigrante, en su doble estatus, el regular que es conforme a la ley y el irregular que huye del sistema legal tornándose un indocumentado, simple ilegal que para sus autoridades nacionales, diplomáticas y consulares origina conflictos funcionales con el gobierno local que las dos partes entienden de la violación de la norma y la aplicación sin titubeo, marginando dolencias personales y humanas de alto significado.

2. Derecho

Las Normas de Extranjerías poseen un raro parecido todos los Estados elaboran leyes que protejan y amparen a los emigrantes y al local, existen Estados que promueven las inversiones y por otro lado no flexibilizan el trato con los mismos creando un sistema de corrupción incontrolable, nacen figuras de servicios no contemplados en el organismo jurídico estatal como ser el gestor, con sus vicios y probables virtudes.

Todas las Normas presentan los requerimientos básicos que se sobreponen y quebrantan la racionalidad en las peticiones, como hechos tan comunes como las reiteradas presentaciones de actas de nacimientos en todas las instancias administrativas de recorrer para lograr el objetivo deseado creando en el futuro emigrante frustraciones anticipadas.

Es lamentable que en determinadas geografías en la propia carta magna disponga que cualquier extranjero será expulsado sin juicio previo, así como en otras no se le otorgara el ingreso al que sea portador de un mal congénito “síndrome de Down”, aunque sea hijo del nacional de la misma.

El Estado ejerce sus competencias en una determinada jurisdicción y sobre las personas que en él se encuentran (nacionales, extranjeros) respecto a los extranjeros, el Estado se ve limitado por el derecho internacional de manera general o de manera convencional, por la necesidad inherente de que se reconozcan beneficios recíprocos.

Los extranjeros están sometidos al derecho interno del territorio en que se encuentra como toda ley territorial es de carácter de seguridad pública, orden publico interno y externo.

Toda ley interna establece las normas pertinentes sobre el régimen de extranjeros, como los pasaportes, permisos de autorizaciones especiales de trabajo, en nuestro tiempo los derechos individuales de los extranjeros están basadas en su condición humana en igualdad de condición con el nacional, cabe lamentar las discriminaciones existentes en relación a grupos humanos de origen considerados de riesgo, la propia ley española del año dos mil (2000), 11 de enero establece los derechos y deberes, libertades y compromisos de los extranjeros en España en la búsqueda de la integración social.



En la subregión de nuestro continente, la zona del Mercosur aún se encuentra distante de la existencia de una ley Mercosuriana en materia de los desplazamientos humanos en la subregión, es creencia que llevara su tiempo para la implantación plena de los nacionales trilingües de la subregión guaraní, portugués y español.

La situación actual en cuanto a la admisión de los extranjeros es tratada discrecionalmente por los Estados receptores generalizando un régimen similar entre sí, los casos de contravención son sanados igualmente como cualquier otra falta administrativa.

Existen singularidades en todos los Estados Miembros de la región que se ha tornado uniforme como la demostración de medios de subsistencia, la autorización de residencia temporal en cuyo tiempo de expiración el extranjero deberá abandonar el territorio, generalmente, el tiempo de permanencia es de noventa días.

Es pensamiento doctrinario contemporáneo la eliminación de las exigencias de visas para facilitar el intercambio y la fluidez de las relaciones bi y multilaterales.

La rigidez de las visas está caracterizada para los que pretenden establecerse en el Estado con ánimo de trabajar en él previa autorización, las leyes de inmigración en este caso son sumamente perversas por la rigidez en el trato y los métodos de corrupción.

Actualmente existen normas que prohíben a los Estados la DISCRIMINACIÓN, a efectos de ingreso y salida porque sería contraria al interés de la convivencia entre los mismos. Todo esto serán siempre utilizados en circunstancias especiales como la no existencia de relaciones diplomáticas y consulares, o la imposibilidad de otorgar seguridad a las personas. El ingreso en territorio extranjero sin cumplir los requisitos y por lugares no establecidos serán considerados irregulares y la sanción primaria de la deportación, por otro lado, la expulsión es aplicada por delitos considerados graves y tendrá que ser siempre por Resolución Judicial.

Mediante tratados bilaterales u otro instrumento Jurídico internacional, se pueden establecer regímenes preferenciales que se aplican a la entrada y permanencia de determinados extranjeros, así como un estatuto propio en el ordenamiento Jurídico Interno del Estado receptor, es lo que sucede en la unión europea con la libre circulación, libre elección de residencia en un acelerado proyecto de unificar los estatutos individuales y colectivos entre los estados miembros de la unión europea, con

los deseos que el Mercosur haga realidad la integración plena en el marco jurídico subregional.

Todo extranjero que no tenga cuentas pendientes con el ordenamiento jurídico de otro Estado en que reside tiene derecho a entrada y salida del territorio porque toda salida es voluntaria. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU tiene cualquier persona la libertad de abandonar su lugar de residencia y establecerse en otro Estado, las salidas forzadas que no son voluntarias por tanto, el campo de actuación de Estado es enorme, inclusive, su capacidad de expulsar está limitada por ejemplo motivos humanitarios cuando realmente corre peligro en otro lugar o a donde se destine, aquí tenemos los principios de humanidad libertad física, integridad, etc., no se puede ejercer la devolución donde exista graves conflictos militares, políticos, civiles y enfrentamientos religiosos.

El Derecho Internacional Universal y el Derecho Interno Individual poseen estándar mínimo que los Estados están obligados a conceder tratamientos dignos a los extranjeros, se tiene una larga lista registrada al respecto, así como la inexistencia de la total asimilación de nacionales y extranjeros, hay determinados derechos que se excluyen a los extranjeros también su lista no es nada discreta.

En el marco del presente estudio es ideal a lograr la igualdad plena de nacionales y extranjeros ante un sistema Jurídico de amparo y protección equivalente, fomentando siempre el pacifismo y evitando la neutralidad, casi siempre, de dudosa naturaleza.

3. Valores

En este tiempo de disvalores tan comunes y naturales con esencia y geografía propia, es pensamiento de quien suscribe emprender una cruzada universal de buenos principios, un gigantesco cimientto para levantar la construcción del nuevo hombre del siglo XXI.

La visión panorámica de una ética funcional con una larga lista de críticas que empobrecen la formación de un sujeto de derecho pleno, vigente, actuante, dinámico, intenso libre y democrático, para una sociedad cambiante y cuyos valores sean igualmente equiparados a las exigencias del tiempo en que se vive. Vivimos por lo tanto en la época DEL CONOCIMIENTO que deberá ser compartido y no como dice un sacerdote español un “irritante monologo” (Padre Lucas).



Concluyo esta colaboración con un pensamiento del padre de la juventud de América José Ingenieros (1877-1925) que reclamaba “una sociedad sin dogmas, un tiempo sin simulaciones en la lucha por la vida buscar el sonido y el eco de la paz y el equilibrio en el mundo”.

Este servidor concluye con un deseo plantear la reforma del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia artículo 34 del capítulo II, numeral uno que dice: “solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte “en virtud de este artículo se niega la legitimación activa a la persona humana como sujeto de derecho ante la Corte.



LINEAMIENTOS GENERALES DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA¹

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI²

Agradezco a la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias sociales el alto honor de haber sido designada académica correspondiente, como así también la organización de este solemne acto, en este inmueble pleno de historia, en el que me he comprometido a disertar sobre los “Lineamientos Generales del nuevo código civil y comercial de la República Argentina”, vigente desde el 1/8/2015.

En estos casi dos años de vigencia, críticas positivas y negativas se han escuchado. Antes de explicar los lineamientos generales, responderé brevemente a algunas críticas generales, porque siempre he creído que del diálogo pueden surgir ideas superadoras.

Quizás, la primera crítica fue metodológica, por ese hábito que tenemos la gente de Derecho a la conservación de nuestras costumbres; se nos acusaba de que este código no contiene notas, como lo hizo Vélez Sarsfield en el siglo XIX. Evidentemente,

¹ Discurso presentado en oportunidad de la incorporación como académica correspondiente de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales

² Destacada jurista argentina. Es doctora en Derecho, profesora titular en la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, y profesora contratada en las Universidades de París, Génova y Boloña. Tiene doctorados honoris causa en universidades de Francia, Perú, Colombia, México y Argentina. Fue miembro de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza, Argentina, desde 1983 hasta el 2010. Nombrada miembro de la Comisión de Notables para la elaboración del nuevo Código Civil de la República Argentina, aprobado en 2014. Tiene publicado 27 libros y lleva pronunciadas más de mil conferencias en distintos países. En junio del 2017 fue designada como “académica correspondiente” de la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, en mérito de su profunda formación científica, grandes cualidades humanas y su invaluable aporte en la formación profesional de los hombres de derecho en la Rca. Del Paraguay.



la observación va encadenada a la especial predilección por un método de interpretación de la ley. El CCyC no menciona a la “intención del legislador” (que estaría expresada en esas notas) sino a “las finalidades de la ley” (art. 2). Adhiere, pues, a la interpretación activista, “no originalista”, aceptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en nuestro país, por la Corte de la Nación desde hace muchos años, como mínimo, desde 1958, a partir del caso Kot. La adhesión está plenamente justificada. Como señalaba en Colombia el maestro Valencia Zea al explicar su proyecto de código de derecho privado, “cada generación reclama su propia individualidad, criterios o ideas originales que, en vez de restar seguridad y precisión a las normas, permiten su evolución y progreso”. “El argumento de autoridad, o sentido genuino de la ley, tiene apenas un valor relativo. No podemos aspirar a que nuestra forma de pensar sea la misma de nuestros sucesores, así como tampoco nuestros antepasados pudieron vincularnos con sus maneras de concebir y resolver los problemas jurídicos”³.

Algunos críticos del CCyC calificaron de “alarmante”, especialmente en el derecho de familia, la situación creada por la omisión de un listado sobre cómo aplicar el nuevo código a las relaciones jurídicas existentes al momento de su entrada en vigencia. El debate en torno a si el legislador, además de una regla general de derecho temporal, debe proporcionar una serie de reglas individuales es interminable. Cada posición presenta argumentos fuertes y débiles. No desconozco que ese listado se hizo en Italia cuando se sancionó el código civil italiano de 1942, incluyendo un apéndice de 256 párrafos, que previeron distintas situaciones que podían producirse en cada uno de sus libros⁴. Sin embargo, la solución no fue satisfactoria. Recuérdese, simplemente, que algunas de esas disposiciones transitorias fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional italiana, una de ellas, por ej., por sentencia del 16/2/1963⁵.

La Comisión redactora del CCyC prefirió seguir la tradición argentina, o sea, omitir ese listado, por las siguientes razones: (a) El art. 7 del CCyC es idéntico (excepto en

³ VALENCIA ZEA, Arturo, *Proyecto de Código de Derecho privado*, Bogotá, 1980, págs. 16 y 15, respectivamente.

⁴ El articulado se encuentra en MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santis Melendo, Bs. As., ed. Ejea, 1954, t. I, págs. 455/480.

⁵ Dato extraído de JEMOLO, Arturo C., *Gli occhiali del giurista. Leggi con effetto retroattivo*, en Riv. di Diritto Civile, anno XXII, 1976, parte seconda, pág. 445.

la frase final) al art. 3 del CC, conforme redacción impuesta por la ley 17711. La falta de bibliografía existente en 1968 ya no es un problema; es aplicable la doctrina y la jurisprudencia anterior gestada entre 1968 y 2015⁶; (b) La experiencia extranjera muestra que esos listados no son una solución definitiva. Se muestran especialmente inútiles frente al fenómeno imparable de la descodificación⁷.

Estos dos años de vigencia del código muestran el acierto de la solución; en general, puede afirmarse que los jueces no han tenido mayores problemas de aplicación de la ley en el tiempo, habiendo uniformado rápidamente criterios en temas como el del divorcio, aplicando el nuevo régimen, que elimina de cuajo el divorcio contencioso, a todos los casos en los que no existía sentencia firme

La crítica relativa a la falta de discusión previa a la sanción del CCyC tampoco es exacta. Durante todo el iter constitutivo, la comunidad jurídica argentina tuvo conocimiento de lo que se estaba proyectando: antes de la entrega del anteproyecto, a través de innumerables conferencias, cursos, jornadas etc. realizados a lo largo y a lo ancho del país, y de la distribución a los integrantes de las diferentes subcomisiones de los textos enviados por sus pares; después de la entrega al Poder Ejecutivo Nacional, por su difusión pública; desde que se envió a la Comisión Bicameral, a través de las audiencias públicas. Fue así como se dedicaron al estudio del articulado números completos de revistas jurídicas de gran difusión, libros y múltiples artículos. En su mayoría, esos aportes eran críticos, pues la intención era, con más o menos enjundia, con mejor o peor buena fe, con mayor o menor carga ideológica, mejorar los textos proyectados⁸.

⁶ Editorial Rubinzal tiene en prensa un libro de mi autoría titulado *“La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas en curso de ejecución”*, en el que analizo el tema con amplitud.

⁷ LIVI, Alessandra, *Alcune considerazioni sul principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, en AV, Studi in onore di Nicolò Lipari, Milano, ed. Giuffrè, 2008, t. I, pág. 1380/1381.

⁸ A vía de ejemplo, puede compulsarse Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2012-1 y 2012-2, Bs. As., ed. Rubinzal, 2013; Rev. de Derecho de Daños, 2012-3, Bs. As., ed. Rubinzal, 2012 y 2014-1, 2, y 3, Bs. As., ed. Rubinzal, 2014; Rev. del Colegio de Abogados de la Plata, ed. especial, Noviembre 2012; Rev. de Derecho comercial, del consumidor y de la empresa, año III, n° 5, Octubre de 2012; Cuaderno Jurídico Familia, n° 28, Bs. As., ed. El Derecho, Mayo 2012; RIVERA, Julio C (director) *Comentarios al Proyecto de código civil y comercial de la*



Dicho esto, pasaré a señalar cuáles son, mi opinión, los principales lineamientos que sirven para interpretar el nuevo ordenamiento.

1. Primera clave: el CCyC no elimina el fenómeno de la descodificación, pero da pautas para la interpretación sistemática

La primera clave se vincula al contenido que cabe esperar de un código civil y comercial.

Casi como si fuese una fórmula, tradicionalmente se repite que “la codificación es, por un lado, una obra, en todo o en parte *exhaustiva*, que garantiza una cierta seguridad del orden jurídico, en particular porque confiere a las personas, dentro de un país, una mejor *accesibilidad al derecho*. Por otro lado, desde el punto de vista del legislador, es un acto de autoridad en busca de estabilidad y permanencia”.

Esta formulación debe mirarse con cuidado.

La exhaustividad fue puesta en duda por el propio Portalis en su famoso Discurso Preliminar: “Por completo que pueda parecer un código, no bien queda concluido, mil cuestiones en él no previstas asaltan al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, al contrario, no reposan jamás; viven en constante actividad y ese movimiento que nunca se detiene, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, a cada instante produce alguna combinación nueva, algún hecho nuevo, algún resultado nuevo. Multitud de cosas, por consiguiente, han de quedar libradas al imperio de los usos, a la discusión de los hombres instruidos al arbitrio de los jueces”⁹.

