UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

REVISTA



2007

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

Dirigir correspondencia a:

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

Asunción - Paraguay

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

DECANO

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea

VICE DECANO

Prof. Dr. Antonio Fretes

MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO

Prof. Dr. Raúl Fernando Barriocanal Feltes
Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce
Prof. Dr. Carlos Aníbal Fernández Villalba
Prof. Dr. Fausto Edia Portillo Ortellado
Abog. Enrique Javier Berni Britez
Abog. Julio Eguzquiza Irun
Univ. Julián Agustín Vega Insfrán
Univ. Jorge Luis Bogarín Alfonso
Univ. Juan Ángel Ariel Venialgo Cibils

MIEMBROS SUPLENTES

Docentes
Prof. Abog. Patricio Gaona Franco
Prof. Dr. Adolfo Paulo González Petit

No docentes
Abog. Pedro Danilo Sanabria Martínez
Abog. Derlis Patrocinio Maciel Riveros

Estudiantes
Univ. Rodrigo Arturo Lezcano Rossi
Univ. José Antonio González Maldonado
Univ. Sandra Bernarda Núñez Llano

Asambleísta docente
Titular. Prof. Dr. Carlos Víctor Kohn Benítez
Suplente. Prof. Dr. Oscar Bogado Fleitas

Asambleísta no docente
Titular
Abog. Gustavo Adolfo Erico

Suplente
Abog. César Alberto González Velásquez

REPRESENTANTES ANTE
EL CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO

Titular
Prof. Dr. Fausto Edia Portillo Ortellado

Suplente
Prof. Dr. Fremior Ortiz Pier Paoli

REPRESENTANTE ESTUDIANTIL ANTE
LA ASAMBLEA UNIVERSITARIA

Titular
Jorge Marcelo Maidana Tilleria

Suplente
Néstor Orlando Coronel Pizzani

SECRETARIO GENERAL

Prof. Abog. Carlos María Aquino López

DIRECTOR ACADÉMICO

Prof. Dr. Oscar Idilio Bogado Fleitas

SERVICIO DE ASISTENCIA LEGAL

Director. Prof. Santiago Adán Brizuela

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

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO PÚBLICO

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

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO PRIVADO

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

INSTITUTO DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

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

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

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

SERVICIO DE ASISTENCIA LEGAL

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

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

Profesor	Asignatura	Categoría	Curso	Turno
Acevedo González María Elena	Finanzas Públicas	Asistente	Tercero	Noche
Alfonso de Bogarín Irma	Derecho de la Niñez	Asistente	Primero Notariado	Noche
Alfonso de Bogarín Irma	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero Tercera	Noche
Alfonso de Bogarín Irma	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero Segunda	Noche
Allen Hugo	D. Procesal Civil I Parte	Adjunto	Cuarto	Noche
Allen Hugo	D. Procesal Civil II Parte	Titular	Quinto	Tarde
Almada Cáceres Mirta Beatriz	Derecho Civil (Cosas)	Asistente	Tercero	Tarde
Almada Florencio Pedro	Derecho Civil (Cosas)	Titular	Tercero	Noche
Almada Florencio Pedro	Derecho Civil (Cosas)	Titular	Tercero	Tarde
Almirón Prujel María Elodia	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto Primera	Noche
Añazco de Ayala Lilia	Derecho Notarial	Asistente	Cuarto	Noche
Arce Obregón Carlos	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Arce Obregón Carlos	Finanzas Públicas	Asistente	Tercero	Tarde
Barriocanal Fernando	Derecho Romano I Parte	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Barriocanal Fernando	Derecho Romano II Parte	Adjunto	Segundo Primera	Noche
Battilana Nigra Raúl	Introducción al Derecho	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Battilana Nigra Raúl	Introducción al Derecho	Titular	Primero Segunda	Noche
Benítez de Mandelburger María V.	Elementos de Estadísticas	Asistente	Primero Primera	
Benítez de Mandelburger María V.	Elementos de Estadísticas	Asistente	Primero Segunda	
Benítez Luis G.	Derecho Romano I Parte	Adjunto	Primero Segunda	Tarde
Benítez Luis G.	Historia Diplomática	Adjunto	Cuarto Segunda	Noche
Blanco Sindulfo	Derecho Tributario	Adjunto	Sexto	Noche
Blanco Sindulfo	Economía Política	Adjunto	Primero Primera	Tarde
Blasco Patricia	Criminología	Asistente	Primero Primera	Tarde
Blasco Patricia	Criminología	Asistente	Primero Segunda	Noche
Bogado Fleitas Oscar	Derecho Aeronáutico	Asistente	Quinto	Noche
Bogado Fleitas Oscar	Derecho Aeronáutico	Titular	Quinto	Tarde
Bogarín Sarubbi Jorge	Derecho Civil (Contratos)	Asistente	Quinto	Noche
Brambilla Peña Israel F.	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Tarde
Buongermini Mercedes	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero Tercera	Noche
Caballero Giret Marco Vinicio	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Caballero Giret Marco Vinicio	Finanzas Públicas	Asistente	Tercero	Noche
Caballero Giret Marco Vinicio	Finanzas Públicas	Asistente	Segundo- Notariado	Noche
Cabrera Añazco Bella Ramona	Técnica de Litigación Criminal	Asistente	Sexto	Noche
Cáceres Volpe Agustín María	D. Civil (Obligaciones)	Asistente	Tercero - Notariado	Noche
Calonga Arce Amelio	D. Procesal Civil I Parte	Adjunto	Cuarto	Tarde
Calonga Arce Amelio	D. Procesal Civil I Parte	Titular	Cuarto	Noche

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

Calonga Arce Amelio	D. Procesal Civil II Parte	Asistente	Cuarto (Notariado)	Noche
Cantero Enrique	Derecho Procesal Penal	Titular	Sexto	Noche
Cantero Enrique	Derecho Procesal Penal	Titular	Sexto	Tarde
Carballo Mutz Francisco José	Derecho Procesal Penal	Asistente	Sexto	Noche
Casal Di Lascio María Bellmar	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo	Tarde
Casal Di Lascio María Bellmar	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo Primera	Noche
Casco Pagano Hernán	D. Procesal Civil I Parte	Asistente	Tercero - Notariado	Noche
Casco Pagano Hernán	D. Procesal Civil I Parte	Titular	Cuarto	Noche
Casco Pagano Hernán	D. Procesal Civil II Parte	Titular	Quinto	Noche
Castiglioni Alvarenga Carmelo	Derechos Intelectuales	Asistente	Quinto	Tarde
Castillo Gamarra Celso	Introd. Est. Ciencias Sociales	Asistente	Primero Primera	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto Primera	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Derecho de la Integración	Adjunto	Tercero	Tarde
Centurión Morínigo Ubaldo	Derecho Político	Adjunto	Tercero	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Filosofía del Derecho	Adjunto	Quinto	Noche
Centurión Morínigo Ubaldo	Introducción al Derecho	Titular	Primero Primera	Noche
Chase Plate Luis Enrique	Derecho Administrativo	Titular	Quinto	Noche
Chase Plate Luis Enrique	Derecho Constitucional	Adjunto	Cuarto Primera	Noche
Coll Rodríguez César	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Primera	Noche
Colman Rodríguez Antonio	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Colman Rodríguez Antonio	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Tarde
Cristaldo Cabral Pastor	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo Primera	Noche
Cristaldo Cabral Pastor	Introducción al Derecho	Asistente	Primero Primera	Noche
De León Miguel Ángel	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo Primera	Noche
Delmás Frescura Guillermo	Derecho Procesal Penal	Titular	Sexto	Noche
Díaz Delgado Rolando Porfirio	Derecho Intelectual Privado	Asistente	Tercero - Notariado	Noche
Elizeche Almeida Modesto	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto	Tarde
Elizeche de Bedoya Sandra E.	Derecho Tributario	Asistente	Cuarto - Notariado	Noche
Elizeche Marco Antonio	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Tarde
Elizeche Marco Antonio	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Noche
Encina De Riera Cruz	Criminología	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Encina Marín Alejandro	Criminología	Titular	Primero Tercera	Noche
Encina Marín Alejandro	Derecho Procesal Penal	Titular	Sexto	Noche
Estigarribia Elizeche Hugo	Derecho Romano II Parte	Titular	Segundo Segunda	Noche
Estigarribia Elizeche Hugo	Criminología	Titular	Primero Segunda	Noche
Estigarribia Gutiérrez Hugo	Derecho Romano I Parte	Asistente	Primero Primara	Noche
Estigarribia Gutiérrez Hugo	Introducción al Derecho	Asistente	Primero Segunda	Noche
Fernández Alarcón Rafael	Criminología	Asistente	Primero Tercera	Noche
Fernández Alarcón Rafael	Derecho Político	Asistente	Tercero	Noche
Fernández Alarcón Rafael	Derecho Político	Asistente	Tercero	Tarde
Fernández De Brix Wilfrido	Derechos Intelectuales	Adjunto	Quinto	Tarde
Fernández De Brix Wilfrido	Derechos Intelectuales	Asistente	Segundo - Notariado	Noche
Fernández Gadea Carlos	Derecho Agrario	Titular	Segundo Primera	Noche
Fernández Gadea Carlos	Derecho Marítimo	Titular	Cuarto	Noche
Fernández Gadea Carlos	Derecho Mercantil I Parte	Titular	Cuarto	Noche
Fernández Villalba Carlos Aníbal	Derecho Administrativo	Asistente	Quinto	Tarde
Fernández Villalba Carlos Aníbal	Derecho Marítimo	Adjunto	Cuarto	Tarde
Fernández Villalba Carlos Aníbal	Derecho Marítimo	Adjunto	Cuarto	Noche
Fernández Villalba José Luis	Derecho Marítimo	Asistente	Cuarto	Tarde
Fernández Villalba Julio Cesar	Derecho Agrario	Asistente	Segundo Primera	Noche
Fleitas Arguello Francisco	D. Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Noche