Además, la “completividad” hoy está contradicha por el indiscutido fenómeno de la descodificación.

Nación, 2012, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 2012; sin contar centenares de artículos aislados publicados por diversos medios; VÍTOLO, Daniel, *Las reformas al régimen de defensa del consumidor en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, Bs As, ed. Ad-Hoc, 2012; LÓPEZ MESA, Marcelo (director) *Estudios sobre el proyecto de nuevo código civil y comercial*, Resistencia, ed. Contexto, 2012; A.V. *Las reformas al derecho comercial en el Proyecto del Código civil y comercial de la Nación*, Bs. As. ed. Legis, 2012.

⁹ PORTALIS, Jean-Etienne Marie, *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*, trad. De Manuel de Rivacoba y Rivacoba, 1978, Valparaíso, ed. Edeval, 1978, pág.36.

Pues bien, el CCyC no borra (ni podría hacerlo) el fenómeno de la decodificación. Por el contrario, como se señala en los fundamentos, se mantienen los estatutos contenidos en las leyes especiales. Por eso, la tarea cumplida podría denominarse de *recodificación*¹⁰.

De cualquier modo, ciertas materias que antes formaban parte de esos estatutos especiales han sido incorporadas al código, algunas en su totalidad, otras parcialmente.

¿Cuáles han sido los criterios para tomar una u otra decisión?

Podrían enumerarse las siguientes pautas generales: (i) la especificidad de determinadas materias (por ej., el código aeronáutico, el de la navegación), (ii) la “movilidad” o “dinámica constante” de ciertas materias (por ej., las vinculadas al desarrollo tecnológico, que necesitan estar contenidas en normas fáciles de modificar), (iii) la proximidad con otras materias incorporadas al código civil; (iv) la asimilación de la materia por el derecho común por la práctica judicial.

A veces, esos criterios implicaron traer al CCyC toda la materia. Así, por ej., como se regulan las asociaciones (arts. 168/192), se incorporó el régimen de las fundaciones (arts. 193/224); la disposiciones sobre comunidades (arts. 1983/2036) atrajeron a la propiedad horizontal (arts. 2037/2069), la prehorizontalidad (arts. 2070/2072) los conjuntos inmobiliarios (incluidos el tiempo compartido y los cementerios privados, arts. 2073/2113) y la superficie (arts. 2114/402); se trajo el fideicomiso de la ley 24441 (art. 1666/1670) para regularlo conjuntamente con el derecho real que crea (dominio fiduciario, art. 1964), etc.

Otras veces, se decidió traer sólo el llamado “núcleo duro”, describir el piso mínimo de protección relativo a las materias esenciales, sin perjuicio de la mayor que la ley especial pueda contener.

¹⁰ Para el tema de la recodificación ver RIVERA, Julio C., *La recodificación del derecho privado argentino*, en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2 pág. 11; del mismo autor, *Significación del nuevo código civil y comercial*, JA boletín del 22/10/2014, pág. 4, corresponde al tomo 2014-IV; ALEGRIA, Héctor, *El derecho privado hoy y la innovación jurídica*, LL 2013-C-1020.



Así, por ej., convencidos de que un código del siglo XXI no puede silenciar al consumidor, un sujeto de la cotidianidad, se reguló aquello que la doctrina más prestigiosa entiende que integra ese núcleo duro, o sea, las normas que tienen por finalidad (i) mejorar las reglas sobre el consentimiento y (ii) eliminar o disminuir los desequilibrios. Por eso, se incorporaron disposiciones sobre prácticas abusivas (arts. 1096/1099); modalidades especiales de contratación (arts. 1104/1116) y cláusulas abusivas (art. 1117/1122); además, se extendió la protección a otros ámbitos específicos dentro del propio código, como por ej., los contratos bancarios (arts. 1384/1389); el cementerio privado (2111); el tiempo compartido (art. 2100); privilegiando las normas, incluso, en el derecho transitorio, pues es de aplicación inmediata, aun tratándose de normas supletorias (art. 7). Además, se construyó un puente entre el derecho de los consumidores y el del ambiente en el art. 1094 al disponer que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de acceso al consumo *sustentable*.

Con el mismo criterio, porque no se pueden ignorar los títulos valores desmaterializados y existían normas para títulos en particular, pero no una enumeración de principios generales que los comprendan a todos, se construyó una teoría general de los títulos valores (arts. 1815/1881)¹¹.

Cualquiera sea la opción (separar, incluir, total o parcialmente), se ha establecido un diálogo de fuentes para que la regla sea siempre la que protege mejor a la persona humana, sea la ley general o especial, anterior o posterior. O sea, la interpretación se hace *dialógicamente*¹². Ciertamente, el diálogo no siempre es fácil, porque existe un verdadero “desbordamiento” de fuentes que hace necesaria una nueva tipología y clasificación¹³, sobre todo por la entrada en el código civil de materias tales como la bioética y el ambiente, ramas en sí mismas interdisciplinarias. Por eso, el código proporciona pautas para una prioridad entre esas fuentes, tal como surge de los arts. 150 (leyes aplicables a las personas jurídicas privadas); 963 (prelación normativa en

¹¹ ALEGRIA, Héctor, Los títulos valores en el proyecto de código civil y comercial de 2012, en Rev. D. Privado y Comunitario, 2012-3-282.

¹² SOZZO, Gonzalo, Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor. Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable, Rev. D. Privado y Comunitario, 2012-3-150.

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid, ed. La Ley, 2011.

materia contractual); 1709 (prelación normativa en el ámbito de la responsabilidad civil).

2. Segunda clave: la constitucionalización del derecho privado. Una nueva manera de razonar en los casos que requieren ponderación y no solo subsunción

La adhesión del CCyC a la tendencia denominada “constitucionalización” del derecho privado es manifiesta desde el artículo 1 en adelante. Bien se ha dicho que tal constitucionalización “trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad”¹⁴.

Esta aseveración está implícita en las palabras de Alberdi, en su célebre polémica con Vélez Sarsfield¹⁵: El Código Civil de un país “es la parte de la legislación que tiene por objeto desarrollar los derechos naturales de sus habitantes considerados como miembros de la familia y de la sociedad civil. Esos derechos son esenciales del hombre, sin distinción de condición”.

El CCyC no declama la constitucionalización; la hace efectiva en muchas de sus disposiciones que recogen principios del ordenamiento fundamental del Estado.

Así, por ej.

a) El principio de igualdad real (incorporado expresamente en la reforma constitucional de 1994) aparece en diversas figuras que tienen a la base el reconocimiento de un sujeto considerado vulnerable, tales como: las compensaciones económicas dispuestas para los casos de divorcio, nulidad de matrimonio y disolución de la

¹⁴ DE DOMINGO, Tomás, El problema de la drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del Derecho, en Rev. Derechos y Libertades, Madrid, año VII, Enero-Dic. 2002, pág. 251. Conf. BILBAO UBILLOS, Juan M., La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, Madrid, ed. Centro de estudios políticos, 1997, pág. 273.

¹⁵ Comenzó Alberdi, J.B., *Proyecto de código civil para la República Argentina*, en Obras Selectas, Bs. As., ed. La Facultad, 1920, t. IX, Escritos jurídicos, vol. 2, pág. 173/254. Vélez contestó con *El folleto del Dr. Alberdi*, en El Nacional, Junio 1968, págs. 255/279 y en Juicios críticos sobre el proyecto de código civil, Bs As, ed. imprenta José Tragant, págs. 231/256. Alberdi replicó con *Efectos del sistema federal en la unidad tradicional de la legislación civil de las repúblicas de Sud América*, Obras Selectas, Bs As, ed. La Facultad, 1920, t. IX, Escritos jurídicos, vol. 2, pág. 280/330.



unión convivencial (arts. 428, 429, 441, 442, 524 y 545); el especial derecho de acceso a la justicia de las personas con vulnerabilidad (art. 706); la regulación de las cláusulas abusivas para los contratos con cláusulas generales predispuestas, sea o no un consumidor (arts. 988 y 999), etc.

b) La protección constitucional de la vivienda (art. 14 bis de la CN) se muestra con claridad en el régimen de afectación de la vivienda (arts. 244/256) que amplía sensiblemente el ámbito de la ley anterior, al amparar a la persona humana, tenga o no familia.

c) La apertura a la autonomía, que es sinónimo de libertad, se abre a todas las personas, modificándose las nociones tradicionales de *menor de edad*, *capacidad*, *incapacidad*, *representación*, por entender que ya no son adecuadas para describir todo el régimen de los actos que involucran al niño¹⁶ y a la persona con limitaciones causadas por carencias de salud mental¹⁷. De allí la mención de la expresión “edad y grado de madurez suficiente” en numerosas disposiciones que traen al código las nociones básicas contenidas en la Convención internacional de los derechos del niño (Arts. 24, 26, 66, 404, 425, 595, 596, 598, 608, 613, 617, 626, 627, 639, 679, 690, 707), y la excepcionalidad del régimen de la incapacidad para las personas privadas de salud (art. 32 última parte).

Estos ejemplos muestran que, en muchos casos, la misión de los operadores del derecho, abogados y jueces especialmente, no se limita a subsumir los hechos en las normas; hay que ponderar, pesar, conciliar valores, derechos, garantías superiores, que pueden entrar en conflicto.

No hay que preocuparse; es lo que ya sucede. Quizás un caso paradigmático en el derecho puramente patrimonial es el enfrentamiento bien marcado en un plenario de la Cámara Nacional de Comercio entre la abstracción cambiaria y el derecho de

¹⁶ FERRANDO, Gilda, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Cedam, Padova, 1999, pág. 59; conf. LISELLA, Gaspare, *Interdizione “giudiziale” e tutela della persona. Gli effetti dell’incapacità legale*, ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, n° 16 y ss.

¹⁷ Compulsar, entre muchos KRAUT, Alfredo y DIANA, Nicolás, Un breve panorama de la legislación, la jurisprudencia y el proyecto de código civil y comercial, Una imprescindible relectura del status jurídico de las personas con discapacidad mental, en Rev. de Derecho Privado y comunitario, 2012-2-141.

acceso a la justicia del consumidor: “La abstracción cambiaría, lo mismo que cualquier otra disposición especial que deriva del derecho común, no puede prevalecer sobre las leyes generales de carácter constitucional dictadas por el Congreso de la Nación, en cumplimiento o ejercicio de la Constitución misma. Los derechos del consumidor son una especie del género derechos humanos o, más particularmente, un *derecho civil constitucionalizado*”¹⁸. Por eso, pesados ambos, el tribunal prioriza el derecho de acceso a la justicia y, consecuentemente, autoriza al juez, aún de oficio, a declarar su incompetencia territorial en una ejecución deducida contra una persona humana, cuyo domicilio es muy distante al del lugar donde una empresa (un banco, una aseguradora, etc.) han interpuesto la demanda.

Simplemente, hay que acordarse de Cicerón: “Cuando reúno los argumentos para una causa, para una defensa, no los cuento, los peso”. La cuestión no es nueva: la balanza es uno de los símbolos más antiguos y constantes de la Justicia. Bien se ha dicho que para algo tan importante como es juzgar, un instrumento que sirve para pesar puede constituirse en símbolo único¹⁹.

El CCyC confía e impone al juez tomar decisiones armonizadas con los principios y reglas constitucionales²⁰ y le exige una depurada teoría de la argumentación (art. 3), “capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso, sentido que tiene la ponderación rectamente entendida”²¹. La más distinguida doctrina italiana considera que este artículo recoge la mejor tradición romana. En efecto, se afirma que el razonamiento judicial siempre tiene algo de intuición y, consecuentemente de incerteza; por eso, para fijar límites a esa intuición, el art. 3 requiere una decisión razonablemente fundada, no en su propia moral, sino en los principios y reglas de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos.

¹⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Autoconvocatoria a plenario s/ competencia del fuero comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se involucren involucrados derechos de consumidores, 29/6/2011, elDial.com - AA6CB4; ED 244-59; JA 2011-III-285; Doc. Jud. Año XXVIII, n° 1, 4/1/2012 pág. 7, voto del Dr. Heredia.

¹⁹ ROBERT, Christian Nils, Naissance d'une image: la balance de l'équité, en Justice et équité, Paris, Dalloz, 1998, page 53.

²⁰ IÑIGUEZ, Marcelo D. *Reglas generales de las personas jurídicas y contratos asociativos*, en Rev. D. Privado y Comunitario, 2012-3-237.

²¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta - IJ de la UNAM, Madrid, 2003, pp. 131-132.



3. El valor de los principios y de reglas generales

Dado el método explicado en el párrafo anterior, llama la atención que se haya dicho que el CCyC desvaloriza los principios generales, convirtiéndolos en meros instrumentos de la interpretación, eliminándolos como fuente del derecho.

No es así. Los principios generales operan como vías del propio razonamiento.

A ese efecto, ayudan al operador del derecho numerosos artículos que contienen, en algunos casos, verdaderos principios, y en otros, reglas generales. Aún los críticos del CCyC señalan, entre sus aspectos positivos, haber incorporado partes generales para cada libro, e incluso partes generales en cada instituto o título en “los que se establecen principios generales que sirven *como fuente de derecho* y como instrumento de interpretación de la norma”²².

Así, por ej., el art. 31 establece reglas para la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica (entre otras, la presunción de capacidad general de ejercicio, aunque la persona humana se encuentre internada en un establecimiento asistencial), el art. 706 prevé, entre otros principios generales del proceso de familia, el de la tutela judicial efectiva, etc.

Pero allí no acaba. El título preliminar contiene verdaderos principios generales, como son el abuso del derecho, no sólo a través de la prohibición general (arts. 10 y 11) sino al señalar en el art. 14 que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”, principio que evita tener que incorporar al código fórmulas cuyo contenido es excesivamente indeterminado como el de “función social de la propiedad”. Del mismo modo, el art. 240, verdadero estatuto del ambiente, afirma que el ejercicio de los derechos individuales no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

²² MEDINA, Graciela, *El proceso de familia*, en RIVERA, Julio C (director) *Comentarios al Proyecto de código civil y comercial de la Nación*, 2012, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 2012, pág. 494.

4. Otro aspecto de la constitucionalización. La eficacia del derecho

La constitucionalización del derecho privado lleva implícita la necesidad de que la norma jurídica se cumpla y, ante el incumplimiento, que funcione eficazmente el sistema de resolución del conflicto. Es que el “proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos; más aún, el más alto y más crítico, dado que la tutela jurisdiccional constituye, por así decirlo, la *última playa*, la última de las tutelas previstas por el ordenamiento, la destinada a operar cuando la observancia espontánea de los preceptos ha sido violada y han fallado todas las otras formas de tutela. Consecuentemente, los fracasos de la tutela jurisdiccional se traducen, inexorablemente, en un déficit de operatividad de las normas del derecho sustancial”²³.

Por eso, este CCyC contiene muchas normas de orden procesal, no sólo tendientes a dar eficacia a la sentencia (por ej., arts. 553 y 557, medidas para asegurar el cumplimiento de prestaciones alimentarias y régimen de comunicación), sino también para introducir figuras que, aunque discutidas por un sector minoritario de la doctrina, están incorporadas a la práctica judicial como instrumentos válidos para el ejercicio del derecho sustancial, como la carga probatoria dinámica, en el ámbito de la responsabilidad civil, con mayores advertencias a los litigantes (art. 1735), y en el derecho de familia, con significativa amplitud (art. 710).

Toda la normativa demuestra que, pese a la gran crisis del Poder Judicial, el CCyC cree en los jueces que deben aplicarlo, pues como dice Carlos Cossio “Quien cree que no tiene jueces no tiene por qué depositar su fe en las normas”. Ya lo decía Portalis en su recordado Discurso Preliminar: “Nos hemos guardado de la peligrosa ambición de querer regularlo y preverlo todo... Como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida”. “La misión de la ley consiste en fijar a grandes rasgos las máximas generales del Derecho; establecer los principios fecundos en consecuencia, y no descender al detalle de cuestiones que puedan surgir en cada materia. Al juez, al

²³ LUMINOSO, Angelo, *Quale processo per la famiglia. Ricognizione dell'esistente e prospettive di riforma*, en AV, *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, ed. Giuffrè, 1999, pág. 27.



jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes es a quienes toca su aplicación”²⁴.

Pero claro está, esos jueces deben entender que, normalmente, el tiempo es fundamental para el ejercicio de los derechos. Deben recordar el proverbio africano: “Cada mañana una gacela se despierta en África. Sabe que tiene que correr más rápido que el león más veloz si no quiere que la mate. Cada mañana un león se despierta en África. Sabe que tiene que ganar a la gacela más lenta si no quiere morir de hambre. Da igual que seas león o gacela. Cuando salga el sol, más te vale empezar a correr”.

5. La unificación del derecho civil y comercial

La unificación del derecho civil y comercial, al menos en el ámbito de las obligaciones y contratos, ha sido ampliamente reclamada por la doctrina argentina desde hace años, pese a que, todavía, no es la solución mayoritaria en el derecho comparado. Las notas de elevación de la Comisión redactora del proyecto de 1998 argumentó profusamente a favor; por esa razón, los fundamentos que acompañan al CCyC prácticamente no tiene referencias sobre un tema que hoy se estima superado.

No obstante, algunas voces se han levantado en contra de la metodología utilizada; un autor se preguntó: ¿Qué queda del derecho comercial?²⁵. Poco tiempo después, el mismo respondió que, al respetar la descodificación, quedaba prácticamente todo el derecho comercial.

²⁴ PORTALIS, Jean-Etienne Marie, *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*, trad. De Manuel de Rivacoba y Rivacoba, 1978, Valparaíso, ed. Edeval, 1978, pág.35/37.

²⁵ VÍTOLO, Daniel R., El derecho comercial en el proyecto de código civil y comercial de la Nación. ¿Qué queda de él? *Rev. de Derecho privado y comunitario* 2012-3 pág. 167.

En mi opinión, el tema no debe preocupar. El derecho comercial ya no es el estatuto de los comerciantes. Alegría ha escrito célebres páginas que muestran su humanización²⁶ y ha explicado suficientemente el porqué de la unificación²⁷.

La simbiosis no ha sido tan difícil porque, de alguna manera, el CCyC ha causado una especie de “comercialización del derecho civil”. Esa contaminación se verifica, no sólo en la mayoría de los contratos especiales, prefiriendo la solución del derecho comercial cuando habían diferencias entre ambos códigos (por ej., validez de la venta de cosa ajena, art. 1132, presunción de la seña como confirmatoria y no como penitencial) sino en otras cuestiones de alto interés práctico, como son la oponibilidad del boleto de compraventa en la ejecución individual semejante a la solución concursal (arts. 1170 y 1171); la unificación de los privilegios siguiendo de cerca la Ley concursal (arts. 2573 y ss.); la inoponibilidad de la personalidad de todo tipo de personas jurídica en la línea de lo estipulado en la ley de sociedades mercantiles (art. 144 del CCyC), etc.

6. La conservación y la innovación

Todo proceso de recodificación tiene partes de conservación y partes de innovación o mayor ruptura con el pasado.

Este código civil y comercial tiene mucho de conservación, no sólo en el método, sino en el contenido, excepto en el derecho de la persona humana considerada en sí misma y en sus relaciones de familia.

En el método, al igual que el código civil de Vélez Sarsfield, está dividido en un título preliminar y libros. Los libros se dividen en títulos, los títulos en capítulos, los capítulos en secciones.

La diferencia está, por un lado, en que el título preliminar está “enriquecido”. Dividido en cuatro capítulos (Derecho, Ley, Ejercicio de los derechos, y Derechos y bienes) implica el reconocimiento de que la ley no es la única fuente del derecho, y que

²⁶ ALEGRÍA, Héctor, Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial, LL 2010-C-821.

²⁷ Ver entre otros trabajos, ALEGRIA, Héctor, *Proyecto de Código civil y comercial, derecho comercial y derecho concursal*, en Derecho comercial del consumidor y de la empresa, año III, n° 5, pág. 29 y ss.



hay un nuevo enfoque esencialmente personalista. En este título preliminar se incorporan principios generales, como el abuso del derecho, la buena fe, la prohibición del fraude a la ley, que se derraman al resto del articulado. Como señala el maestro Díez Picazo, “La inserción de un texto en el título preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo. El título preliminar del código civil es algo así como el pórtico de todo el ordenamiento jurídico. Y no es lo mismo tener una pieza o maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio. Dicho de otro modo: la totalidad de los juristas prácticos conoce el título preliminar. En cambio, llegar a los entresijos olvidados de algunos sectores del ordenamiento requiere más preparación y más erudición”²⁸.

Por el otro, el CCyC tiene seis libros en lugar de cuatro. Los dos de diferencia están en que se dedica un libro completo al derecho de familia y otro al derecho de las sucesiones. Además, en el sexto, se incorpora un valioso título IV dedicado al Derecho Internacional privado (arts. 2594/2671), que contiene sistematizadas las reglas más adecuadas para la determinación de la ley aplicable y el juez competente para cada problema de conflicto de ley en el espacio.

En lo sustancial, las grandes virtudes del código de Vélez están intactas. El operador reconoce en el art. 1724 la estupenda definición de culpa del art. 512 del CC; en la valoración de la conducta del art. 1725, está contenido el art. 902 del CC y así, tantos otros núcleos fundamentales. Esta conservación no impidió unificar los ámbitos contractual y extracontractual en la responsabilidad civil; el daño, al margen de donde provenga, es el centro de referencia del fenómeno resarcitorio; esta unificación implica terminar con dificultades serias y frecuentes, como ocurre con daños difíciles de ubicar según quién sea el sujeto dañado, el problema de los plazos de prescripción, la extensión de la reparación, etc. Desde España se ha dicho que la solución argentina es valiente y digna de todo elogio pues en Europa, donde constantemente

²⁸ DIEZ PICAZO, Luis, *Prólogo* al libro de WIEACKER, Franz, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 10.

se “cacarea” la palabra unificación, no se ha llegado a un sistema unificado sino muy tímidamente²⁹.

La innovación normativa profunda está en el derecho de familia³⁰. El cambio no debe inquietar porque recoge la realidad y la jurisprudencia constante y reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, es la aceptación de que hay que empezar a revisar los paradigmas clásicos armados sobre la heterosexualidad y el dualismo hombre/mujer porque, como dice la Corte, “en el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida” y “en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional”; “todas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico”.

La pérdida de la centralidad del matrimonio tiene por contrapeso el crecimiento del rol que juega la filiación como acto fundante de la familia³¹; la realidad ha erosionado, incluso, las categorías tradicionales del derecho de la filiación, por lo que el CCyC ha debido introducir como nueva categoría la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560/564).

7. Lo que quedó en el camino y lo que se modificó de la traza inicial

Hay que confesar que muchos cambios no fueron ni siquiera propuestos por la Comisión redactora, quizás, por excesiva cautela; por ej., hubiese sido conveniente eliminar la clasificación de las personas jurídicas en públicas y privadas, o autorizar en algunos casos, como en el Brasil, un divorcio ante la autoridad administrativa.

²⁹ YAÑEZ VIVERO, Fátima, El proyecto argentino de código civil y comercial: análisis de la responsabilidad civil desde la perspectiva comparada de un nuevo derecho de daños, en Rev. Derecho de Daños 2014-2-179.

³⁰ He explicado estos cambios en el capítulo introductorio de la obra que he codirigido con Marisa Herrera y Nora Lloveras, *Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014*, Santa Fe, Rubinzal, 2014, t. I, págs. 9/94.

³¹ STANZIONE, Maria Gabriella, Rapporti di filiazione e terzo genitore: le esperienze francese e italiana, en Famiglia e Diritto 2/2012 pág. 201.



Por lo demás, como es bien conocido, en el trayecto desde la entrega del anteproyecto a su sanción, algunas materias quedaron fuera del camino, como la responsabilidad del Estado (regulada finalmente para un ámbito limitado, con dudosa constitucionalidad, por la ley 26944); el derecho al agua potable (contenido, ciertamente, en numerosas declaraciones internacionales y en códigos de agua de algunas provincias); la gestación por sustitución y la reproducción humana *post mortem* (dejando un vacío que está siendo cubierto muy razonablemente por la jurisprudencia); las sanciones pecuniarias disuasivas para ser aplicadas a quienes con grave menoscabo causan daño a bienes colectivos, permaneciendo, entonces, la contradicción que implica permitir esta figura en el derecho del consumo y no en el derecho del ambiente; el deber de cooperación de las autoridades argentinas a favor de las personas residentes en nuestro país que quieren adoptar en el extranjero (último párrafo del art. 2635, supresión que seguramente será ignorada por los buenos jueces argentinos, que seguirán cumpliendo con esa colaboración por aplicación de las reglas generales del derecho internacional privado). No faltaron agregados que desvirtuaron la reforma, como la prohibición general de contratar entre cónyuges casados bajo el régimen de comunidad (art. 1002 inc. d), influida por una imagen fantasmagórica del fraude, que ahora entrará fácilmente por el régimen de separación.

Aun así, en mi criterio y en el de muchos, el saldo es positivo. Claro está, como dice un proverbio chino, “cuando soplan vientos de cambio, algunos construyen muros, otros molinos”. La doctrina, la jurisprudencia y los legisladores sucesivos posteriores a 1871 construyeron maravillosos molinos. Vélez murió el 30 de marzo de 1875, a los setenta y cinco años; tuvo cuatro años de su vida para ver cómo los nuevos vientos por él gestados eran aprovechados para consolidar el curso de la historia. De cualquier modo, su obra lo trascendió y perduró por casi un siglo y medio. El centenar de juristas argentinos que trabajamos en el CCyC tenemos consciencia de que la pretensión debe ser mucho más modesta, y por eso nos hemos conformado con construir un puente entre el derecho que fue y el que indudablemente exigirán las generaciones futuras.

Muchas gracias, nuevamente.



Distinciones y homenajes

LA HISTORIA DEL PARAGUAY CONTADA POR PARAGUAYOS

“Pero también llegará mi día y surgiré de los abismos de la calumnia, para ir creciendo a los ojos de la posteridad, para ser lo que necesariamente tendré que ser en las páginas de la historia”. Francisco Solano López

OLGA ROJAS BENÍTEZ ¹

Es una grata distinción para esta Casa de Estudios y, en particular, un honor para la Segunda Cátedra de Historia Diplomática del Paraguay del turno noche de la carrera de Derecho, el primer lugar otorgado por la Comisión Permanente de Innovación Docente del Rectorado de la UNA, al proyecto denominado: ***La historia del Paraguay contada por paraguayos***, presentado en el marco de la VIII Jornadas de Innovación Docente: Buenas prácticas innovadoras.

Este proyecto surge ante la necesidad de motivar en el proceso de enseñanza aprendizaje a los alumnos del séptimo semestre turno noche y, conectar esta motivación con la necesidad de convertirlos en verdaderos protagonistas de su formación académica. Pero, cómo hacer que una asignatura como la Historia Diplomática del Paraguay sea atractiva al interés de los alumnos y, a su vez, genere en ellos el deseo de estudiar y el orgullo de contar con una historia plagada de hazañas heroicas tan célebremente olvidadas en los vetustos libros de nuestra historia. Tremendo desafío.

¹ Profesor Asistente de la Primera Cátedra de Historia Diplomática del Paraguay y Encargada de la Segunda Cátedra de Historia Diplomática del Paraguay, Doctor en Derecho *suma cum laude* por la Universidad de Salamanca España, Abogado por la UNA. Autora de varias monografías publicadas en el país y en el extranjero, así como de varios artículos para revistas jurídicas extranjeras y nacionales. Ganadora del primer lugar otorgado por la Comisión Permanente de Innovación Docente del Rectorado de la UNA, en la VIII Jornadas de Innovación docente 2017: Buenas prácticas innovadoras.



Es innegable el impacto de las plataformas digitales en nuestro siglo XXI. Hoy se encuentra al alcance de nuestras manos, en nuestros propios bolsillos inclusive, todo un mundo de información digitalizada. Recurrí entonces a YouTube en busca de materiales audiovisuales que pudiera utilizar para lograr motivarlos y, me encuentro con audiovisuales elaborados por extranjeros que cuentan una historia bastante singular del Paraguay, por así decirlo.

Si bien encontré algunos pocos materiales audiovisuales que hablaban del Paraguay y sus singularidades, no existía ningún material que contara el contenido real y programático de nuestra Historia Diplomática ni, desde las aulas universitarias de la UNA ni, desde la Facultad de Derecho.

Así surge el proyecto académico: *La historia del Paraguay contada por paraguayos*, con una doble finalidad, la de motivar el proceso de enseñanza aprendizaje y la de contar nuestra verdadera historia al mundo desde las aulas universitarias de la Facultad de Derecho UNA, a través de las plataformas digitales.

Los alumnos del séptimo semestre debían elaborar materiales audiovisuales con una duración no superior a treinta minutos con carácter de trabajos prácticos que se debían presentar y defender en clase. Al efecto, para calificar sus trabajos la Cátedra estableció parámetros objetivos para otorgar los puntajes que correspondiesen, junto con un cronograma de presentaciones, luego, se formaron los grupos de trabajo, veintinueve en total, conformados por un máximo de ocho alumnos cada uno de ellos. Debe decirse que, tanto la formación de los grupos como los temas seleccionados por estos, fueron totalmente voluntarios, es decir, los grupos formados espontáneamente podía elegir algún tema del programa de estudios de la materia y, luego de realizar una investigación bibliográfica, debían idear la presentación cien por ciento original donde todos los integrantes del grupo debían ser visualizados, utilizando música paraguaya, mapas, lugares históricos, museos, bibliografía paraguaya, consultar a expertos académicos y utilizar el idioma guaraní, cuando lo estimaren pertinente.