Franco Benítez Martin	Derecho Romano II Parte	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Franco Benítez Martin	Derecho Romano II Parte	Asistente	Segundo	Tarde
Fretes Antonio	Derecho Agrario	Titular	Segundo	Tarde
Fretes Antonio	Quiebras	Adjunto	Quinto	Noche
Fretes Antonio	Derecho Agrario	Titular	Segundo Segunda	Noche
Fretes Ferreira Víctor Alfonso	Derecho Marítimo	Asistente	Sexto	
Fretes Ferreira Víctor Alfonso	Sociología	Asistente	Primero	
Galeano Pío	Derecho Mercantil II Parte	Asistente	Tercero Notariado	Noche
Gaona Franco Patricio	Quiebras	Asistente	Quinto	Noche
Garay Cesar	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Garay César	Derechos Humanos	Titular	Cuarto	Noche
Giménez Lidia	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Tarde
Gómez Buongermini Francisco	Quiebras	Asistente	Cuarto - Notariado	Noche
Gómez Buongermini Francisco	Quiebras	Asistente	Tercero Notariado	
Gómez Fleytas José Gaspar	Derecho Romano II Parte	Adjunto	Segundo Primera	Noche
Gómez Frutos Raúl	Derecho Mercantil I Parte	Asistente	Cuarto	Tarde
Gómez Grassi Atilio	Quiebras	Titular	Quinto	Noche
González Alfonso Carlos	D. Procesal Civil II Parte	Titular	Quinto	Tarde
González Alfonso Carlos	Derecho Notarial	Titular	Cuarto	Noche
González Ferreira Osvaldo	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Primera	Noche
González Macchi José Ignacio	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Primera	Noche
González Macchi José Ignacio	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Segunda	Noche
González Morel Carlos Gustavo	D. Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
González Morel Carlos Gustavo	Derecho Notarial	Asistente	Cuarto	Noche
González Morel Carlos Gustavo	Derecho Registral	Asistente	Notariado	Noche
González Petit Adolfo Paulo	Criminología	Titular	Primero Segunda	Noche
González Petit Adolfo Paulo	Medicina Legal	Titular	Cuarto	Noche
Gorostiaga José Emilio	Criminología	Titular	Primero Primera	Noche
Huerta Delgado Felipe Ramón	Economía Política	Asistente	Primero Tercera	Noche
Huerta Delgado Felipe Ramón	Economía	Asistente		Noche
Ibáñez Benítez José María	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto Segunda Cát.	Noche
Ibáñez Benítez José María	Derecho Político	Asistente	Tercero	Noche
Ibarra Cabezudo, Enrique	Economía Política	Titular	Primero Segunda	Noche
Insfrán Saldivar Lineo Augusto	Derecho Civil Personas	Asistente	Primero - Notariado	Noche
Köhn Benítez Carlos Víctor	Derecho Civil (Sucesiones)	Titular	Sexto	Noche
Köhn Benítez Carlos Víctor	Derecho Penal II Parte	Titular	Tercero	Tarde
Köhn Gallardo Claudia Liliana	Derecho Civil (Sucesiones)	Asistente	Sexto	Noche
Köhn Gallardo Marcos	Derecho Civil (Sucesiones)	Asistente	Sexto	Tarde
Lezcano Arias José Nicolás	Medicina Legal	Asistente	Cuarto	Noche
Lezcano Claude Luis	Derecho Constitucional	Asistente	Cuarto Segunda	Noche
Llamas Gómez Francisco	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Primera	Tarde
Llanes Torres Oscar	Deontología Jurídica	Asistente	Sexto	Tarde
López Cáceres Florentín	Técnica Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
López Saffi Silvia	Derecho de la Niñez	Asistente	Segundo Primera	Noche
Martínez Simón Alberto	Derecho Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Tarde
Martínez Valinotti Inés	D. Internacional Privado	Asistente	Sexto	Noche
Martínez Valinotti Inés	Derecho Aeronáutico	Adjunto	Quinto	Noche
Martínez Valinotti Inés	Derecho Aeronáutico	Asistente	Quinto	Tarde
Melgarejo Eusebio	D. Internacional Privado	Asistente	Sexto	Noche
Mendelzon Módica Mariana	D. Internacional Privado	Asistente	Sexto	Tarde
Mereles Leite Imbert	D. Procesal Civil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde

Mereles Leite Imbert	Derecho Procesal Civil I Parte	Asistente	Quinto	Tarde
Mersán Carlos Antonio	Derecho Tributario	Titular	Sexto	Noche
Mersán Galli Pedro Hugo	Derechos Intelectuales	Adjunto	Quinto	Noche
Montanaro Robledo Alfredo A.	Introducción al Derecho	Asistente	Primero	Tarde
Moreno Rodríguez José Antonio	Derecho Civil (Contratos)	Asistente	Quinto	Tarde
Moreno Rodríguez José Antonio	Derecho Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Noche
Moreno Rodríguez Liliana	Derecho Civil (Personas)	Asistente	Segundo	Tarde
Moreno Ruffinelli José Antonio	Derecho Civil (Personas)	Titular	Segundo	Tarde
Moreno Ruffinelli José Antonio	Derecho Civil Personal	Titular	Segundo	Noche
Noguera Genes Rosa	Introducción al Derecho	Asistente	Primero Primera	Tarde
Ocampos Araujo Benito	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Noche
Ojeda Saldivar Esteban	Derecho Civil (Obligaciones)	Adjunto	Cuarto	Noche
Ojeda Saldivar Esteban	Derecho Político	Asistente	Tercero	Tarde
Ortega de Reyes Norma	Medicina Legal	Asistente	Cuarto	Tarde
Ortiz Pierpaoli Fremiort	Derechos Intelectuales	Titular	Quinto	Tarde
Oviedo de Torales Nimia	Historia Diplomática	Asistente	Cuarto	Tarde
Ozuna Adolfo	Deontología Jurídica	Asistente	Sexto	Noche
Paredes Doris Raquel	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Noche
Paredes Felipe Santiago	D. Procesal del Trabajo	Titular	Sexto	Noche
Paredes Felipe Santiago	Derecho del Trabajo	Titular	Segundo Primera	Noche
Paredes Juan Carlos	D. Mercantil II Parte	Asistente	Quinto	Tarde
Paredes Recalde Oscar Luciano	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Parquet Villagra Javier	D. Administrativo	Asistente	Quinto	Noche
Pavón Fleitas Christian	Derecho Notarial	Asistente	Notariado	Noche
Peña Myrian	Derecho Civil (Personas)	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Peña Myrian	Derecho de la Niñez	Asistente	Segundo	Tarde
Peralta Vega Raúl	Técnica de Litigación Criminal	Asistente	Sexto	Tarde
Pereira Jiménez María Del Mar	D. Romano I Parte	Asistente	Primero Primera	Tarde
Pereira Saguier Benito	Técnica Jurídica	Adjunto	Sexto	Tarde
Pereira Saguier Benito	Técnica Jurídica	Titular	Sexto	Noche
Pérez Aguayo Roberto	Derecho Penal II Parte	Asistente	Tercero	Noche
Portillo Ortellado Fausto	Derecho Tributario	Adjunto	Sexto	Tarde
Portillo Ortellado Fausto	Economía Política	Titular	Primero Segunda	Tarde
Portillo Ortellado Fausto	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Tarde
Pucheta de Correa Alicia	D. de la Niñez y la Adol.	Titular	Segundo Primera	Noche
Pucheta de Correa Alicia	Derecho del Trabajo	Adjunto	Segundo	Tarde
Recalde Carmen	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Riera Hunter Marcos	Lógica Jurídica	Titular	Primero Tercera	Noche
Ríos Ávalos Bonifacio	D. Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Noche
Ríos Ávalos Bonifacio	Derecho Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Tarde
Ríos Ávalos Bonifacio	Derecho Mercantil II Parte	Adjunto	Quinto	Tarde
Rivarola de Pfannl Patricia	D. Internacional Publico	Asistente	Tercero	Tarde
Rivarola Paoli Juan Bautista	Derecho Romano I Parte	Titular	Primero Segunda	Noche
Rivarola Paoli Juan Bautista	Economía Política	Titular	Primero Segunda	Noche
Rivarola Paoli Juan Bautista	Economía Política	Titular	Primero Primera	Noche
Rivarola Paoli Juan Bautista	D. Internacional Público	Adjunto	Tercero	Tarde
Rivarola Paoli Juan Bautista	D. Internacional Público	Asistente	Tercero	Noche
Rivarola Pérez Juan Bautista	Economía Política	Asistente	Primero Segunda	Noche
Rivarola Pérez Juan Bautista	Economía Política	Asistente	Primero Primera	Noche
Rodríguez González Aldo	Derecho Civil (Obligaciones)	Asistente	Cuarto	Tarde
Rodríguez Kennedy Oscar	Derecho Penal I Parte	Titular	Segundo	Tarde