La Cátedra abrió un canal en YouTube con fines exclusivamente académicos, denominado: *Historia Diplomática del Paraguay 2daC TN*, para publicar los mejores materiales audiovisuales presentados en clase. De entre los veintinueve trabajos presentados, veintitrés fueron seleccionados. El primer material audiovisual fue publicado el 14 de mayo del 2017 en un homenaje de la Cátedra a los 206 años de vida independiente del Paraguay.

Hace apenas un par de meses, la Cátedra decidió abrir, dado el éxito alcanzado, una página en Facebook, denominada, *Historia Diplomática del Paraguay*, que en definitiva es un espejo de los materiales audiovisuales ya colgados en YouTube, esto así, para poder contar a más personas nuestra heroica historia y promocionar a los jóvenes investigadores de nuestra muy querida Facultad de Derecho.

Debo mencionar que a través del presente proyecto igualmente se logró estimular la creación de un grupo de investigación permanente compuesto por estudiantes voluntarios que trabajarán con la Cátedra y que escogieron distinguirse con el nombre del fundador de la Academia de Historia del Paraguay y por muchos años Titular de la Cátedra de Historia Diplomática del Paraguay en la Facultad de Derecho UNA, *Hipólito Sánchez Quell*.

La Facultad de Derecho UNA ha sido siempre un ejemplo no sólo académico desde sus inicios con la fundación de la Escuela de Derecho en 1882 y luego al integrar la Universidad Nacional de Asunción en 1889, sino, y sobre todo, ha sido siempre la protagonista indiscutible en la formación de grandes pensadores, estadistas y héroes de nuestra patria. Gratitud eterna para estas aulas de la Facultad de Derecho, que siguen haciendo historia.



Semblanzas

PROF. DR. ALEJANDRO AGUSTÍN ENCINA MARÍN

Su fallecimiento

En la madrugada del día 22 de junio de 2017; falleció en Asunción capital de la República del Paraguay, el prestigioso Catedrático, Jurista, Político y Abogado de profesión, ***Profesor Doctor Alejandro Agustín Encina Marín***, quien ha prestigiado la docencia Universitaria por más de 60 años.

Sus estudios primarios los realizó en escuelas públicas del Paraguay, como a él le gustaba comentar.

Los estudios secundarios los cursó en el Colegio “San José F.V.D.” donde obtiene el título de Bachiller en Ciencias y Letras.

Posteriormente ingresó a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción; donde obtuvo el título de Abogado con promedio distinguido, siendo el segundo mejor Alumno de su promoción.

El curso de doctorado en Derecho y Ciencias Políticas, los realizó en la Facultad de Derecho de Madrid (España) obteniendo el título de Doctor en Derecho el 25 de junio de 1955, mediante la presentación de su Tesis doctoral, “Hacia un régimen Jurídico-Social de Menores para la República del Paraguay”, que fue aprobada con la calificación de “Sobresaliente” (Libro de inscripción N° 519, fojas 383, año 1962).

En el año 1966, obtiene el título de Notario y Escribano Público en su querida Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA; llevó adelante varios otros cursos, como los realizados en los años 1953-55: Cursos de Penalogía: dictados por el Prof. Eugenio Cuello Colon, Estudios Superiores de Derecho Internacional Público: dictados por el Prof. José Luis Azcárraga Bustamante. Los precitados cursos los realizó en el ámbito perteneciente al curso de Doctorado de Derecho de la Universidad de Madrid, aprobando ambos cursos con la calificación “Sobresaliente”.

Cursos Superiores de Derecho Civil; dictados por el Prof. José Hernández Gill.



Curso de Derecho Penal; dictado por el Prof. Isaías Tijerina aprobando ambos cursos con calificación “Distinguido”.

En el año 1966, participó de los “Cursos sobre Legislación y problemas atinentes al menor”, realizados en esta capital organizados por el Instituto Interamericano del Niño (OEA) del 11 al 15 de abril.

Asistente Relator en el Simposio organizado por la Facultad de Química y Farmacia de la Universidad Nacional de Asunción.

CARGOS ELECTIVOS

1960-1962. Representante de Egresados no Docentes ante el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

1962-1966. Miembro Suplente del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A., en representación del Claustro de Profesores. Electo en dos ocasiones.

Miembro de la Comisión Asesora Pro-Derechos del Niño, del Colegio de Abogados del Paraguay, y Redactor del “Decálogo del Niño Paraguayo”.

1966-1968. Secretario del Colegio de Abogados del Paraguay.

1978. Miembro de la Comisión Redactora del Código del Menor (Ley N° 903/81), por Resolución N° 56 del Ministerio de Justicia y Trabajo, con fecha 18 de octubre de 1978.

1977-1992. Miembro Titular, Representante del Claustro de Profesores, en el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica Ntra. Sra. De la Asunción.

1977 y 1980. Electo Miembro Integrante de la Terna de Candidatos a Decano para la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la U.C. A.

1987-1989. Miembro y Vicepresidente del Colegio de Abogados del Paraguay.

1989-1990. Miembro del Comité Político del Movimiento Alianza Democrática.

DOCENCIA

ENSEÑANZA SECUNDARIA;

1957-1958. Catedrático Titular de Historia del Paraguay (6º Curso) e Historia Contemporánea (4º Curso) en el Colegio Teresiano de esta Capital.

1972-1974. Profesor de Educación Cívica (3º Curso) en el Colegio San José de esta Capital.

ENSEÑANZA UNIVERSITARIA;

- Universidad Nacional de Asunción

1956. Ayudante de Cátedra de Derecho Procesal Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, por Concurso (Resolución N° 25 del 30 de mayo de 1956).

1961. Profesor Asistente, por Concurso, de la Cátedra de Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA (Resolución N° 152/61).

1963-1976. Profesor Instructor de Derecho Procesal Penal en el 6º Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA.

1966. Profesor Adjunto de la misma Cátedra, por Concurso, declarándose “Más Antiguo”, conforme Resoluciones del 13 de mayo y 1 de junio de 1966, dictadas por el Consejo Superior Universitario.

Profesor Titular de Criminología por Concurso, según Resolución N° 1586-0079, Acta 304.

Profesor Asistente y luego Adjunto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, por Resolución N°102 del 1 de marzo de 1966, con ejercicio de la totalidad del Programa en 1967.

1967. Encargado de la Cátedra de Derecho Procesal Penal del 6º Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA.

- Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción

1965-1970. Instructor de Derecho Penal en el 6º Curso de Derecho y 4º de Notariado.



1971-1974. Encargado de Cátedra de Derecho Penal I.

1971-1975. Encargado de Cátedra de Derecho Penal II.

1976. Profesor Asistente de la Cátedra de Derecho Penal II.

1976-1982. Encargado de Cátedra de Derecho Procesal Penal en la rama de Notariado.

1977. Encargado de la Cátedra de Derecho Procesal Penal en el 6º Curso, Secc. II, rama de Derecho.

Profesor Asistente Titular del área de Derecho Penal (Criminología, Derecho Penal I, Derecho Penal II y Medicina Legal).

Profesor Encargado del Cursillo de Resumen de Historia Nacional, para los exámenes de Ingreso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

ACTIVIDADES DIVERSAS

1966. Profesor de Derecho Procesal Penal en los Cursos de Capacitación para los Jueces de Paz, dictados bajo los auspicios del Centro de Adiestramiento en Servicios, para Funcionarios Públicos en esta Capital durante los meses de febrero y junio; en Encarnación, durante el mes de septiembre.

1969. Profesor de Sociología Criminal en el Curso para formación de Jueces de Menores, organizado por el Instituto Interamericano del Niño, dictado durante el mes de Julio.

Miembro Titular del XIX Curso Internacional de Criminología, reunido en Mendoza, Arg. del 22 al 28 de junio. Elegido Vice-Presidente de Mesas de trabajos en dos ocasiones en la misma sesión.

Organizado por el Instituto Interamericano del Niño.

1970. Participante de las primeras Jornadas de Criminología de la Provincia de Buenos Aires, del 20 al 24 de junio.

1976. Miembro asistente al III Simposio Internacional de Criminología, reunido en Sao Paulo en el mes de octubre, bajo auspicios de "Internacional Center of Biological

and Medico Forensing Criminology”. Presentó el trabajo “Conducta Criminal del afectado por anfetaminas”.

ACTIVIDADES POLÍTICAS, SOCIALES Y CULTURALES

1946. Afiliado a la Asociación Nacional Republicana, Partido Colorado, le gustaba mencionar.

1956-1958. Presidente del “Alumini Club”.

1958-1959. Electo Presidente de la Federación Paraguaya de Atletismo.

1962-1963. Electo Presidente de la Federación Paraguaya de Basket Ball.

1963. Vicepresidente y Presidente del Club Nacional.

1964-1965. Presidente del Tribunal de Penas de la Federación Paraguaya de Basket Ball.

1965. Presidente de la “Asociación Alcalá” de Ex Becarios en España.

1967-1968. Presidente del Tribunal de Penas de la Unión de Futbol del Interior.

1968-1971/1981-1983. Presidente del Tribunal de Justicia Deportiva de la Liga Paraguaya de Futbol.

1977-1980. Vicepresidente y Presidente de la Asociación de Ex Alumnos del Colegio San José.

1977-1980. Tesorero y Consejero del Instituto Paraguayo de Cultura Hispánica.

Delegado por Paraguay de la Asociación de Ex Colegiales del Colegio Mayor “Ntra. Sra. de Guadalupe” de Madrid.

PUBLICACIONES

1955. *“Hacia un régimen jurídico social de menores para la República del Paraguay”*. Tesis Doctoral que incluye un Anteproyecto del Código del Menor. Madrid 1955.

1955. *“La doble nacionalidad en la historia del Paraguay”* Monografía. Madrid, 1955.



1955. *“el moderno concepto de la propiedad”* Monografía, en colaboración con Héctor R. Miri. Madrid, 1955.

1962. *“Decálogo del niño paraguayo”*, Asunción.

1968. *“Amparo, habeas corpus y estado de sitio”* Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados del Paraguay.

“Anteproyecto de Ley que reprime el tráfico de drogas peligrosas” (Hoy, Ley Nº 357).

1977. *“La falta de acción del particular en los delitos de denuncia o querrela falsa”* (La Ley, año 1, Oct.-Dic. 197).

“El delito de emisión de cheque contra cuenta cancelada” (La Ley, año 1).

1980. *“Fuero de atracción de las convocatorias de acreedores y causas penales por delitos contra el patrimonio”* (La Ley, año 4 Nº 2).

“Anteproyecto de Ley que Reforma la Ley Nº 357”.

“LA PUBLICIDAD DEL SUARIO” En colaboración con el Dr. Enrique Cantero González. Conferencia.

1981. *“Anteproyecto del código del menor”* (Ley Nº 903).

1985. *“El aborto. Delito alevoso por excelencia”*. Ed. Universidad Católica.

1986. *“Postulados republicanos para la democracia”*. Ed. del Autor.

DISTINCIONES ACADÉMICAS Y PROFESIONALES

1948. Becado a los Cursos de Verano en la Facultad de Filosofía de Buenos Aires.

1951-1955. Becado por el Instituto de Cultura Hispánica de Madrid.

1975. Condecorado por el Gobierno de los EE.UU. del Brasil, en el grado de GRAN OFICIAL.

Condecorado por el Gobierno de Chile con el grado de GRAN OFICIAL DE LA ORDEN AL MÉRITO DE BERNARDO DE O’HIGGINS.

Condecorado por el Gobierno del Reino de Bélgica con la Orden de “CABALLERO DE LA ORDEN DEL REY LEOPOLDO”.

DISTINCIONES SOCIALES Y DEPORTIVAS

1952. Medalla de la Federación Paraguaya de Atletismo al *Campeón Nacional*, Prueba 400 m. planos.

1954. Medalla de la Corrección Deportiva.

1962. Plaqueta de la Federación Paraguaya de Basket Ball a los Constructores del Estadio Comuneros.

1963. Medalla “Julio R. Carte” otorgada al *Mejor Dirigente*. Club Nacional.

1974. Declarado *Socio Vitalicio* del Club Centenario.

Corbatín y Venera otorgados por la Liga Paraguaya de Fútbol.

1982. Declarado *Socio Vitalicio* del Unión Club.

1988. Declarado *Socio Vitalicio* del Club Nacional.

En los últimos años el *Prof. Dr. Alejandro Encina Marín* se dedicó a la investigación y como tal fue nombrado por el Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, prestigiando la docencia Universitaria, como también lo hizo en los distintos ámbitos de su quehacer profesional.

Dotado de un carácter fuerte y una memoria prodigiosa, como la de ninguno, “Patrón” como lo llamaban sus amigos, ha marcado a “fuego” a generaciones enteras en los últimos 60 (sesenta) años para quienes representó un ejemplo de rectitud y accionar ético en los avatares Tribunales y de indudable capacidad e idoneidad Académica y Científica en la cátedra, que lo ha llevado a lo más alto en la valoración de sus pares quienes con razón lo ubican entre los grandes Maestros del Derecho que han aportado con su esfuerzo para el engrandecimiento de la Institución; no decimos demás, y como lo afirmaban maestros antiguos predecesores, los Romanos; *Quidilibet in Quolibet*, cada cosa en su lugar, y creemos que al maestro le hubiese gustado tal afirmación.





Antonio Tellechea Solís

El fallecimiento de Antonio Tellechea Solís impacta duramente en el ámbito del Derecho paraguayo. Hacer un recuento de su vida, del amigo entrañable de muchos años, compañero en la inagotable tarea de aprender y enseñar Derecho, no es tarea fácil y mucho menos hacerlo en pocas palabras. Quizá pueda resumirse diciendo: fue una gran persona, de las muy pocas que existen hoy día.

Pero creo que Antonio se merece mucho más que esto. Por eso, resalto decir que formó parte de una excepcional generación de abogados recibidos en el año 1.954 entre los que se encuentran Ramón Silva Alonso, Luis M. Argaña, Juan Carlos Mendonca, José Emilio Gorostiaga, Alejandro Encina Marín y muchos otros, que brillaron en intelectualidad paraguaya.

Seguía con ahínco sus estudios cuando ingresó a la magistratura, donde hizo un *cur-sus honorum* que debió terminar en la Corte, pero que se truncó al ser invitado a trabajar en el ámbito privado, donde participó de un Estudio Jurídico de primer nivel internacional en el cual estuvo hasta poco antes de fallecer.

De la judicatura de primera instancia pasó al Tribunal de Apelaciones y hasta hoy se leen sus enjundiosos fallos que ilustran a las nuevas generaciones de cómo se aplica el derecho para convertirlo en lo que debe ser: una herramienta al servicio de la justicia.

La cátedra lo llamó desde muy joven, y como sabía Derecho, él comprendía que debía estar en su raíz para enseñar aquello que era el basamento, la piedra sillar del conocimiento del derecho y que era precisamente el derecho romano. Su pausada manera de explicar hacía que nadie pudiera escapar al influjo de sus enseñanzas, y nadie podía decir que no se lo entendió porque era medularmente claro en sus exposiciones.

Rector de la Universidad Católica, donde compartíamos cátedras durante años, lo fue durante dos periodos muy fructíferos y de cambios no solo materiales sino en los estatutos y en la forma de administrar la universidad.

Y dejó para el final lo que quizá más le apasionaba: la dirección editorial de “La Ley” paraguaya, empresa a la que dedicó sus mejores afanes para difundir obras de Derecho de autores paraguayos. Sus colecciones de los Códigos civil, procesal, penal y otros son aportes invalorable a nuestra cultura jurídica.

Muchas horas dedicó a estos menesteres y quedará constantemente su recuerdo imborrable en las múltiples ediciones de “La Ley”.

Pero no fue menos importante para él la Academia Paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales, donde Antonio era fundador de la misma y entusiasta miembro de número. Nunca faltó a las sesiones en las que participaba activamente aun en los últimos tiempos en los que su salud estaba notoriamente disminuida. Por ello sentiremos su ausencia. Extrañaremos sus prudentes consejos, sus sabias intervenciones en las reuniones y su aporte a la doctrina del derecho paraguay. Pero siguiendo el inexorable destino de los hombres, se nos fue al reino de los justos. Allí estará hoy junto a Papiniano, Ulpiano y Sabiniano discutiendo con ellos conceptos y definiciones de las muchas que los romanos nos dejaron y que a él le apasionaban y las sabía de memoria.

Por todo esto y mucho más, seguirá pues su luz brillando continuamente entre nosotros. Su ejemplo quedará para las innumerables camadas de egresados de la Universidad donde ejerció el Rectorado, y por qué no, para también tantos paraguayos que lo admirábamos y lo apreciábamos por su integridad y la profundidad de sus conocimientos.

Se fue nuestro amigo. Queda indeleble su recuerdo.

José Antonio Moreno Ruffinelli



PROMOCIONES DE EGRESADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN; 1941, 1942, 1943, 1944, 1945 Y 1946

ÁNGEL YUBERO APONTE *

Entendiendo que el trabajo propuesto de esbozar una “Aproximación a los Antecedentes Históricos, Acontecimientos y figuras que forjaron la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA”, debe ir acompañado de contenidos significativos, más aún tratándose de la Institución de educación Superior Universitaria más importante de la República.

En ese orden de conceptos, estamos presentando las distintas promociones de Egresados de la Institución que sin lugar a dudas han aportado con sus esfuerzos para el engrandecimiento de la Patria, desde el lugar que les cupo desempeñarse; como Docentes, en la Magistratura, en el Foro como profesionales o en la Política, así también en las actividades privadas.

A las entregas en números anteriores de la revista:

Año 2012: Rectores de la Universidad Nacional de Asunción y Decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción con sus respectivos Secretarios Generales.

Año 2013: Presidentes y Vicepresidentes de Centros de Estudiantes de Derecho y Notariado (C.E.D y N) y la Representación Estudiantil ante el Honorable Consejo Directivo de la Institución.

* Director de Bibliotecas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA.



Año 2014: Breve biografía de los Ex Decanos y el Decano de entonces de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA:

Año 2015: Representantes Docentes, Titulares y Suplentes ante el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA y Representantes de los Graduados No Docentes, Titulares y Suplentes, de la Institución.

Año 2016: Directores de la Biblioteca Central de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA y Directores Administrativos y Financieros de la Institución.

Año 2017: Promociones de egresados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA; desde los años 1941, 1942, 1943, 1944, 1945 y 1946.

Sumando esta intervención del rescate de nuestra historia Institucional, nuestra acción se encuadrará a unir a las generaciones de mitad del siglo pasado con las actuales que ya se encuentran referenciados en los sucesivos números de la Revista, en su nueva era desde 1992, para posteriormente sumergirnos en la búsqueda de nuestros primeros egresados desde los comienzos de la querida Universidad Nacional de Asunción.

De mas esta agradecer a las autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA en la persona del Señor Decano *Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser*, quien es el impulsor del trabajo de investigación, que en cierta medida rescata y completa la Memoria Institucional.

Así mismo y como que se trata de historia reciente se solicita, desde ya, disculpas por algún error u omisión que como tal es involuntario en la transcripción de los nombres de los egresados debiéndose entenderse que es única y exclusivamente responsabilidad del compilador de la obra.

EGRESADOS PROMOCIÓN 1941

Báez Allende, Amadeo
Burgos, Pedro David
Chenú Abente, Julio R.
Correa, José Alberto
Corvalán, Cesar Antonio
Duarte, Ramón Tranquilino
Garay, Blas
Giménez, Ernesto
Gorostiaga, Ángel
Irala Ferreira, Adolfo
Lavigne, Eduardo
Loncharich, Agustín
López, Leonardo
Masi, Roberto A.

Mereles, Andrés Antonio
Mereles, Artemio
Negrete, Silvio
Plate, Juan
Regis Cabrera, Juan
Rosa, Eliseo D.
Silva, Tomás Egidio
Stefanich, Miguel Ángel
Torales, Gregorio B.
Torres, Roberto
Vera, Marciano
Villamayor, Juan Gabriel
Total: 26 Egresados

EGRESADOS PROMOCIÓN 1942

Antola, Presentado
Antola, Rodolfo
Aponte, Luis Adolfo
Ayala, José Antonio
Barriocanal, Prudencio
Benítez, Juan Manuel
Benítez, Marcos
Brizuela, Luis C.
Caballero Gatti, Carlos
Cabanellas Torres, Guillermo
Cabo de Vila, Eduardo
Cabrera, Teófilo
Campos, Arístides A.
Carballo, Cayetano

Carballo, Manuel de Jesús
Caroni, Hugo Rubén
Da Rosa, Juan Alberto
Domínguez, Vidal
Dos Santos, Blas Antonio
Dos Santos, Fermín
Encina (h), Roque
Fernández Santacruz, Gabino
Fiore, Julio Enrique
Franco, Vinicio
García, Emilio
Gill Morlis, Manuel
González Riquelme, Enrique
Heisecke Montero, Carlos



Irala, José
Laconich, Antonio Arquímedes
Martínez, José del Pilar
Medina, Oscar L.
Mena P. Elías Antonio
Molinas de Bertoli, Natividad
Montanaro, Domingo
Morales, Agustín R.
Nogues, Alberto
Núñez González, Juan A.
Núñez Velloso, Aurelio
Peña Villamil, Manuel José F.
Pinho Montero, Ernesto
Piroto, Armando Diego

Pucheta Ortega, Justo
Rivarola Coello, Vicente
Rolón, Antonio
Ruiz Díaz, Roberto
Sanabria, Salustiano
Sánchez, Santiago
Sapena Pastor, Francisco
Simón, Enrique M.
Sosa Caballero, Carlos
Trigues, Jorge Raúl
Vasconsellos, Cesar Augusto
Volpe, Alejandro E.
Total: 54 egresados

EGRESADOS PROMOCIÓN 1943

Aquino Díaz, Pablo
Aquino, Elizardo
Ayala Cabeda, Zulek Omar
Battilana De Gásperi, Guido
Bauzá, Armando
Benítez Llamosa, Alfredo
Bojanovich, M. Fernando
Camacho, Pedro
Capurro, José Marcelino
Centurión, Raúl Modesto
Ciancio, Natalio J. Pangrazio
Da Silva Báez, Favio Quinto
De Felice, Gilberto Idilio
Díaz Escobar, Reynaldo
Díaz Peña A., Elías A.
Egea, Alberto Manuel D.

Espínola, Isidro Augusto
Estigarribia, Juan Eulogio
Fleitas de Fernández, Elisea
Fretes, Ángel Mauricio
Giménez Uriarte, Eduardo
Giménez, Cornelio Cipriano
Gómez Sánchez, Ángel María
Granada, Juan Valentín
Guerra, Fernando del Pilar
Huidoro, José Arístides
Ildefonso Morínigo, Rafael
Laconich, Marcos Antonio
Lavigne, José Arturo
López, José M.
López, Tomás Celedonio
Martinessi, Milciades R.

Mendez Benítez, Elio
Mendez Paiva, Ramón
Mendoza Molinas, Elías
Núñez, Victoriano Carlos
Ochoa, José Salvador
P., Leandro Simeón Rodrigo
Pereira Canello, Máximo
Pérez Uribe, Oscar Antonio
Recalde, Emerito
Ríos, Ramón Adalberto

Seifart Centurión, Armín
Taboada, Wilfredo
Troche, Emilio Flaviano
Valenzuela Pecci, Antonio
Vega Cardozo, Luis María
Vidal, Gregorio
Vierci, Santiago R.
Villasanti, Modesto
Total: 50 Egresados

EGRESADOS PROMOCIÓN 1944

Alonso, Antonio Félix
Alonso, Teófilo
Amarilla, Diego Cesar
Ayala, Remigio
Báez, Andrés Avelino
Bordón Brione, Silvio
Brugada, Raúl
Caballero, Ricardo
Caroni, Carlos Antonio
Castillo, Jorge Cecilio José
Corvalán, Miguel
Cueto, Atilio
Cueto, Ramón
Debelmont, Ricardo Hugo
Duarte, Fernando Antonio
López Riquelme, J. M. Antonio

Mendez Benítez, Víctor
Octaviano, Orlando
Pastore, Carlos Agustín
Percichino, Aldo Luis
Portillo Moreno, Albino Lino
Ramírez Boettner, Luis M.
Rica Campos, Serafín
Rivarola Coello, José V.
Salomoni, Víctor Andrés
Sapena Pastor, Oscar Rodolfo
Sosa Gaona, Francisco G.
Vargas Peña, Ramón Eduardo
Zacarías Arza, José Inocencio
Zucolillo G., Carlos
Total: 30 Egresados



EGRESADOS PROMOCIÓN 1945

Barboza Maffiodo, Miguel Ángel
Benítez Acosta, Tomás
Bilbao Zubizarreta, José A.
Bustamante, Carlos
Codas Rivarola, Raúl Ignacio
Delmás, Mariana Encarnación
Elizeche Vallejos, Arturo
Ferro, Gilberto
Florentín, Fernando Heliodoro
Franco Navarro, Ricardo
González García, Raúl
González, Gregorio Silvio
Guggiari Alfaro, Luis Atilio
Lezcano, Luis Abigail
Mallorquín, Mario Leónidas
Martínez Díaz, Pedro
Martínez, Eladio Wilfredo
Mendez Paiva, Evaristo

Mercado Alder, Jorge Balterio
Montanía, Eladio Vicente
Nogués, José Carlos Alberto
Núñez, Simón
Pérez Ferraro, Emilio N.M.
Piluffo, Luis Ramón
Riveros, Waldino Nicomedes
Saguier, Máximo Segismundo
Sandoval, Mercedes Juliana
Taboada, Darío Antonio
Tórtora, Carmen
Valdovinos, Arnaldo Manuel
Vera Sánchez, Fernando
Zarza Roa, Pedro
Zelada, Carlos
Zuccolillo, Blanca Elida
Total: 34 Egresados

EGRESADOS PROMOCIÓN 1946

Achar Insfrán, Galo
Álvarez, César Marcelino
Aveiro, Anselmo Sigfrido
Ávila, Manuel Agustín
Ayala Riveros, Pablo
Barboza, Miguel Ángel
Benítez Molinas, Efraín
Brazar, Enrique Víctor
Campos Ortiz, B. Alonso

Canillas, Santos Manuel M.F.
Carissimo, Simeón Horacio
Cazal, José María (h)
Céspedes, Prisciliano
Cubas Martínez, Evaristo
Dacak, Juan Andrés
Di Tore, Luis M. Bernardino
Díaz Peña, Elías Antonio
Díaz Pérez, Juan Silvano

Gaona, Cesar Adalberto
Giménez González, Darío
Gómez Núñez, Horacio
González, Benjamín
Guerrero Agüero, Quirino
Jara Lafuente, German
Jariton, Jaime
Jure, Domiciano Eduardo
López, Víctor Manuel
Medina B., Rafael
Mendoza Sánchez, Anastacio

Mora Chilavert, Agustina
Olmedo, Ceferino
Ortega, Mario Benito
Peralta, Anselmo Jover
Pettit, Roberto Luis
Rojas Silva, Hermógenes L.
Sánchez Palacios, F. Antonio
Sánchez, German
Subirach, Jaime
Vallejos, Luis Odilón
Total: 39 Egresados

EGRESADOS PROMOCIÓN 1947

Casco Miranda, Adolfo
Marasi, Álvaro Ricardo
Duarte, Augusto
Chilavert, Edelira
Salomón, Eduardo Luis

Battilana De Gásperi, Eladio
Mendoza M., Elías B.
Benítez Velloso, Estela
Vera, Julio Rafael



Anexos

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

Acta Nro. 15/2017 (Acta de Sesión Ordinaria de fecha 08/08/2017)

Resolución H.C.D. Nro. /2017.

“POR LA CUAL SE CONSTITUYE LA COMISIÓN DE REDACCIÓN DE LA REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN”.

VISTO: El segundo punto del orden del día, y;

CONSIDERANDO:

El Decano y Presidente del Consejo Directivo de la Facultad, Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser, informa que en la sesión anterior se había manifestado sobre la necesidad de implementar las resoluciones respectivas a fin de dar continuidad a las cuestiones que guardan relación con la publicación de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, por tal motivo, propone al pleno el ingreso del Prof. José María Costa a la sala de sesiones para explicar sobre los avances tendientes a la publicación de la Revista.

El Prof. José María Costa señala que con motivo de la edición correspondiente al presente año 2017, se ha considerado conveniente proponer al Consejo el inicio de un proceso institucional para buscar la indexación de la Revista Académica en los índices de entidades nacionales e internacionales sobre revistas científicas, para lo cual se deberán promover la adopción de pautas para la presentación de los artículos según los formatos aceptados en la comunidad científica.

Asimismo, en la sesión se dispone que el Consejo de Dirección de la Revista sea integrado con todos los miembros del Consejo Directivo de la Facultad.

Atendiendo los estándares internacionales para las revistas científicas, también se establece la creación del Consejo Editorial de la Revista para cuya integración el Señor Decano ha propuesto los nombres de los Profesores Oscar Llanes, Adolfo Ozuna e Irma Alfonso de Bogarín. Asimismo, se buscará integrar a dicho Consejo Editorial a personalidades del Derecho externas a la institución, nacionales o extranjeras, a fin de propender a los estándares vinculados a las revistas científicas.

Tras el informe, los miembros del Consejo se manifiestan de acuerdo con todo lo propuesto y se determina además que los directores de la Revista tomen los recaudos pertinentes para la mejor organización de la misma, establezcan un período para



la recepción de artículos, así como determinen una guía de pautas para la redacción de dichos artículos. Asimismo, se sugiere que las ediciones impresas de la Revista también siempre tengan una versión electrónica publicada en el sitio web de la Facultad.