Rodríguez Kennedy Oscar	Derecho Penal II Parte	Titular	Tercero	Noche
Rojas Benítez Olga	Historia Diplomática	Asistente	Cuarto Primera	Noche
Rolón Fernández Emiliano	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo	Tarde
Romero Toledo Rubén Darío	Derecho Penal II Parte	Asistente	Tercero	Tarde
Ruiz Díaz Labrano Roberto	D. Internacional Privado	Titular	Sexto	Noche
Ruiz Díaz Labrano Roberto	Derecho de la Integración	Asistente	Tercero	Tarde
Ruiz Díaz Labrano Roberto	Derecho de la Integración	Titular	Tercero	Noche
Russo Cantero Carlos	Derecho de la Integración	Adjunto	Tercero	Noche
Saguier Guanes Jorge L.	Derecho Político	Adjunto	Tercero	Tarde
Saguier Guanes Jorge L.	Derecho Político	Titular	Tercero	Noche
Salúm Flecha Antonio	Historia Diplomática	Titular	Cuarto Primera	Noche
Salúm Pires Eric	Introducción al Derecho	Titular	Primer Segunda	Tarde
Samaniego Correa Luis	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Samaniego de Centurión Stella	Sociología	Asistente	Primer Segunda	Noche
Samaniego de Centurión Stella	Sociología	Asistente	Primero Segunda	Tarde
Sánchez Cristóbal	Criminología	Asistente	Primero Primera	Noche
Sánchez Cristóbal	Derecho Penal II Parte	Asistente	Tercero	Noche
Sánchez Florentín Víctor	Derecho Civil (Cosas)	Asistente	Tercero	Noche
Sánchez Godoy Concepción	D. Procesal del Trabajo	Asistente	Cuarto - Notariado	Noche
Sánchez Godoy Concepción	D. Procesal del Trabajo	Asistente	Sexto	Noche
Sánchez Godoy Concepción	Derecho del Trabajo	Asistente	Segundo Primera	Noche
Sánchez Gómez Librado	D. Internacional Público	Asistente	Segundo - Notariado	Noche
Sánchez Juan	Derecho Agrario	Asistente	Segundo	Tarde
Seall Sasiain Jorge	D. Constitucional	Asistente	Cuarto	Tarde
Sosa Centurión Luis Fernando	Derecho Agrario	Adjunto	Segundo Primera	Noche
Sosa Centurión Luis Fernando	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Tarde
Sosa Centurión Luis Fernando	Finanzas Públicas	Titular	Tercero	Noche
Sosa Elizeche Enrique	Derecho Administrativo	Adjunto	Quinto	Tarde
Sosa Jovellanos Carlos	Derecho Tributario	Asistente	Sexto	Noche
Sosa Jovellanos Carlos	Introducción al Derecho	Asistente	Primero Tercera	Noche
Stanley de Mena Patricia	Derecho de la Integración	Asistente	Tercero	Noche
Torres Kirmser Domingo Luis	Quiebras	Asistente	Quinto	Tarde
Torres Kirmser José Raúl	Derecho Civil (Obligaciones)	Titular	Cuarto	Noche
Torres Kirmser José Raúl	Derecho Mercantil II Parte	Titular	Quinto	Noche
Torres Rosas María Iris Delcy	Derecho Civil (Sucesiones)	Asistente	Sexto	Noche
Trovato Pérez Guillermo	Derecho de la Niñez.	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Turbaux Fabrice	Derecho Mercantil I Parte	Asistente	Segundo - Notariado	Noche
Velázquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Primero - Notariado	Noche
Velázquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Primera	Noche
Velázquez Olga Josefina	Derecho Penal I Parte	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Villagra de Biederman Soledad	Derechos Humanos	Asistente	Cuarto	Tarde
Villalba Fernández Nery	Economía Política	Asistente	Primero Primera	Tarde
Villalba Mendieta Olga Victoria	Derecho Agrario	Asistente	Segundo Segunda	Noche
Villordo Recalde Glady Mabel	Met. de la Investigación	Asistente	1er/ 2º sem /2ºc	Tarde
Ynsfrán Saldivar Linneo	D. Civil Personas	Asistente	Primero - Notariado	Noche
Ynsfrán Saldivar Linneo	Derecho Civil (Personas)	Asistente	Segundo Primera	Noche
Yubero Aponte Ángel	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Primera	Tarde
Yubero Aponte Ángel	Lógica Jurídica	Asistente	Primero Segunda	Noche
Zacarías Michelagnoli Enrique	Derecho Mercantil I Parte	Asistente	Cuarto	Noche
Zacarías Michelagnoli Enrique	Quiebras	Asistente	Quinto	Noche
Zayas Martínez Laura Inés	Sociología	Asistente	Primero Primera	Tarde

FILIAL CAACUPÉ

PRIMER SEMESTRE

Francisco Llamas Gómez	Profesor Asistente	Derecho Romano I Parte
Felipe Ramón Huerta Delgado	Profesor Asistente	Economía Política
Oscar Llanes Torres	Profesor Asistente	Lógica Jurídica
Emiliano Rolón Fernández	Profesor Asistente	Criminología
Daniel Francisco Varela Ávalos	Profesor Asistente	Introducción al Estudio del Derecho
Rossana Haideé Recalde Escobar	Profesor Asistente	Sociología Jurídica
Miguel Almada	Profesor Asistente	Seminario I (Metodol. de la Investig. Científica I)

SEGUNDO CURSO

Linneo Ynsfrán Saldivar	Profesor Asistente	Derecho Civil (Personas)
Gerardo Bernal Casco	Profesor Asistente	Derecho de La Niñez y la Adolescencia
Agustín Lovera Cañete	Profesor Asistente	Derecho Penal I Parte
Francisco Llamas Gómez	Profesor Asistente	Derecho Romano II Parte
María Bellmar Casal Di Lascio	Profesor Asistente	Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Olga Villalba Mendieta	Profesor Asistente	Derecho Agrario y Ambiental
Fabrice Marcel Pierre Turbaux	Profesor Asistente	Derecho Mercantil Primera Parte

TERCER CURSO

Víctor Sánchez Florentín	Profesor Asistente	Derecho Civil (Cosas)
Oscar Juan Rodríguez Kennedy	Profesor Asistente	Derecho Penal II Parte
Jorge Saguier Guanes	Profesor Asistente	Derecho Político
Antonio Isidro Alegre García	Profesor Asistente	Derecho Internacional Público
Carmen Recalde	Profesor Asistente	Finanzas Públicas
Carlos Russo Cantero	Profesor Asistente	Derecho de la Integración

CUARTO CURSO

Fernando Beconi	Profesor Asistente	Derecho Civil (Obligaciones)
Alicia Cristaldo	Profesor Asistente	Derechos Humanos
Carmelo Castiglioni	Profesor Asistente	Derecho Mercantil I Parte
Francisco Fleitas Arguello	Profesor Asistente	Derecho Procesal Civil I Parte
Oscar Huerta Delgado	Profesor Asistente	Historia Diplomática del Paraguay
Gabriel Chase	Profesor Asistente	Derecho Constitucional Nacional y Comparado
Fernando Gadea	Profesor Asistente	Derecho Marítimo
Domingo Mendoza	Profesor Asistente	Medicina Legal
Marco Vinicio Caballero Giret	Profesor Adjunto	Derecho Marítimo
Víctor Alfonso Fretes Ferreira	Profesor Asistente	Derecho Administrativo

QUINTO CURSO

María Concepción Meza	Encargada De Cátedra	Derecho Civil (Contratos)
Patricio Gaona Franco	Encargado de Cátedra	Quiebras
Javier Villamayor	Encargado de Cátedra	Derechos Intelectuales
María Iris Delcy Torres Rosas	Encargada De Cátedra	Derecho Aeronáutico
Raúl Gómez Frutos	Encargado de Cátedra	Derecho Mercantil II Parte
Enrique Espínola	Encargado de Cátedra	Derecho Procesal Civil II Parte
Víctor Fretes Ferreira	Profesor Asistente	Derecho Administrativo
Isabelino Galeano	Encargado de Cátedra	Filosofía del Derecho

FILIAL CORONEL OVIEDO

PRIMER CURSO

Carlos Víctor Echauri Soto	Profesor Asistente	Introducción al Estudio del Derecho
Alfonso Fretes Ferreira	Profesor Asistente	Sociología
Alberto Godoy Vera	Profesor Asistente	Criminología
Elva Verónica Miltos De Burgos	Profesor Asistente	Derecho Romano I Parte
Manuel Rojas Aveiro	Profesor Asistente	Economía Política
Víctor Fretes Ferreira	Profesor Asistente	Sociología Jurídica
Lilian Álvarez De Espínola	Profesor Asistente	Lógica Jurídica

SEGUNDO CURSO

Ángel Ramón Campos Vargas	Profesor Asistente	Derecho Civil (Personas)
Esteban Escandriolo Pereira	Profesor Asistente	Derecho de la Niñez y la Adolescencia
Armando Mendoza Romero	Profesor Asistente	Derecho Penal I Parte
Cantalicio Ávalos	Profesor Asistente	Derecho Romano II Parte
José Manuel Cano	Profesor Asistente	Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Emilio Gómez Barrios	Profesor Asistente	Derecho Agrario y Ambiental

TERCER CURSO

Roberto Sanabria	Profesor Asistente	Derecho Civil (Cosas)
Néstor Fabián Suárez Galeano	Profesor Asistente	Derecho Penal II Parte
Oscar Escobar Toledo	Profesor Asistente	Derecho Político
Antonio Isidro Alegre García	Profesor Asistente	Derecho Internacional Público
Manuel Ramírez Candia	Profesor Asistente	Finanzas Públicas
Delio Antonio Vera Navarro	Profesor Asistente	Derecho de la Integración

CUARTO CURSO

Bonifacio Ríos Ávalos	Profesor Asistente	Derecho Civil (Obligaciones)
Silvio Flores Mendoza	Profesor Asistente	Derechos Humanos
Patricio Gaona Franco	Profesor Asistente	Derecho Mercantil I Parte
José Arzamendia González	Profesor Asistente	Derecho Procesal Civil I Parte
Alexi Barreto Iglesia	Profesor Asistente	Historia Diplomática del Paraguay
Emilio Camacho	Profesor Asistente	Derecho Constitucional Nacional y Comparado
Miguel Ángel Onieva Agüero	Profesor Asistente	Derecho Marítimo
Pablo Martínez Acosta	Profesor Asistente	Medicina Legal

QUINTO CURSO

Miguel Oscar Ramón Bajac Albertini	Profesor Asistente	Derecho Civil (Contratos)
Juan Carlos Pane Chelli	Profesor Asistente	Quiebras
Rogelio Frutos Duarte	Profesor Asistente	Derechos Intelectuales
Guido Planás Albertini	Profesor Asistente	Derecho Mercantil II Parte
Elizardo Monges Samudio	Profesor Asistente	Derecho Procesal Civil II Parte
Vicente José Cárdenas Ibarrola	Profesor Asistente	Derecho Administrativo
Zenobia Frutos	Profesor Asistente	Derecho Aeronáutico
Lilian Servían Melgarejo	Profesor Asistente	Filosofía del Derecho

SEXTO CURSO

Lucila Fernández De Echauri	Profesor Asistente	Derecho Civil (Sucesiones)
Rafael Anselmo Dendia Aguayo	Profesor Asistente	Derecho Internacional Privado
Agustín Telles Morel	Profesor Asistente	Derecho Procesal del Trabajo
Carlos Manuel Giménez Ortega	Profesor Asistente	Derecho Tributario
Jadiyi Mernes De Bartomeu	Profesor Asistente	Deontología Jurídica
Rubén Darío Romero Toledo	Profesor Asistente	Técnica Jurídica
Jorge Bogarín González	Profesor Asistente	Derecho Procesal Penal
Juan Ramírez Köhn	Profesor Asistente	Técnica de Litigación Criminal Adversarial

FILIAL PEDRO JUAN CABALLERO

PRIMER CURSO

Julio Damián Pérez Peña	Profesor Asistente	Introducción Al Estudio Del Derecho
Dionisio Ávila Orué	Profesor Asistente	Criminología
Timoteo Raúl Niz Paniagua	Profesor Asistente	Derecho Romano I Parte
Julio César Panderi Cuevas	Profesor Asistente	Economía Política
Luís Benítez Noguera	Profesor Asistente	Sociología
Hermes Medina Oviedo	Profesor Asistente	Lógica Jurídica

SEGUNDO CURSO

María Francisca Prette de Villanueva	Profesora Asistente	Derecho Civil (Personas)
Adriano Ortiz Giménez	Profesor Asistente	Derecho De La Niñez Y La Adolescencia
Modesto Cano Vargas	Profesor Asistente	Derecho Penal I Parte
Benjamín López	Profesor Asistente	Derecho Romano II Parte
Martín María Laguna	Profesor Asistente	Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social
Gail Garilin González Yaluff	Profesor Asistente	Derecho Agrario y Ambiental

TERCER CURSO

Luís Ibáñez Álvarez	Profesor Asistente	Derecho Civil (Cosas)
Marcial Núñez	Profesor Asistente	Derecho Penal II Parte
Santiago Quevedo Machuca	Profesor Asistente	Derecho Político
Victoriano Caballero Alvarenga	Profesor Asistente	Derecho Internacional Público
Ramón Ángel De La Cruz Martínez Caimén	Profesor Asistente	Finanzas Públicas
Eugenio Justino Ramírez González	Profesor Asistente	Derecho de la Integración

CUARTO CURSO

Avelino Ramírez Ruiz	Profesor Asistente	Derecho Civil (Obligaciones)
Dionisio Valdez Britez	Profesor Asistente	Derechos Humanos
Oscar Estanislao López Laterza	Profesor Asistente	Derecho Mercantil I Parte
Perfecto Silvio Orrego	Profesor Asistente	Derecho Procesal Civil I Parte
Eulogio Julián López Aquino	Profesor Asistente	Historia Diplomática Del Paraguay
Juan Carlos Molas Villalba	Profesor Asistente	Derecho Constitucional Nacional Y Comparado
Jorge Juan Arestivo Bellasai	Profesor Asistente	Derecho Marítimo
César Augusto Villagra	Profesor Asistente	Medicina Legal

QUINTO CURSO

Dionisio Talavera Maidana	Profesor Asistente	Derecho Civil (Contratos)
Víctor Manuel Medina Silva	Profesor Asistente	Quiebras
Luís Alberto Menesses Martínez	Profesor Asistente	Derechos Intelectuales
Fernando Beconi Ortiz	Profesor Asistente	Derecho Mercantil II Parte
Luz Marlene Ruiz Díaz Báez	Profesor Asistente	Derecho Procesal Civil II Parte
Juan Marcelino González Garcete	Profesor Asistente	Derecho Administrativo
Sixto Marín Acosta	Profesor Asistente	Derecho Aeronáutico
Julio César Niz	Profesor Asistente	Filosofía del Derecho

SEXTO CURSO

Carmen Silva	Profesor Asistente	Derecho Civil (Sucesiones)
Lourdes Peña Villalba	Profesor Asistente	Derecho Internacional Privado
Justo Pastor Benítez Jiménez	Profesor Asistente	Derecho Procesal Del Trabajo
Bernardo Villalba Cardozo	Profesor Asistente	Derecho Tributario
Olga Josefina Velázquez	Profesor Asistente	Deontología Jurídica
Jesús Lird	Profesor Asistente	Técnica Jurídica
Alberto Isidro Sosa Vera	Profesor Asistente	Derecho Procesal Penal
Cinthia Fernández	Profesor Asistente	Técnica de Litigación Criminal Adversarial

FILIAL QUIINDY

PRIMER SEMESTRE

Daniel Francisco Varela Ávalos	Profesor Asistente	Introducción al Estudio del Derecho
Adolfo González Petit	Profesor Asistente	Criminología
Ángel Yubero Aponte	Profesor Asistente	Derecho Romano I Parte
Oscar Paredes	Profesor Asistente	Economía Política
Víctor Fretes Ferreira	Profesor Asistente	Sociología Jurídica
Osvaldo González Ferreira	Profesor Asistente	Lógica Jurídica
Francisco Mena Calderón	Encargado de Cátedra	Seminario I (Metod. de la Investig. Científica I)
Carmen N. Recalde Rodríguez	Profesor Asistente	Economía Política

SEGUNDO CURSO

Lilia Ojeda	Profesor Asistente	Derecho Civil (Personas)
Guillermo Trovato	Profesor Asistente	Derecho De La Niñez Y La Adolescencia
	Profesor Asistente	Derecho Penal I Parte
César Coll Rodríguez	Profesor Asistente	Derecho Romano II Parte
Pastor Cristaldo Cabral	Profesor Asistente	Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social
Julio César Fernández Villalba	Profesor Asistente	Derecho Agrario y Ambiental
José A. Fernández Rodríguez	Profesor Asistente	Derecho Penal I