Los Miembros del Consejo Directivo de la Facultad, recomiendan su aprobación. Que, el tema fue tratado en Sesión Ordinaria del Consejo Directivo en el Acta Nro. 15/2017, de fecha 08 de agosto de 2017.

POR TANTO, en uso de sus atribuciones legales, estatutarias y reglamentarias;

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

Art. 1ro.- CONSTITUIR el Consejo General de Dirección de la Revista Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, con los siguientes Consejeros:

DECANO:

PROF. DR. JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER.

VICEDECANO:

PROF. DR. OSVALDO GONZÁLEZ FERREIRA.

MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO:

PROF. DRA. MIRYAM PEÑA CANDIA.

PROF. DR. RAÚL FERNANDO BARRIOCANAL FELTES.

PROF. DR. DELIO VERA NAVARRO.

PROF. DR. LUIS FERNANDO SOSA CENTURIÓN.

PROF. DR. AMELIO CALONGA ARCE.

PROF. DR. CARLOS ANÍBAL FERNÁNDEZ VILLALBA.

PROF. DR. JOSÉ MARÍA SALINAS.

ABOG. GERARDO BOBADILLA.

ABOG. OSMAR FRETES.

EST. FERNANDO CABRERA.

EST. MARIO BALBUENA.

EST. FERNANDO ALEGRE.

EXT. ENRIQUE QUINTANA.

MIEMBROS SUPLENTE:

DOCENTES:

PROF. CARLOS GONZÁLEZ MOREL.

PROF. ÁNGEL YUBERO.
PROF. CARLOS MARÍA AQUINO.
PROF. ADOLFO GONZÁLEZ PETIT.
PROF. PATRICIO GAONA FRANCO.
PROF. ARNALDO MARTINEZ.

ESTUDIANTES:

EST. JOSÉ RODRÍGUEZ.
EST. YERUTI BARBOZA.
EST. MIRIAM ORTIZ AQUINO.

Art. 2do.- DESIGNAR al Decano Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser y al Prof. Abog. José María Costa, Directores de la Revista Académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A.

Art. 3ro.- Constituir el Consejo Editorial de la Revista Académica que estará integrado por los siguientes miembros: Prof. Dr. Oscar Llanes, Prof. Dr. Adolfo Ozuna; Prof. Dra. Irma Alfonso de Bogarín. y autorizar al Decano Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser a realizar las consultas e invitaciones correspondientes a personalidades del Derecho externas a la Facultad, nacionales o extranjeras, a fin de integrar dicho Consejo Editorial.

Art. 4to.- Disponer que el período de recepción de artículos para la Revista, en su edición del año 2017, abarque desde el 1 de septiembre al 15 de octubre del presente año.

Art. 5to.- Encomendar a los Directores de la Revista Académica la adopción de las medidas pertinentes para la organización y publicación de la misma, así como para desarrollar y adoptar las Normas de Publicación destinadas a uniformar la presentación de artículos, e iniciar los procesos correspondientes para la indexación de la Revista Académica a nivel nacional e internacional.

Art. 6to.- COMUNICAR a quienes corresponda y cumplido archivar.

Prof. Abg. Ángel A. Yubero Aponte
Secretario de la Facultad

Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
Decano y Presidente



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

NÓMINA DE EGRESADOS. AÑO ACADÉMICO 2016

CARRERA DE DERECHO

Achar Chávez, Víctor Osvaldo
Acosta López, Gabriel Osmar
Acosta Vera, Luis Alberto
Aguayo Denis, Deisy Adriana
Agüero Bareiro, María Laura
Agüero Cabrera, Leticia Montserrat
Agüero González, Alicia Sabina
Aguilar Marín, María Alejandra
Aguilera Irala, Marito Arsenio
Aguilera López, Shirley Tamara
Alcaraz Poletti, Juan Luis Martin
Alderete Filizzola, Laura Nathalia
Alegre León, Luis Fernando
Alfonso Rolón, Alejandro Derlis Omar
Alfonso Servín, Enrique Marcelo
Alfonzo Agüero, Mariela
Allende Rojas, Rubén Darío
Almada Alcaraz, Mario Alfredo
Almada Ferreira, Carmen Lucero
Almada Soley, Luciana Monserrat
Alonso Fernández, Alejandra Macarena
Alonso Mendoza, Darío Diosnel
Alonso Mendoza, David Elías
Alonzo Samaniego, Dahiana Elizabeth
Alvarenga Maldonado, Sara Edith
Alvarenga Suarez, Mariangela Jadiyi
Álvarez Gómez, Luis Alberto
Álvarez Ramírez, Alejandro Javier

Álvarez, Alexandra Bavany Nadiuska
Amarilla Almirón, María Margarita
Amarilla Estigarribia, Rebeca Analía
Amarilla Sosa, Hugo Arnaldo
Añazco Recalde, Ana Lorena
Aquino Maciel, Lorena Elizabeth
Aquino Toledo, Gina María Laura
Arana Davalos, Derlis Juan
Aranda Cañete, Deisy Diana
Aranda Pérez, Emilene
Araujo, Moisés
Arce Alvarenga, Derlis Fernando
Arévalos Arriola, María Andrea
Arévalos Bogado, Sergio Ramón
Arévalos Ruiz Díaz, Andrea Celeste
Argaña Isasi, Claudia Belén
Argüello Cabrera, Ana Nilsa
Arias Ramírez, Sebastián Alfredo
Arias Rojas, Rubén Darío
Arrechea Rozanski, Verónica María
Arrúa Mongelos, Guillermo Javier
Arrúa Villasanti, Bernardo Julián
Arza González, María Leticia
Arzamendia Caselli, Francisco Javier
Avalos Jara, Diana Montserrat
Avalos Mendoza, Cynthia Lorena
Ayala Avalos, Víctor Raúl
Ayala Oviedo, Lorena Gisselle



Ayala Rojas, Verónica María Jazmín
 Ayala Romero, Mario Ramón
 Azcona Ruiz, Hugo Nicolás
 Azuaga Bogado, María Yolanda
 Azuaga Cantero, Lila Liliana
 Bacchetta Matteucci, María De Jesús
 Báez Mendoza, Jazmín María Virginia
 Balbuena Noguera, Mario Rafael
 Barboza Frutos, Camila
 Bareiro Moran, Lino Fernando
 Barreiro Vallejos, Esteban Javier
 Barreto Arrúa, Luis Hernán
 Barreto Cordone, Deysi Carolina
 Barreto Godoy, Juan Bautista
 Barreto Jara, Paulo Cesar
 Barreto Mariño, Lorena
 Barrios Niz, Héctor Vidal
 Barrios Pereira, Cynthia Adriana
 Barrios Rivas, Juan Ariel
 Basile Figueredo, Juan Raúl
 Batscheck Rambado, Astrid Jacqueline
 Battilana Stumpfs, Rodrigo Ariel
 Bazán Zapata, Alejandro Daniel
 Bell Medina, Ivanna Lisette
 Bellenzier Melgarejo, Martin
 Benegas Morales, Cesar Andrés
 Benítez Almirón, Mauro Adrian
 Benítez Almirón, Mauro Alejandro
 Benítez Bogarín, Ana Cecilia
 Benítez Britos, Pablo Alejandro
 Benítez Cantero, Anisse Natalia
 Benítez Ecurra, Wilson Daniel
 Benítez Fernández, José Alfredo
 Benítez Jara, Romina Monserrat
 Benítez Mazacotte, Miguel Ángel
 Benítez Mendieta, Jorge Arturo
 Benítez Narváez, Braian Rainer
 Benítez Osorio, María Belén
 Benítez Villalba, Jorge Luis

Benítez, Diego Ariel
 Bernal Villagra, Leticia
 Blanco Ibáñez, Alejandra Camila
 Bobadilla Arguello, Leticia Batriz
 Bogado, Liza Mabel
 Bogarín Machuca, Andrea Cecilia
 Bolaños Lugo, Gabriela Elizabeth
 Bordón Gómez, Cesar Andrés
 Bordón Martínez, Laura Tamara
 Brítez Fernández, Eligio David
 Britos Gaston, Rodrigo José Rafael
 Brizuela Amarilla, Fernando Andrés
 Brizuela Del Val, Luz Tatiana
 Caballero Campos, Juan Rafael
 Caballero Distacio, Leila Paola
 Caballero Sánchez, Gloria Angélica
 Cabanellas López, Daiana Mirel
 Cabral Ramírez, Mariela Soledad
 Cabrera Agüero, Cristhian Augusto
 Cabrera Benítez, Adriana Leticia
 Cabrera Echeverría, Mateo Anibal
 Cabrera Flores, Rodolfo Santo
 Cabrera Gómez, Alice Paola
 Cacace Cañete, Cristina Hermelinda
 Cáceres Villalba, Evelyn Natalia
 Candia Castillo, Miguel Augusto
 Cantero Ramos, Leticia Raquel
 Cañellas Muzzachi, José Carlos
 Cardozo Amarilla, Silvia Elizabeth
 Cardozo Armoa, Emilio Giuliano
 Cardozo González, Daniel Wadie
 Cardozo Servián, Aldo Ricardo
 Cardozo Vázquez, Cecilia Estefanía
 Careaga, Gerardo
 Carrero, Cindy Asunción
 Casco Brítez, Nataly Lujan
 Casco Stewart, Sergio Humberto Jorge
 Castillo Cardozo, María Laura
 Catania Martinez, Fátima Edith

Cazal Fariña, Marizza
Centeno Fernández, Juliana Magali
Centurión Leiva, Adriana De Fátima
Centurión Leiva, María Antonella
Céspedes Gómez, Luis Héctor
Chamorro Echeverría, Lorena Graciela
Chaparro Galeano, Meliza Manuela
Chávez Adorno, Rocío Fernanda
Chávez Barreto, Evelyn Jazmín
Colman Sanabria, Gregorio
Congo Medina, Cynthia Marlene
Coronel Mendez, María Verónica
Correa López, Hugo Moisés
Corvalán Ferreira, Deborah Yanina
Cuba Gómez, Cristhel Pamela
Cuba Medina, Miriam Rossana
Cubilla Ramírez, Sonia Raquel
Cuevas, Ricardo Ramón
Da Rosa Báez, Leticia Pamela
Da Silva Bernal, Juan Antonio
Da Silva Sekikawa, Vanessa
Delgado Jara, Tania Isabel
Delvalle, Tania Amanda
Denis Cantero, Libia Yohana
Díaz Agüero, María Victoria
Díaz Ayala, Fabiola Natividad Dejesus
Díaz Benítez, Brunilde Yeruti
Díaz Correa, Jhon Luis
Díaz Morínigo, Jhon Alan
Díaz Sparling, Néstor Rubén
Domínguez Aguiar, Rosula Janet
Domínguez Cabrera, Alba Paola
Domínguez Jara, Karina Belén
Domínguez Zarza, Dionicio
Duarte Areco, Grecia María Eliane
Duarte Fleitas, Aylen Alejandra
Duarte Vázquez, María Cecilia
Duria De Godoy, Myrian Elizabeth
Elizeche Ayala, Eduardo Mateo

Encina Guillen, Lidia Lorena
Enrique Cabral, Ada Luz
Escobar González, Alejandra María
Escobar Sanabria, David Enrique
Ecurra Espínola, Guillermo Adolfo
Ecurra Petite, María Karina
Esmeil Lesme, Melissa Desiree
Espínola Cardozo, Rosana Beatriz
Espínola De Duarte, Adriana
Espínola Feliu, Norma Elizabeth
Espínola Gómez, Brenda Angélica
Espínola Pereira, Liliana Lucia
Espínola Pérez, Juan Ángel
Espínola Villasanti, Cirila Celestina
Esteche Pereira, Deisy Patricia
Estigarribia De Mayeregger, Cristina
Falcón Peña, Gabriela Edith
Fariña Lombardo, Ronald Gabriel
Fariña Mazacotte, Yilda
Fariña Rojas, Deisy Johana
Fernández Aguilera, Luz Marlie
Fernández Bogado, Carlos Marcelo
Fernández Cantero, Tania Jassmil
Fernández Castillo, Pablo Adrian
Fernández Villasboa, Carmen Carolina
Fernández Zarate, Virginia Elizabeth
Ferraro Salomón, María Bethania
Ferreira Cuevas, Adrian Aristides
Ferreira Florentín, Laura Patricia
Ferreira Recalde, María Leticia Genoveva
Figueredo Almada, Laura
Figueredo Brítez, Graciela Beatriz
Filipponi Ovelar, Rosa Soledad
Fischer González, Rodrigo De Jesús
Fleitas Diez Pérez, Diego Adolfo
Fleitas Zelaya, Yissell Mabel
Florentín Cárdenas, Leila Noemí
Florentín Cuevas, Alejandra Herminia
Florentín González, Carlos Gustavo



Florentín Martínez, Grecia Celeste
 Florentín Pintos, María Leticia
 Flores Romero, Liliana Edith
 Flores Sánchez, Lourdes Rosana
 Forestieri Galeano, Nilda Mercedes
 Franco Benegas, Rowan Rene
 Franco Florentín, Dulce María
 Franco Penayo, Rossana
 Franco Santacruz, Marcelo Fabián
 Franco Villalba, Lourdes Belén
 Fretes Aguilar, Raquel
 Fretes Cañete, Rossana Andrea
 Fretes Meza, José Manuel
 Fullaondo, Sady Esterina
 Galeano Vera, Rebecca Magaly
 Galeano Forcado, Elvio
 Galeano Iriondo, Marcia Beatriz
 Galiano Villasboa, Santiago Luis
 Gamarra Medina, Vanessa Monserrat
 Garcete Candia, Eduardo David
 Garcete Martínez, Odalis María Belén
 Garcete Ortiz, Janinna Mabel
 Garcete Rodríguez, Marian Elizabeth
 García Fernández, Naira Lennyes
 Gauto Reinaldi, Elsa Mariela
 Gavilán Brítez, Sandra Elizabeth
 Gavilán Martínez, Alicia Adriana
 Giménez Coronel, Fátima Rossana
 Giménez Morales, Rodrigo Marcos
 Giménez Valdez, Jesús Ramón Manuel
 Godoy Moreno, Florencia María Inés
 Godoy Duria, María Patricia
 Godoy Fariña, Diego Adán
 Gómez Benítez, Gustavo Adolfo
 Gómez Calcena, Juan
 Gómez de la Fuente Antúnez, Fidel
 Gómez Rolón, Daisy Pamela
 Gómez Sánchez, Rodrigo Enmanuel
 Gómez, Pedro Antonio