TERCER CURSO

Víctor Fretes Ferreira	Profesor Asistente	Derecho Civil (Cosas)
Patricio Gaona Franco	Profesor Asistente	Derecho Penal II Parte
Jorge L. Saguier	Profesor Asistente	Derecho Político
Neri Eusebio Villalba Fernández	Profesor Asistente	Derecho Internacional Público
Carlos Guillermo Arce Obregón	Profesor Asistente	Finanzas Públicas
Carlos Couchonnal	Profesor Asistente	Derecho de la Integración

CUARTO CURSO

Aldo León	Profesor Asistente	Derecho Civil (Obligaciones)
María Elodia Almirón Prujel	Profesor Asistente	Derechos Humanos
Carl Thomas Gwynn	Profesor Asistente	Derecho Mercantil I Parte
Roberto Núñez Salomón	Profesor Asistente	Derecho Procesal Civil I Parte
	Profesor Asistente	Historia Diplomática Del Paraguay
Rocío Hermosa	Profesor Asistente	Derecho Constitucional Nacional Y Comparado
Santiago Brizuela	Profesor Asistente	Derecho Marítimo
Reinaldo Aguilera	Profesor Asistente	Medicina Legal
Eulogio Julián López Aquino	Profesor Asistente	Historia Diplomática del Paraguay

QUINTO CURSO

Jorge Bogarín Sarubbi	Encargado de Cátedra	Derecho Civil (Contratos)
Antonio Fretes	Encargado de Cátedra	Quiebras
Pedro Hugo Mersán Galli	Encargado de Cátedra	Derechos Intelectuales
Selva Torales de Zalazar	Encargada de Cátedra	Derecho Aeronáutico
José Manuel Fuster	Encargado de Cátedra	Derecho Mercantil II Parte
Carlos Alarcón Ríos	Encargado de Cátedra	Derecho Procesal Civil II Parte
Diego Alex Cubilla	Encargado de Cátedra	Derecho Administrativo

FILIAL SAN JUAN BAUTISTA

PRIMER CURSO

Víctor Hugo Pereira	Profesor Asistente	Introducción al Estudio del Derecho
Guillermo Trovato Pérez	Profesor Asistente	Criminología
Lilia Concepción Ojeda	Profesor Asistente	Derecho Romano I Parte
Miguel Mendoza	Profesor Asistente	Economía Política
Elizabeth Llano De Bogado	Profesor Asistente	Sociología Jurídica
Osvaldo González Ferreira	Profesor Asistente	Lógica Jurídica

SEGUNDO CURSO

María Elena Almada	Profesor Asistente	Derecho Civil (Personas)
María Estela Aldama Cañete	Profesor Asistente	Derecho De La Niñez Y La Adolescencia
Ricardo José Merlo Faella	Profesor Asistente	Derecho Penal I Parte
César Coll Rodríguez	Profesor Asistente	Derecho Romano II Parte
Carmela Inés Ramírez	Profesor Asistente	Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social
Víctor José Yahari	Profesor Asistente	Derecho Agrario y Ambiental

TERCER CURSO

Pastor Cristaldo Cabral	Profesor Asistente	Derecho Civil (Cosas)
Mario Ygnacio Maidana Griffiths	Profesor Asistente	Derecho Penal II Parte
Elsa Kettermann Diesel	Profesor Asistente	Derecho Político
Luis Milner Zacarías González	Profesor Asistente	Derecho Internacional Público
Carlos Guillermo Arce Obregón	Profesor Asistente	Finanzas Públicas
Rosa Dejesús Quiñónez	Profesor Asistente	Derecho de la Integración

CUARTO CURSO

José Magno Florencio Vargas Gotilla	Profesor Asistente	Derecho Civil (Obligaciones)
Efraim Chaparro Abente	Profesor Asistente	Derechos Humanos
Miguel Ángel Fretes	Profesor Asistente	Derecho Mercantil I Parte
Carlos Franco	Profesor Asistente	Derecho Procesal Civil I Parte
José María Salinas Riveros	Profesor Asistente	Historia Diplomática Del Paraguay
Jorge Seall Sasiain	Profesor Asistente	Derecho Constitucional Nacional Y Comparado
Luís Alberto Bauzá Benítez	Profesor Asistente	Derecho Marítimo
Elida Salinas	Profesor Asistente	Medicina Legal

QUINTO CURSO

Miguel Ángel Palacios	Profesor Asistente	Derecho Civil (Contratos)
Ángel Cilía	Profesor Asistente	Quiebras
Selva Antonia Morel de Acevedo	Profesor Asistente	Derechos Intelectuales
Juan Carlos Paredes Bordón	Profesor Asistente	Derecho Mercantil II Parte
Lucio Portillo	Profesor Asistente	Derecho Procesal Civil II Parte
Lauro Ramírez	Profesor Asistente	Derecho Administrativo
Hebe Romero Talavera	Profesor Asistente	Derecho Aeronáutico
Ángel Yubero Aponte	Profesor Asistente	Filosofía del Derecho

SEXTO CURSO

Ricardo Alfonso Medina Guerrero	Profesor Asistente	Derecho Civil (Sucesiones)
Rafael Dendia	Profesor Asistente	Derecho Internacional Privado
Pastor Cristaldo Cabral	Profesor Asistente	Derecho Procesal Del Trabajo
Marco Vinicio Caballero Giret	Profesor Asistente	Derecho Tributario
Norma Beatriz Ortega de Reyes	Profesor Asistente	Deontología Jurídica
Rubén Franco	Profesor Asistente	Técnica Jurídica
Alfredo Enrique Kronawetter Zarza	Profesor Asistente	Derecho Procesal Penal
Juan Pablo Mendoza	Profesor Asistente	Técnica de Litigación Criminal Adversarial

RESOLUCIÓN HCD Nº 576/2007

Acta Nº 25/07 (Acta de Sesión Ordinaria de fecha 15/10/2007)

"POR LA CUAL SE CONFORMA LA COMISIÓN DE LA REVISTA JURIDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCIÓN".

VISTO Y CONSIDERADO:

El séptimo punto del orden del día:

La necesidad de conformar la Comisión de Dirección de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, y;

Que, la Facultad debe contar con la publicación de la Revista Jurídica que refleje el ideario, tanto de los Señores Profesores como de los demás estamentos que integran la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Institución, como así también, de los Docentes y Estudiantes.

Que, el tema fue tratado en sesión del Consejo Directivo en Acta Nº 25/2007, de fecha 15 de octubre de 2007.

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 ASUNCION:

RESUELVE:

Art. 1ro.- NOMBRAR, la comisión de dirección de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, integrada de acuerdo a la siguiente nómina:

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea.
Prof. Dr. Antonio Fretes.
Prof. Dr. Raúl Fernando Barriocanal Feltes.
Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser.
Prof. Dr. Luis Fernando Sosa Centurión.
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce.
Prof. Dr. Carlos Aníbal Fernández Villalba.
Prof. Dr. Fausto Edia Portillo Ortellado
Abog. Dr. Enrique Javier Berni Britez.
Abog. Julio Cesar Egusquiza Irun.
Univ. Julián Agustín Vega Insfrán.
Univ. Jorge Bogarín Alfonso.
Univ. Juan Ángel Ariel Venialgo Cibils.

Art. 2do.- NOMBRAR, a los Profs. Dres. José Raúl Torres Kirmser y Ubaldo Centurión Morínigo como coordinadores de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Art. 3ro.- COMUNICAR a quienes corresponda y cumplido, archivar.

Abog. Carlos María Aquino
Secretario de la Facultad

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea
Decano y Presidente

INDICE

EDITORIAL 29

DOCTRINA

LO QUE NOS FALTA: POLÍTICA EXTERIOR CON ESTRATEGIA DIPLOMÁTICA . 35

Por Antonio Salum Flecha

LA RESURRECCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ROMANO 39

Por José Gaspar Gómez Fleytas

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD 49

Por Bonifacio Ríos Ávalos

LA UNIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS
EN EL CÓDIGO CIVIL 57

Por José Raúl Torres Kirmser

DE GÁSPERI, PRÓCER DE LA INDEPENDENCIA JURÍDICA DEL PARAGUAY 75

Por Ubaldo Centurión Morínigo

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA CULTURA COMO FACTOR PARA
EL ESTUDIO DE LA SOCIOLOGÍA EN EL PARAGUAY 95

Por Manfredo Ramírez Russo

FLETAMENTO Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE 101

Por Carlos A. Fernández

REFLEXIONES SOBRE LA LABOR CODIFICADORA DE LA OEA EN MATERIA IUSPRIVATISTA 105

Por José Antonio Moreno Rodríguez

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN BRASIL: LAS RELACIONES ENTRE EL SUPREMO TRIBUNAL Y LOS DEMÁS JUICIOS Y TRIBUNALES 115

Por Gilmar Ferreira Mendes

DE LA ABOGACÍA 131

Por Carlos S. Fayt

BASE SOCIOLÓGICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL MERCOSUR 137

Por Oscar B. Llanes Torres

LA CASACIÓN CIVIL, UNA DEUDA PENDIENTE 147

Por Miguel Oscar Ramón Bajac Albertini

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA 151

Por Luis Fernando Sosa Centurión

LOS CONTRATOS BANCARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO 161

Por Aldo Rodríguez González

RASGOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SISTEMA UNIVERSAL Y SISTEMAS REGIONALES 175

Por Elodia Almirón Prujel

DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DEL VICEPRESIDENTE 185

Por Luis Lezcano Claude

CADUCIDAD DE INSTANCIA DESPUÉS DE LA SENTENCIA 199

Por Carmelo A. Castiglioni

EL CONTRATO DE TRANSPORTE MULTIMODAL 207

Por Víctor Alfonso Fretes Ferreira

ALUMNOS CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES EN LA FACULTAD DE DERECHO 221

Por Juan Carlos Paredes Bordón

CONSIDERACIONES SOBRE ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS CONTRA LA LEY 2421/04 DE REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL Y LA GARANTÍA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL RESPECTO A ENTIDADES AFECTADAS A LA PRODUCCIÓN DE MATERIALES GRÁFICOS DE RELEVANCIA EDUCATIVA 227

Por Gonzalo Esteban Sosa Nicoli

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO REGISTRADOR O INSCRIPTOR EMERGENTE DE LA FUNCIÓN DE CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS 233

Por Pierina Ozuna Wood de Vargas

APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES A MENORES INFRACTORES 241

Por Delio Vera Navarro

ALGUNOS ANTECEDENTES Y ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA TIERRA SIN MAL O DEL PARAÍSO DORADO 247

Por Diego Alex Ramón Cubilla Ramírez

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN 257

Por Doris Raquel Paredes Martínez

TRAS LA ELIMINACIÓN DE DESIGUALDADES DISCRIMINATORIAS CONTRA LAS MUJERES EN PARAGUAY 263

Por Silvia Beatríz López Safi

DISCIPLINA PARTIDARIA Y MANDATO IMPERATIVO EN LA TRANSICIÓN PARAGUAYA 279

Por Jorge Seall-Sasiain

PUBLICIDAD, CONSUMO Y DERECHOS DE LA MUJER 291

Por María Mercedes Buongermini Palumbo

LAS BANDERAS DE CONVENIENCIA (FOC´S) EN LOS BUQUES 341

Por Santiago Adán Brizuela Servín

NECESIDAD DE CAMBIOS EN LA POLÍTICA EXTERIOR PARAGUAYA, EN EL ORDEN DE LA SEGURIDAD Y LA DEFENSA NACIONAL 355

Por Carlos Marcial Russo Cantero

LA PERSONA POR NACER EN LA PERSPECTIVA DE LA CORTE SUPREMA 367

Por Alberto Rodríguez Varela

NECESIDAD DE CAMBIOS EN LA POLÍTICA EXTERIOR DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR EN EL ORDEN DE SEGURIDAD Y DEFENSA 401

Por Gustavo Marcelo Franco Ayala

GOBIERNO ELECTRÓNICO: REFLEXIONES JURÍDICAS EN RELACIÓN A LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS 417

Por Javier Parquet Villagra

¿ES VIABLE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN CASO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGÍTIMA? 433

Por Juan Marcelino González

EL CUSTODIO DE LA CONSTITUCIÓN 455

Por Segundo V. Linares Quintana

EL REGISTRO AERONÁUTICO NACIONAL (R.A.N.) 499

Por Oscar Bogado Fleitas

EL APODERADO DEL BROKER DE REASEGUROS DEL EXTERIOR. LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA EN MATERIA DE SEGUROS 509

Por Luis Fernando Sosa Centurión y María Elena Acevedo González

VAGANCIA, MENDICIDAD Y ESTADOS AFINES. LA MENDICIDAD Y LOS NIÑOS EN EL PARAGUAY 519

Por Guillermo Trovato Pérez

LOS CONTRATOS DE UNIÓN DE SOCIEDADES O EMPRESAS Y SUS MODALIDADES 523

Por Oscar L. Paredes Recalde

LOS DERECHOS REALES Y LA CUESTIÓN SOCIAL 535

Por Florencio Pedro Almada Alvarez

LOS TRATADOS BINACIONALES (HIDROELÉCTRICOS) EN EL CONTEXTO DEL MERCOSUR, Y LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN SUPRANACIONAL 547

Por Zulema María Fretes Bonett

LA PERCEPCIÓN SOCIAL Y EL IDEAL DE JUSTICIA 563

Por Florentín López Cáceres

SOCIEDAD Y CULTURA URBANA. CONVIVENCIA CIUDADANA EN PLAZAS Y PARQUES DE ASUNCIÓN 569

Por Marta Canese

PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA SENTENCIA 581

Por Delio Vera Navarro

EL BILINGÜISMO PARAGUAYO. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL 593

Por Lino Trinidad Sanabria

DERECHO ROMANO: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO Y EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO, Y LA DIRECTA DEPENDENCIA DEL DERECHO PROCESAL PARAGUAYO DE ELLOS. EL ROL DEL ABOGADO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA ACTUALIDAD 603

Por Guillermo Trovato Fleitas

EL DERECHO COMO ARTE, CIENCIA, VALOR Y PODER 615

Por Maurizio De Oliveira Lagoa Sforza

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PARTICIPACIÓN Y LA DEMOCRACIA 631

Por Ricardo Haro

INSTRUMENTACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL 639

Por Helio Juan Zarina

INFORMACIONES

NÓMINA DE EGRESADOS AÑO 2006 663

DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA 679

CALENDARIO ACADÉMICO. AÑO LECTIVO 2008 685

EDITORIAL

LUIS DE GÁSPERI, JURISTA Y PATRIOTA

El ideal de los códigos propios fue siempre la causa por la cual bregó apasionadamente el catedrático de nuestra institución, Prof. Dr. Juan José Soler, hasta que ese anhelo llegó a concretarse cuando se formó la Comisión Nacional de Codificación con la finalidad de "proyectar la reforma de la legislación en el orden civil, comercial, criminal, rural, minero, procesal, laboral, militar y sanitario".

En respuesta a la invitación que recibiera de parte del Ministro de Justicia y Trabajo para integrar dicha Comisión Nacional de Codificación, creada por el Decreto Ley Nº 200, expresó en una conceptuosa y significativa nota el preclaro jurista formado en la aulas de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción: "Vengo a expresar a vuestra excelencia que será muy honroso para mí formar parte de la citada comisión y encargarme del pertinente anteproyecto, aun sin retribución alguna, pues, tengo por deber mío, como paraguayo, de ofrendar a nuestra patria toda mi cooperación intelectual".

Luego el presidente de la Comisión Nacional de Codificación hizo saber al eminente y prestigioso jurista que el organismo ha resuelto encomendarle la redacción del anteproyecto del Código Civil y que en la misma oportunidad se dispuso la unificación de los códigos civil y de comercio, en las ramas de contrato y obligaciones. El Prof. Dr. Luis De Gásperi, en cumplimiento de la enaltecedora misión recibida, inició su ciclópeo esfuerzo, que le demandó tres años de arduo trabajo ininterrumpido hasta ver concretada su inmensa obra: el anteproyecto del Código Civil Paraguayo.

En un emotivo acto inspirado en la profunda gratitud que siente la patria hacia sus esclarecidos hijos que han contribuido a su mayor gloria y ho-

nor, expresó el entonces presidente del Colegio de Abogados del Paraguay, Dr. Raimundo Paniagua: "El profesor De Gásperi con su vastísima versación en el Derecho Comparado rompió brillantemente el tutelaje intelectual que comúnmente ejercen sobre el Paraguay los maestros rioplatenses, especialmente en el plano jurídico y su nombradía de autorizado tratadista traspasó nuestra frontera en una hazaña sin parangón en esta disciplina. Bien conocidas son sus obras como la de Derecho Civil Personas, los tres voluminosos tomos del Tratado de las Obligaciones, los cuatro tomos de su Tratado de Derecho Hereditario, como la última sobre la igualdad civil de los sexos en el Derecho Comparado, pero lo que nos complace señalar con todo orgullo es que todas ellas son obras de cita de los magistrados argentinos y elogiosamente comentadas por autores extranjeros".

Y en este homenaje en nombre de todos los abogados paraguayos a quien demostró con su inmensa obra las privilegiadas luces de su inteligencia, su extraordinaria capacidad jurídica, brillando junto a sus méritos de auténtico patriota, expresó el Dr. Paniagua: "La Universidad Nacional, la intelectualidad paraguaya, los profesionales del foro y el país todo entero tiene una deuda de honor con el Prof. De Gásperi. Las naciones se deben antes que a nadie a sus hombres de pensamiento, a sus artistas, filósofos, historiadores, científicos, juristas… En cuyas manos bajadas de fe y esperanzas reposa la verdadera grandeza de los pueblos".