González Acosta, Nelson Gustavo
 González Aquino, Manal Danisse
 González Arias, Carlos Damián
 González Bogado, Rosa Margarita
 González González, Javier Ramón
 González González, Sandra Yvonne
 González González, Verónica Noemí
 González Hermoza, Guido Rene
 González Lezcano, María Lorena
 González Sanabria, Natalia Raquel
 González Servín, Clara Eloisa
 González Villalba, Liz Viviana
 González, Anthony Enrique
 Gosling de Davalos, Gladys Margarita
 Grance, Simón Gabriel
 Grau Bernal, Karen Beatriz
 Guerrero Martínez, Julio Alberto
 Gutiérrez, María José
 Hellman Rodas, Ana Isabel
 Ibarra Jara, Eduardo David Alejandro
 Idoyaga Ronzewski, Tatiana
 Imas Santa Cruz, Juan Gabriel
 Insfrán Núñez, Susana Beatriz
 Irala Bareiro, Sergio Ariel
 Jacquet Barrios, Enrique Daniel
 Jacquet Rotela, Stella Maris
 Jara Mendoza, Edgar Adrian
 Jara Vargas, Federico Martin
 Jiménez Paniagua, Jorge David
 Juvinel De Ledesma, Marta Beatriz
 Kassel Rojas, Antonio Heyn
 Kirmser Yahari, Juan Alberto
 Koopmann Riego, Alejandro Nicolás
 Larrea Vargas, Carlos Raúl
 Larroza Zabala, Jenny Zunilda
 Larterra Leiva, Mariana Karina
 Latorres Ramírez, Rocío Elizabeth
 Leguizamon Álvarez, Carmen Noemí
 Leiva Acosta, Ruth Silvana

Lezcano Arrúa, Jaime Rodrigo
Lezcano Duarte, Hugo Javier
Llano Denis, María José
Lombardo Ruiz Díaz, Yessica Noemí
López Aguirre, Alejandro Daniel
López Burgos, Juana María
López Escobar, Edgar Antonio
López González, Mirna Isabel
López Guerreros, Gustavo Ramón
López Jara, Gissell Victoria
López Mendoza, Cesar Agustín
López Molina, Ximena Carolina
López Ortellado, Mayra Luisana
López Riveros, Diego Sebastián
López Servín, Marcia Magali
López Villalba, Daniel
López Villalba, Gabriela María
Lugo Mendoza, Rebeca Andrea Tamara
Machuca Moreno, Humberto Javier
Machuca Tellez, Nadhir Alexandra
Maciel Zarate, María José
Maggi Benítez, Yamile Andrea
Maldonado Arias, Mario Orlando
Marchuk Galeano, Steven Bladimir
Marecos Cardozo, Gloria Mabel
Marecos Pereira, Lilian Lorena
Martínez Alcaraz, Lilian Pamela
Martínez Ayala Henry, Gina Marianella
Martínez Ayala, Rodrigo Lorenzo
Martínez Carmona, Arnildo
Martínez De La Cueva, Guillermo
Martínez Franco, Juan Carlos
Martínez Giménez, Diana Luz
Martínez González Maya, Aida Sofía
Martínez González, Ana Cristina
Martínez González, Nelson Fabián
Martínez Jara, Alberto
Martínez Jara, Ana Natalia
Martínez Peralta, Ariel Isacio

Martínez Ramírez, Liz Leticia
Martínez Sánchez, Giselle Elizabeth
Mazacote Arévalos, Citriz Mabel
Meaurio Román, Yolanda Jazmín
Medina Ramírez, Gladys Antonia
Medina Vargas, Paola Macarena
Melgarejo Jara, Ana Belén
Melgarejo López, José Sebastián
Melgarejo Samaniego, Andrea Beatriz
Melida García, Rodolfo Israel
Mendez Servián, Wilfrido David
Mendieta Fernández, Mariam Lorena
Mendoza Chamorro, Cynthia Noemí
Mendoza Egusquiza, Alejandro Manuel
Mercado González, Aldo Daniel
Mereles Noguera, Nadia Mireya
Mereles Salinas, Zully María Belén
Meza Medina, María Laura
Meza Robledo, Sergio Alejandro
Meza Sosa, Vanessa Carolina
Mindikowski López, Adi Nicolás
Miranda Barrios, Fabio Eduardo
Miranda Duarte, Celso Manuel
Molinas, Carlos
Monges Alonso, Vicenta Esperanza
Moral González, Alejandro
Morel Romero, Marcos Manuel
Moreno Miranda, Gabriel David
Moreno Ramírez, Tanya María Magali
Navarro Pérez, Ronald Iván
Nin Salinas, Mariam Ivonne
Noguera Almirón, Romina Noemí
Noguera Amarilla, Nidia Beatriz
Noguera Miranda, José Carlos
Núñez González, Mirla Mar
Núñez Ruiz Díaz, José Hugo
Ocampos de Veron, Ramona Elizabeth
Ocampos Godoy, Verónica Alejandra
Ojeda Areco, Natalia Concepción



Oliveira Santacruz, Maysa Nair
Ordano Vázquez, Nadia Patricia
Orihuela Battilana, Nélide Maricel
Orrego Medina, Rafael
Ortega Lovera, Lourdes Verónica
Ortiz Aquino, Diana Edith
Ortiz Benítez, Humberto Carlos
Ortiz De Mendoza, Myrian Raquel
Ortiz Irún, Royston David
Ortiz Ramírez, María Inés
Ortiz Villalba, Roberto Rafael
Orué Aquino, Jorge Antonio
Orué Cardozo, Ricardo Sebastián
Osorio Jacquet, Mirtha Carolina
Ovelar González, Federico Ariel
Ovelar Lovera, Diego José Andrés
Ovelar Medina, Elsa Luisa
Oviedo Brizuela, Jesús José
Páez Amarilla, Marilín
Páez Caballero, Nery Enrique
Paiva Aquino, María Delmar
Paredes González, Marcos Manuel
Paredes Mareco, Juana Griselda
Patiño Pascottini, Fernando David
Penayo Ortigoza, Fátima María
Peralta Ecurra, Felipe David
Pereira Giménez, Valeria Lucia
Pereira Moreno, Gustavo Javier
Pereira Rolón, Laura Patricia
Pereira Ruiz Díaz, Evelyn Raquel
Pereira Toledo, Vidalia Noemí
Pérez Ruiz, Alba Analía
Pessoa Sánchez, Ninibeth Elianne
Picco López, Gabriel Adrian
Pineda Meza, Mariana Marlene
Pita Brítez, Mariela Araceli
Poletti Benítez, Patrizia Antonella
Portillo Ocampos, Diana Raquel
Presentado Aguayo, Cándido Javier

Presentado López, Melida Solange
Prieto Jiménez, Maby Patricia
Quintana Brítez, Sara Beatriz
Quintana Centurión, Moisés Daniel
Quintana Delorenzi, Adriana Patricia
Quintana Galeano, Enrique Daniel
Quiroga Álvarez, Lucila Belén
Rachid Sánchez, Omar Venancio
Ramírez Echeverría, Hugo Cesar
Ramírez Giménez, Arnaldo Andrés
Ramírez Giménez, Ruth Victoria
Ramírez Quiñonez, Guadalupe
Ramírez Riveros, Laura Raquel
Ramírez, José Humberto Alejandro
Ramos Caballero, Patricia Elizabeth
Rautenberg Amigo, María Lidia
Recalde Aquino, Griselda
Recalde Villalba, Evelyn Pamela
Redekop Harder, Tobías
Resquín Ayala, Teresita De Jesús
Reynal Brizuela, Jorge Antonio
Reynal Brizuela, Luis Marcelo
Riego Macchi, Elena María
Riquelme Villamayor, Ruth Eumelia
Rivas Ojeda, Zara Isabel
Riveros Chaparro, Gloria María
Riveros Galeano, Andrea Rafaela
Riveros Miranda, María Lorena
Riveros Samaniego, Santiago Blas Manuel
Roa Cáceres, Ana Laura
Roa, Juan Marcelo
Robles Barrios, Eva Marcia Angélica
Rodríguez Cáceres, Estefanía
Rodríguez Carrillo, Mónica María
Rodríguez Garcete, Liliana Andrea
Rodríguez González, José Miguel
Rodríguez Orihuela, Claudia Andrea
Rodríguez Oviedo, Fabio Anibal
Rodríguez Palacios, Marcos Román

Rojas Godoy, María Cecilia
Rojas López, Andrea Lucia
Rojas Lovera, Fernando Luis
Rojas Ortigoza, Carlos Mark
Rojas Rotela, Jorge Daniel
Rojas Ruiz, Rodrigo Manuel
Rojas Verón, Analía
Rolón Aguirre, Ever David
Rolón Careaga, Ana Elizabeth
Rolón González, Daniela Magali
Rolón Prieto, María Luisa
Romero Báez, Fredy Salomón
Romero Cabrera, Schirley Larizza
Ronzewski Fariña, Walter Rodrigo
Rotela Paredes, Paola Isabel
Rubira Beneri, Gonzalo Julián
Ruiz Díaz Ayala, Juan José
Ruiz Díaz Ortega, Ana Jazmín
Ruiz Díaz Rodas, Ramona Lorena
Ruiz Díaz Rojas, Ever Gerónimo
Ruiz Díaz Sánchez, Leticia
Ruiz Riveros, Johanna Victoria
Ruiz Zayas, Yessica Belén
Saldívar Pereira, Diego Waldemar
Salina Núñez, María Virginia
Salinas Acosta, Rosa María
Salinas Ferreira, Leticia Paola
Samaniego Leguizamon, Víctor Eduardo
Samaniego Soler, María Yisel
Sanabria Encina, Limpia Elizabeth
Sanabria Otazo, Patricia Soledad
Sanabria Zarate, Mariela Delia Elina
Sánchez Cáceres, Silvia Lorena
Sánchez De Paredes, Nilda Esther
Sánchez Godoy, Karen Romina
Sánchez Pérez, Marcos David
Sánchez Servín, María Rocío Silvana
Sánchez Sienra, Cecilia Lorena
Santacruz Brizuela, Ramón Esteban

Santacruz Castillo, María Gabriela
Sarabia Benítez, Christian David
Scappini Cáceres, Horacio Rafael
Scappini Medina, Marcelo Nicolás
Schafer Pérez, Ingrid Patricia
Segovia Flor, Eliana Noemí
Segovia Ledesma, Rodrigo Luis
Senz, Diego Ricardo Sebastián
Sequeira Mancuello, Robinson Emanuel
Serván Fernández, Walter
Servín Dosantos, Cristhian Estanislao
Servín González, Yazmin Tamara
Silva Maidana, José Manuel
Silveira Arza, Larizza Noemia
Silvero Cetrini, María Antonella
Silvero Cubas, María Auxiliadora
Sosa Cabrera, Jessica Mariel
Sosa Cáceres, Lucio Renato
Sosa Caquisani, Katherine Andrea
Sosa Cuenca, Emmanuel Alejandro
Sosa Garcete, Pablo Gabriel
Sosa Maldonado, Daisy Fabiola
Sosa Molina, Juan José
Sosa Romero, Jorge Enrique
Sotelo Correa, María Gloria
Speratti Gómez, Roberto Carlos
Stanley, José Eduardo
Torossi Núñez, María Guadalupe
Torres Cristaldo, Silvia Clarisa
Torres Fernández, Axel Fernando
Torres Ibarrola, Mirna Stella
Torres Valiente, Cesar Antonio
Troche Caballero, Carmen Elizabet
Urdapilleta Sanabria, Dahiana Karina
Uriarte Scorzara, Luis Marcelo
Vaccaro Román, Jesús Daniel
Vaesken Sánchez, Gisselle Jorgina
Valdez Aquino, Porfirio Adrian
Valdez Cáceres, Aarón Itamar Bernabé



Valdez Cáceres, Omri Misael Bernabé
Valdez Morel, Rodrigo Samuel
Valiente Bogado, Pamela
Valiente Martinez, Alejandro
Valiente Martinez, Fabiola Beatriz
Valiente Rodríguez, José Raúl
Vallejos Fernández, Isaac Ismael
Varela Holowatsch, Iván Samuel
Vargas, Manuel
Vázquez González, María Laura
Vázquez Narváez, Jorge Enrique
Vega Benítez, Stefany
Velázquez Agüero, Fredy Librado
Velázquez González, Analía Belén
Velázquez Vázquez, Eduardo Andrés
Velázquez Vera, Adriana Noemí
Vera Areco, Vanessa Rocío
Vera Arzamendia, Nery Javier
Vera Duarte, Guovanni Domingo Rogelio
Vera Ortellado, Iván Wenceslao
Vera Ortellado, Juan David
Vera Peralta, Leticia Elizabeth
Vera Quiñonez, Mirtha Soledad

Vera Samaniego, Esmelda Susana
Vera, Melissa Isabel
Verdún Suarez, José Carlos
Vergara Portillo, Fátima Isabel
Verón Benítez, Gilberto Nicolás
Villalba Báez, Gustavo Enmanuel
Villalba Cardozo, María Cristina
Villalba Gutierrez, Melizza Elizabeth
Villamayor, Jorge Rafael
Villanueva Schreiber, Felipe Joaquín
Weber Grabowski, Ingrid Rosmarie
Ybarra Santacruz, Paola Mabel
Yegros Quintana, Karen Nicole
Yuruhan Sanguina, Marcelo De Jesús
Zabala Araujo, Diego Danilo
Zambrana, Karina Celeste
Zarate Céspedes, Valeria Elizabeth
Zarate Paredes, Elizandro
Zarza Ayala, Mariacelia Carolina
Zayas Coronel, Darlys Celeste
Zorrilla Argüello, Liza Rebeca
Zugasti Gotchalk, Emilio José

CARRERA DE NOTARIADO

Alonso Esteche, Claudia Vicenta
Alvarenga De Martinez, Nidia
Arrúa Lezcano, Vanessa Liliana
Barreto Maidana, Ana Leticia
Barúa Sánchez, Diego Iván
Barúa Sánchez, Myriam Elizabeth
Benítez Benítez, Paolo Ernesto
Bonzi Apuril, Amedeo Enrico
Brítez Guanes, Minerva Elizabeth
Caballero González, Araceli María Beatriz
Cabañas Peralta, Kathia Karina
Campuzano Benítez, Marcelo Damián
Cano Colman, Liliana Raquel
Cañiza Bareiro, Nilda Beatriz
Cardozo Agüero, Carmen Azucena
Casco Verna, Rebeca Nathalie
Centurión Domínguez, Pedro Sebastián
Chávez Viveros, María Fátima
Correa Acosta, Liz Carolina
Cubilla Villamayor, Hebe Judith
Dolsa Villamayor, Eligio Bonifacio
Duarte Ortega, Magdalena
Escobar Peralta, Rocío Celeste
Fasanello Estigarribia, Hugo Giuliano
Fatecha Burian, Giannina Paola
Franco Alcaraz, Griselda
Franco Cardozo, María Betania