"Bajo la invocación del sagrado recuerdo de los próceres de mayo, cuyos ideales guían nuestros pasos de un pueblo libre, el Colegio de Abogados del Paraguay rinde por mi intermedio su público homenaje de admiración y reconocimiento al ilustre compatriota Prof. Dr. Luis De Gásperi y le otorga el diploma de honor por sus eminentes servicios a la cultura jurídica paraguaya como autor único del anteproyecto del Código Civil Paraguayo".

A veinte años de la sanción y promulgación del Código Civil Paraguayo, acontecimiento de singular proyección histórica, recordemos que ante la inmensa y tenaz faena exitosamente concretada, expresó el querido maestro Prof. Dr. Ramón Silva Alonso: "La patria paraguaya vive horas de júbilo. Un acontecimiento de incalculables proyecciones de futuro ha tenido lugar en ella. Acaso en los últimos cincuenta años no se ha dado otro suceso que en su orden pueda parangonársele. Es la aparición a la luz pública del proyecto del Código Civil Paraguayo, monumental obra del Prof. Luis De Gásperi".

Anhelo largamente acariciado por generaciones enteras de universitarios, profesores y estudiantes, misión siempre remota, el anteproyecto ha vis-

to luz tras casi los noventa años de la histórica adopción del Código Civil de la República Argentina por el Paraguay. Por él, el Paraguay se incorpora con títulos exclusivos al concierto de las naciones capaces de elaborar su aporte propio a la cultura en el orden jurídico. Por él la universidad paraguaya llega a su mayoridad, pues se halla en condiciones de ofrecer al país y América su rica contribución, su dorada mies, el resultado de sus esfuerzos a favor de la verdad. Por él, se torna realidad la estupenda divisa "*vitam impemdere vero"*: consagrar su vida a la verdad; es decir, la vida como servicio, en la más bella aceptación de la palabra. Ninguna labor, ninguna empresa, ningún trabajo mayor que este de contribuir a elaborar las normas que habrán de presidir la vida civil de la nación. Ninguna obra de más quilates. Ningún servicio de más alto sentido, al extremo de poder parangonarse con la hazaña de quienes defendieron en la historia la heredad patria, pues, si gloriosas fueron aquellas páginas de esfuerzo y sangre, no menos gloriosa es la gesta de construir paz, de asegurar la justicia, de ofrecer las bases para el cumplimiento de los más elevados fines de la vida social".

Con su gran gesto patriótico, inspirado en la generosidad de su alma, el recordado maestro Luis De Gásperi levantó un luminoso paradigma de lo que debe ser un hombre de Derecho: grande en su ética de jurista y grande en su amor a la nación.

Doctrina

LO QUE NOS FALTA: POLÍTICA EXTERIOR CON ESTRATEGIA DIPLOMÁTICA

Por Antonio Salum Flecha (*)

Desde la cátedra universitaria, hace casi dos décadas, he venido sosteniendo la necesidad de que el Paraguay cuente con una política exterior de Estado, aunque para el logro de sus metas a corto, mediano y largo plazos, se debe también contar con una estrategia diplomática. Única manera de asumir responsablemente, si se tiene en cuenta nuestras dolorosas experiencias diplomáticas del pasado, los nuevos tipos de desafíos que se presentan actualmente en la América Latina como el mentado "socialismo del siglo XXI" que pretende exportar a otros países el presidente venezolano Hugo Chávez, a más de las exigencias propias que acarrean la globalización.

A propósito de la política exterior de Estado que reclamo, durante el breve gobierno de Raúl Cubas Grau siendo Dido Florentín Bogado, Canciller Nacional y el subsiguiente de Luís A. González Macchi con José A. Moreno Rufinelli como canciller, se ha elaborado un proyecto conjuntamente entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD): Bases y Lineamientos, con el laudable propósito de situarlo entre los más importantes del mundo.

Para que sirviera a este proyecto de complemento, por haber gentilmente solicitado mi opinión el canciller Moreno Rufinelli, elaboré un Esquema Histórico–Diplomático, en el que hacía notar que faltaba todavía incorporar el procedimiento a seguirse (sea en un consejo o departamento ministerial) para encarar la estrategia diplomática a utilizarse en cada caso. Sus inte-

(*) Consejero de la Academia Diplomática y Consular del Ministerio de RR.EE.

grantes, para el efecto, deben analizar el Poder Nacional de los Estados involucrados en cada proyecto. Es decir, la posición geográfica, recursos naturales, capacidad industrial, preparación militar, población, carácter nacional, moral nacional y diplomacia, como pregona Hans J. Morgenthau.

Al fundamentarlo, tuve presente que para la elaboración de una política exterior se requiere el cumplimiento de tres fases sucesivas e íntimamente vinculadas entre sí. La primera, de orientación general, que se ocupa de la formulación y definición de posiciones (que se encuentran expuestas en el Bando del 17 de mayo y la nota del 20 de julio de 1811, respectivamente). La segunda, de decisión o conducción, que representa la forma y el medio de encauzar las aspiraciones y objetivos mediante una estrategia internacional (la que siempre faltó). Y la tercera, de acción o ejecución, encargada de promover en el exterior los intereses nacionales. Su instrumento es la diplomacia, que se proyecta "hacia fuera" y "hacia adentro".

Para mejor comprender esta fase, debo recordar el enunciado de Oswald Spengler, quien afirma que "el Estado es el orden interior de un pueblo para los fines exteriores". Concepción que determina la preeminencia incondicional de la política exterior sobre la política interior y la dirección eficiente del Estado en un mundo de Estados. Se trata, por tanto, de la parte más importante de una política exterior, pues se relaciona con el éxito o el fracaso. No bastan las buenas intenciones ni los objetivos claros; es necesario contar además, con la estrategia apropiada que nos lleve a adoptar las mejores decisiones.

Es decir, se debe tener en cuenta nuestra situación mediterránea, la cuenca a la que pertenece y, fundamentalmente, los países vecinos por cuanto nuestras desventajas solo pueden ser superadas por factores tales como el desarrollo económico, la fuerza militar y el liderazgo que, por el momento, no contamos. Consecuentemente, los objetivos nacionales y la política formulada para su consecución solo estarían bien complementados en la medida en que la estrategia internacional escogida no haya subestimado ni sobreestimado el Poder Nacional de uno u otros países.

Al iniciarse este nuevo milenio, el Paraguay, que desde su independencia hasta nuestros días sufrió numerosos reveses debido a su mediterraneidad y la carencia de una política exterior trazada conforme a los cánones precedentemente mencionados, sostiene todavía problemas con el Brasil y la Argentina por la renegociación de los tratados de Itaipú y Yacyretá respectivamente y la superación de asimetrías en el Mercosur. A los que podría agregar-

se todavía otro con Bolivia como consecuencia de la firma de un tratado de cooperación militar con la Venezuela de Hugo Chávez –por afinidades ideológicas– para potenciar sus fuerzas armadas con moderno material bélico que incluye aviones y helicópteros a más de la construcción de bases sobre el río Paraguay.

Sobre el punto, el ex presidente y actual senador brasileño José Sarney, llegó a declarar que "el populismo de Chávez cuyo mentor es Fidel Castro, ha colocado a Venezuela en una carrera armamentista que desequilibra el continente sudamericano, pues se arma como potencia militar por sus petrodólares, no precisamente para amenazar a los Estados Unidos, sino para desequilibrar fuerzas dentro del continente sudamericano. Para cuyo efecto ha dejado de lado hasta la apariencia democrática, pues a partir de la "pretorianización" de las FF.AA. e imponer el lema de "socialismo o muerte", anunció un programa obligatorio de adoctrinamiento marxista en todas las empresas".

De ahí que, de contarse con un órgano ministerial para analizar tales sucesos y sopesar los informes cursados a la cancillería nacional por nuestra embajada en Bolivia, entre los que ha de figurar la confrontación por razones ideológicas entre los gobiernos departamentales de la "media luna" oriental y el gobierno de La Paz, se podría planificar la estrategia a seguirse para evitar eventuales sorpresas. Es decir, lo que podría derivarse de tal confrontación agravada todavía más por la amenaza chavista de intervenir militarmente –como ya aconteció en el aeropuerto cruceño de Viru Viru– en defensa del gobierno de Evo Morales.

Es el momento, entonces, de analizarse reflexivamente la reacción que correspondería al Paraguay de traspasar sus fronteras del Chaco las tropas bolivianas y, muy especialmente, la actitud que podrían asumir los gobiernos argentino y brasileño, dependientes en gran medida del gas boliviano. Y en tales circunstancias, ¿cómo podría desenvolverse nuestra diplomacia por no estar el Paraguay vinculado formalmente con una tercera potencia amiga que solo puede ser Estados Unidos, la única capaz de disuadir cualquier intento de agresión a un país que se encuentra en grave estado de indefensión, evitando que hechos consumados no se conviertan en permanentes como ya aconteció en el pasado?