García Zayas, Clara Mabel
Genes López, María Elizabeth
González Espínola, Adriana Elizabeth
González Zaracho, Joel Eduardo
Llanos Macedo, Miguel Ángel
Maidana Irala, Deyni Adriana
Manosalva Morínigo, Laura Monserrat
Martínez Barreto, Julio Cesar
Martínez Moreno, Lourdes María Graciela
Moreno Garay, Ruth Elizabeth
Orrego Rolón, Nathalia Andrea
Ortellado Florencio, Alcides Ramón
Otazu Oviedo, Natalia Noemí
Palumbo Serra, Roberto Javier
Piris Silva, Paola Jackelyn
Portillo Cáceres, María Monserrath
Rodríguez Acosta, María Lorena
Rodríguez Pérez, Mirna Yolanda
Rolón González, Jessica Maggin
Ruiz Díaz Quintana, Lucia Belén
Samaniego López, Patricia Raquel
Troche de Costanzo, Katia Lorena
Velázquez Verón, Derlis Ariel
Vera Franco, María Fernanda
Zalazar Recalde, Pablo Iván
Zarate De Barreto, Elizabeth Fernanda



EGRESADOS FILIALES 2016

EGRESADOS FILIAL CAAGUAZÚ

Aguayo Benítez, Liza Andrea
 Almada Estigarribia, Ramón
 Ayala Velázquez, Olga Luisa
 Báez Villaverde, Ruth Mabel
 Caballero Pereira, Ada Inés
 Cardozo Riveros, Liz Carolina
 Duarte Martinez, Cesar
 Ferriol Velázquez, Luis Carlos
 Franco Silguero, Teresa Dejesus
 Gómez Silvero, Marcos José
 Jara Martinez, María Graciela
 Legal Villalba, Blas Antonio
 López Estigarribia, Blanca Elena
 López Fernández, Richard Laureano
 Mercado Enciso, Andrea Maricel

Ovelar Sanabria, Alcides Osmar
 Paniagua Lezcano, Caren Andrea
 Peralta Báez, María Cristina
 Peña Estigarribia, Yohana Antonia
 Ríos González, Eduardo José
 Rolón Zelaya, María Nancy
 Romero Notario, Gustavo Marcelo
 Salinas Cabañas, Gloria Stefani
 Santander de González, Denise Noemí
 Saucedo López, Jorge
 Silva Mendoza, Carlos
 Sosa Saldívar, Bernardino
 Speratti Mendoza, Pablo Rene
 Vera de Pérez, Liz Perla

EGRESADOS FILIAL SAN PEDRO

Benegas Arteta, José Lorenzo
 Benegas Servián, Gustavo Adolfo
 Benítez Treco, Daysi
 Bernal Torres, Adelaida
 Brítez Jara, Richard Iván
 Casco Escobar, Rodrigo Ismael
 Castro González, Aldo Isidro
 Cañete Aranda, Paola
 Espínola Auada, María Elvina
 Espínola Espínola, Catalino
 Ferreira, María Eugenia

Ferreira Alonzo, Nidia
 Franco Villalba, Nei Andino
 Garcete Navarro, Marcia Paola
 Garcete Riveros, Luis Carlos
 Gavilán Maldonado, Carmen Fabiola
 Giménez Arias, Daisy Lorena
 Gómez González, Ronaldo Agustín
 González, Alberto
 González Carmona, Noelia
 Irala Romero, Laura Pamela
 Jara Cantero, María Mercedes

Jara Ferreira, Fabiani María
Martínez Abreu, Nora Graciela
Martínez Martínez, Miguel María
Mena Fernández, Jorge
Mena Valiente, Gilberto Manuel
Mendoza, Fátima Amelia
Mendoza Imlach, Sonia Mabel
Mercado González, Nelson Miguel
Molinas Peralta, Alfredo Daniel
Olmedo, Nancy Ydalina
Ramírez González, Gloria Celina

Riella Rotela, Doralice
Rivela De Paiva, Nilse
Rojas Martínez, Adán Bernardo
Ruiz Recalde, Gustavo Guzmán
Sanabria Burgos, Celia Yilda
Sanabria Reyes, Cinthia Carolina
Valiente González, Pedro David
Valiente Sosa, Domingo Javier
Vera Saucedo, María De Fátima
Villalba Agüero, Marta Odile
Zarate Valiente, Dolores Dejesus

EGRESADOS FILIAL SAN JUAN BAUTISTA-MISIONES

Aguilera Meza, Elías Raimundo
Alegre Ramos, María De Los Ángeles
Altamirano Vázquez, Edgar
Amarilla Rodríguez, Rosana Beatriz
Báez Román, Felisa
Caballero Pelozo, Cynthia Carolina
Castiñeira Da Rosa, Benigno Osmar
Del Puerto Morínigo, María De La
Fernández Vanni, María Belén
Franco Vera, Mirna Dolores
Gómez Ramírez, Erika Montserrath
Gómez Román, Jessica Adelaida
González Ramos, Daniela
Haedo Lugo, Teodoro Joel
Maidana Agüero, Mario Celso
Maidana Rodríguez, María Belén
Maudslay Galeano, Ilse Tatiana
Melgarejo Amarilla, Laura Verónica
Mendez Giménez, Edgar Manuel

Meza Portillo, Hugo David
Molas Brítez, Paul Alexander
Morel Céspedes, Mirian Soledad
Morínigo Agüero, Laura Patricia
Mosqueda Zarza, Cecilia Silvana
Obregón Olmedo, Damasio
Ojeda Fretes, Alicia Maricel
Ortiz Cantero, Patricio
Pino Encina, Paola Beatriz
Ríos Mareco, Fernando Zacarías
Ríos Rodas, Jhoana Liz
Ríos Villalba, Yamila Gisela
Romero Ramos, Emilio
Sanabria Espinoza, Sebastiana
Silva Cardozo, Gustavo Valentín
Silva Quevedo, Hugo Daniel
Tocaimasa Llano, María José
Valdovinos Otazu, Bernarda María
Zaracho Ozuna, Jorge Antonio



EGRESADOS FILIAL SAN ESTANISLAO

Alderete Pacce, Ana Lourdes
 Alfonso Vadora, Eliane
 Aluan Arias, Alaim Amman
 Arias Martinez, Gilse Carolina
 Aveiro Colman, María Lisandra
 Benítez Gavilán, Noelia Rocío
 Benítez Ríos, María Eugenia
 Benítez Sánchez, Luis Orlando
 Brítez Ortega, José
 Cabrera González, Mirna Elizabeth
 Candia Diarte, Héctor Daniel
 Cantero Villalba, Oscar Ariel
 Carrillo Armoa, Susan Gisselle
 Colman Monges, Hugo David
 Davalos Portillo, Heriberto Anastacio
 Díaz Alderete, Humberto Rubén
 Díaz Alderete, Silvia Lorena
 Escobar González, Albina
 Esquivel del Puerto, José Rodrigo

Fariña Silvero, Elder José
 García Pérez, Ana Belén
 Gaston Gill, Leticia Janine
 González Fariña, Mario Hernán
 González Maris, María Magdalena
 González Paredes, Lino Rafael
 López Romero, Estela
 Ortellado Ibarrola, Alexis Fabián
 Ovando Colman, Marian Tatiana
 Ovando Paredes, Alejandro Luis
 Paniagua González, María Selva
 Penayo Franco, Lidia Ramona
 Penayo Speranza, Edgar Ricardo
 Penayo Speranza, Lorena
 Safi Mendez, Liz Rossana
 Silvero Gauto, Sindulfo Miguel
 Speranza Portillo, Aldo David
 Vega Osorio, Liz Karina
 Vera Ovelar, Juanita Elizabeth

EGRESADOS FILIAL QUIINDY

Acosta, Epifanio
 Álvarez, Noelia Ramona
 Ayala Maciel, Fabio Enrique
 Ayala Servín, Rossana Isabel
 Britos González, María Soledad
 Britos Mora, Silvana Soledad
 Cáceres Chaparro, Francisco Miguel
 Cáceres Jara, Blas Darío
 Enciso Torres, Jorge Manuel
 Fernández Prieto, Guillermo

Gaete Isasi, Elvio Joaquín
 Lovera Mora, Nidia
 Maidana Benítez, Ricardo Manuel
 Montiel Sosa, Liza Ramona
 Mora De Adorno, Andrea Rosalía
 Noguera Villalba, Lorena
 Retamozo Prieto, Rocío Fabiola
 Sosa Ramírez, Natalia Adriana
 Zayas Duarte, Griselda

EGRESADOS FILIAL PEDRO JUAN CABALLERO

Acosta Centurión, Luis Carlos
Arévalos Leiva, Lorena Karen
Arguello Samaniego, Gerardo Diosnel
Azcona Leiva, Humberto Ariel
Benítez Alvarenga, Oscar
Benítez Giménez, Francisco Javier
Benítez Melgarejo, Dominga Mabel
Cabrera Cabral, Miguel Ángel
Fernandez Prieto, Rita Carolina
Ferreira González, Liz Paola
González Casco, Mara Lena
González Cuenca, Ramón Darío
García Benítez, Emiliana
Ledezma Arce, Nicasio
Lesmo Céspedes, Ignacio Ramón
Martínez, Viviana

Molinas Desvars, Lucelia Diana
Peralta González, Jessica Pamela
Quintana Areco, Edison
Ramírez Cabañas, Natalia
Ramírez Delgado, Liliana Noemí
Ramírez Estigarribia, Nancy Carolina
Ramírez Peña, Rodrigo
Rivarola Martí, Daniel
Rodríguez Colman, Alma María
Saenger Ferreira, Vanessa Mabel
Talavera Niz, José Fernando
Valenzuela González, Cecilio Ramón
Vargas Carballo, Esteban
Vega Ayala, Erica Bettina
Villalba Arévalos, María Irginia

EGRESADOS FILIAL CORONEL OVIEDO

Agüero Benítez, Viviana Antonella
Alvarenga Gavilán, José Domingo
Benítez Romero, Liz Marcela
Cabaña González, Idalina
Cabrera Acosta, Gustavo Ramón
Cabrera Acosta, Juan Carlos
Cardozo Elizaur, Zunilda
Centurión Villalba, Elena Melissa
Céspedes Escobar, Jesús María
Decoud Amarilla, Víctor Darío
Espínola Chamorro, Cristal Camila
Fariña Duarte, Paola María Alisa
Flecha González, Fany Rosmari

Giret Soto, Martín Gabriel
Gómez Uran, Víctor Hugo
Leiva Franco, Cynthia Elena
Narvaja Castillo, Nuvia
Ortiz Benítez, Santiago Rafael
Pérez Portillo, Evelin Felicita
Schuh, Kariza Daiana Aparecida
Serván Fernández, Fabio Darío
Uldera Bernal, Liliana
Vázquez Ramos, Derlis Javier
Vázquez Sosa, Lidia Karina
Viveros Martínez, Gerónimo
Wiegert Escobar, Noelia Karina



EGRESADOS FILIAL BENJAMÍN ACEVAL

Acosta Quintana, Karen Paola
 Agüero Espínola, Juan Ángel
 Aldama Gómez, Wilson
 Barrios, Jorge Ernesto
 Benítez, María Soledad
 Bogado Silva, Adrian Eduardo
 Chávez Vidallet, Carlos Alberto
 González Recalde, María Angélica
 González Solalinde, Norma Raquel
 González Vera, Olga Beatriz

Maldonado Grance, Liliana Elizabeth
 Mineur Fleitas, Hugo Orlando
 Ojeda Ruiz Díaz, Mirtha
 Recalde Coronel, Carlos Miguel
 Romero Centurión, Natalia Elizabeth
 Saucedo Machuca, Luz Mabel
 Vergara Torres, José María
 Villalba Díaz, Yessy Pamela
 Villalba Laterra, Laura Andrea

EGRESADOS FILIAL CAACUPÉ

Agüero Franco, Anibal Alberto
 Alcaraz Samudio, Divina Gabriela Antonia
 Ayala Cabriza, Karina Celeste
 Balbuena González, Fátima Concepción
 Bas Servín, Natalia Jazmín
 Benítez Gómez, José Marcial
 Brítez Samudio, Luis Ramón
 Britos Marín, Rolando
 Cabello Kulman, Liz Maiela
 Cabrera Cabrera, Jessica Gisella
 Cáceres Paredes, Astrid Claribel
 Cañete Riquelme, Carmen Romina
 Caquisani Bizama, Ingrid Andrea
 Cardozo Gómez, Lissi Marlene
 Casco Núñez, Luis María
 Castillo Fleitas, Carlos Eduardo
 Cohene Estigarribia, Félix Marcelo

Coronel Mendez, Marly Marilyn
 Coronel Ortega, Víctor Javier
 Cousiño Bareiro, Patricia Noemí
 Cowan Ruiz, Joel David
 Cristaldo De Bogado, Zuny Gricelda
 Daiub Núñez, Alexis Abrahan
 Estigarribia Allende, Gloria Raquel
 Estigarribia Saldívar, Mónica Johana
 Fariña Ramírez, Marco Ricardo
 Ferreira Cano, Hugo Javier
 Ferreira Noguera, Ana Karen
 Franco De Benítez, Zonia
 Fullaondo García, María Victoria
 Galeano González, Carlos Raúl
 Galeano González, Virgilio Salvador
 Gómez Centurión, Ronald
 González Correa, Fernando Rene

González Guerrero, Diana María
Guillen Irala, Oscar Marcelo
León Recalde, Laura Magali
Lezcano González, Moisés Manuel
Mendez De Patiño, Gissella Mariel
Mendoza, Luis Santiago
Miltos Rojas, Marcelo Michel
Muller Duarte, Sandra Larissa
Noguera Candia, Carlos Tomas
Núñez Arzamendia, Anibal Antonio
Núñez Cano, Yamila Aldana
Ojeda, Lia Marlene
Ojeda Ayala, Mirian
Palacios, Víctor Manuel
Peralta, María Elba
Pereira Arce, Nelson Rene

Pérez Ramos, Luis Enrique
Piñanez Oliveira, Adriana Margarita
Rademacher de Bogado, Katharina Andrea
Ramírez Dure, Dionisio Antonio
Roa Fernández, Jessica Bianca
Rojas González, Fernando
Rolón Recalde, José Rolando
Rotela Franco, Laura Angélica
Sanabria Ibarra, Edgar
Silva Aguilera, María Lucia
Solís De Pérez, María Elizabeth
Tanis De Pérez, Virna Teresa
Velázquez Colman, Miguel Ángel
Vera García, María Natalia
Zaracho Moray, Dea Marlene

EGRESADOS DE LA ESCUELA DE CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

Benítez Irala, Sergio David
Velázquez Gauto, Nery Andrés
Godoy Giménez, Perla Primitiva
Cartaso Vidal, Mariana Elizabeth
Benítez Cardozo, Fabiola Leonor
Valdez Ayala, Norberto Darío
Cuevas González, Olga
Samaniego Cáceres, Francisco Javier

Bernal Figueredo, Nadia Carolina
Báez Alvarenga, Oscar David
Álvarez Brítez, Andrea Rocío
Ortiz Portillo, María Lujan
Molinas, Luis Alberto
Benítez Escobar, Mara Jazmín
Benítez Galeano, Nelson Concepción
Sisa Valinotti, Laura Berenice