Por tanto, oportuno es recordar que, "para la defensa de la soberanía nacional, nada es más necesario que un ejército eficiente y una diplomacia nacional. La compenetración de las funciones de los diplomáticos con los militares es un hecho notorio. El diplomático es también soldado, solo que

lucha en otro frente, y cada vez que la intransigencia obstaculiza una negociación el mejor diplomático es el militar. No hay mejor argumento que la victoria".

LA RESURRECCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ROMANO

Por José Gaspar Gómez Fleytas (*)

Este escrito destinado para la Revista de la Facultad, abarca los cinco aspectos esenciales del Derecho Público Romano, tan vigente en nuestro tercer milenio, como lo estuvo consagrado mucho antes de la era cristiana, en los períodos políticos de su estructuración Republicana e Imperial. Estos conceptos jurisprudenciales conforman los principios fundamentales del Derecho Público, de ayer y de hoy. Precisamente, porque está enraizado en el Derecho Natural del ciudadano, como sujeto activo del derecho, que legitima su participación en la sociedad política., por medio del sustento inalterable del Derecho Público. Hubiera completado este trabajo con el estudio analógico de nuestra Constitución Nacional, –como lo tengo investigado– pero las contingencias comprensibles de la limitación de número de páginas, me impide este propósito.

Espero contribuir con el desarrollo fundamental de lo que es en sí una Constitución, inspirada en los valores imprescriptibles de los derechos del ciudadano (*ius civitatis*) y aplicarlos al contexto estructural jurídico de nuestro Derecho Público.

En primer término, corresponde que definamos a qué "Derecho Público" nos estamos refiriendo. Sabido es que surgen de las fuentes por lo menos dos distintas acepciones de la locución "*ius publicum*". Por un lado se entiende por "Derecho Público" el emanado de los órganos de la *civitas*, por lo que serían incluidas en esta categoría todas las normas provenientes de las *leges* comiciales, de la Ley de las Doce Tablas, de las constituciones imperiales y

(*) Profesor Titular de Derecho Romano.

de los senadoconsultos. Es en ese sentido que se habla de "*ius publicum*" en algunos párrafos del Digesto (1).

Por otro lado, también se llama "*ius publicum*" en las fuentes, a las normas que se refieren a lo que hoy llamaríamos la "organización política" que se dieron los romanos. Así se emplea el término en otros segmentos del Digesto, y, fundamentalmente, cuando se le adjudica a Ulpiano esta terminante definición: "*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat*" (2). No es el momento de adentrarnos en la muy interesante cuestión referente a la posibilidad de que todo o parte del fragmento citado sean interpolaciones o corresponda a textos originales, fundamentalmente basadas en el hecho de que no se encuentran referencias históricas a la contraposición *ius publicum-ius privatum* ni en Ulpiano ni en otros juristas clásicos; pero aceptamos la posición de Grosso (citado por Iglesias (3)), en el sentido de que aunque no se encuentren textos expresos, resulta imposible negar que los juristas clásicos ya distinguieran entre ambos.

De cualquier manera, parece innecesario aclarar que, para las líneas que siguen, habremos entonces de entender por "Derecho Público Romano" al "que se refiere al estado de la cosa Romana" (traducción de García del Corral) o, quizás más propiamente, "de la República" (traducción de D'Ors), es decir: a la organización política que se dieron los Romanos; lo que modernamente llamaríamos: su "Constitución". Sabido es que la Constitución Romana sufrió cambios fundamentales a través del tiempo, ya que comenzó en sus orígenes siendo una mera federación de gens para ser consecutivamente monarquía, república e imperio y, aun dentro de cada una de esas etapas, podrían distinguirse diferencias sustanciales como, por ejemplo, las que hubo entre el Principado y el Dominado. Resulta necesario, entonces, aclarar a qué Instituciones de Derecho Romano nos referiremos de aquí en más.

Sin perjuicio de aceptar que podría haber posiciones variadas al respecto, nos parece conveniente adoptar para este pequeño trabajo una línea de pensamiento parecida a la de Ruosseau en su "Contrato Social"; es decir: entenderemos por "Instituciones de Derecho Público Romano", a las que rigieron en la etapa republicana y, más concretamente, a las correspondientes a

(1) D. 2, 14,38; D 26,7, 5, 7; D 35,2,1, pr; D 39,2,18,1.

(2) D. 1,1,1,2. "*El que refiere al estado de la cosa romana*" (trad. García del Corral).

(3) Iglesias, Juan. "*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*". Ediciones Ariel, Barcelona, 1972págs. 99 nota 30.

la etapa que Lapieza Elli denomina del "equilibrio y apogeo de la civitas", ubicada entre los años 287 (Lex Hortensia) y 218 AC (Inicio de la segunda guerra púnica) (4).

Según nuestro punto de vista, cuando adviene el Imperio el sistema constitucional hasta entonces vigente en Roma es reemplazado por otro que nada tiene de republicano en el sentido moderno del término más que el nombre que siguieron utilizando los propios romanos hasta los tiempos finales, como puede comprobarse en distintas Constituciones Imperiales. El propio Justiniano dice en su "Deo Auctore": "*...et statum reipublicae sustentamus*…"(5).

Por cierto que convenimos con Di Pietro (6) que el término res "excede el mero concepto vulgar de cosa y sirve para designar todo aquello que de algún modo concierne al hombre", por lo que "*reipublicae*" sería "todo aquello que concierne al *populus*". En ese sentido no estaba errado Justiniano cuando se refería a la república por cuanto no estaba definiendo un sistema de gobierno ni de organización política, sino la tutela que él entendía que ejercía sobre las cosas que "concernían al *populus*"; pero ello no obsta para que convengamos en que la forma de gobierno y la organización de lo que hoy llamaríamos el "Estado" vigente en el siglo VI, no era, por cierto, "republicana" en el sentido en que lo hubieran expresado Cicerón o Polibio. Espero que quede claro que en este trabajo nos referiremos de aquí en adelante, concretamente, a las Instituciones de Derecho Público Romano correspondientes al período del apogeo de la república.

Principios fundamentales del Derecho Público Romano

Si vamos a intentar explorar cuáles serán las Instituciones de Derecho Público Romano (republicano) que tendrán incidencia en los sistemas constitucionales de este nuevo siglo, conviene establecer cuáles son a nuestro juicio los principios fundamentales de aquel.

---

(4) Lapieza Elli, Angel Enrique. "*Historia del Derecho Romano*", Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975. pág. 110.

(5) Catalano, Pierangelo. "*El Digesto de Justiniano*, Libro I", Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, Lima, 1990, pag 6.

(6) Di Pietro, Alfredo. "*Derecho Privado Romano*", Desalma SRL, Buenos Aires, 1996, pág. 103.

En todo sistema constitucional hay aspectos que son esenciales al mismo y otros que son complementarios. Así, si pensamos en una monarquía, será esencial no solo la existencia del monarca mismo, sino todo aquello que haga a su eventual reemplazo, la delimitación de sus poderes y facultades y el papel que le corresponda cumplir en el sistema a los súbditos. Por su parte, todo lo que haga a la organización burocrática, si bien importante, no será sino un complemento de lo anterior.

Con referencia a la Roma republicana, los estudiosos se han limitado a explicar el funcionamiento del sistema de gobierno y, en general, no se han apartado mucho de lo que Polibio escribió hace ya veintidós siglos. Aun los más renombrados, como Mommsen –por ejemplo– no se han apartado de la exposición que hizo el griego del sistema supuestamente tripartito de la república romana, explicitado en la existencia de sus magistraturas, su senado y sus comicios. Es notable apreciar cómo el eminente estudioso alemán hace un esfuerzo intelectual e interpretativo para no apartarse de Polibio. A mi modo de ver, donde mejor se perciben las dificultades de la enunciación tripartita conforme la simplificación de Polibio es en el caso del Tribunado. El problema podemos sintetizarlo así: el Tribunado no es una magistratura ordinaria, porque no está en el *cursus honorum*; ni tampoco extraordinaria porque es permanente. No es del *populus*, porque lo elige la plebe, pero hubo tribunos que no eran plebeyos. Me remito al respecto a la muy completa obra de Lobrano (7) al respecto, para convenir con él que el Tribuno era, en definitiva, la expresión más pura del antipoder y constituía una institución revolucionaria colocada –curiosamente– dentro del sistema constitucional.

Solo una desesperada necesidad de mantener la falsa idea de la existencia de tres –y solo tres– poderes distintos y relativamente independientes, explica la inclusión del Tribunado entre las magistraturas.

Si hoy tenemos que pensar en cuales son los principios fundamentales del sistema constitucional de la Roma republicana encontramos sin perjuicio de aceptar desde ya las justas críticas que esta (y sospechamos que cualquier otra) enumeración sufrirá los siguientes:

---

(7) Lobrano, Giovanni "*Il Potere del Triibuni della Plebe*", Dott. A. Giuffré Editore. 1983 pág. 109.

1. La soberanía reside en el *populus* y no se delega jamás

Al respecto parece imposible soslayar las enseñanzas que provienen de la ya clásica obra de Pierangelo Catalano titulada "*Populus Romanus Quirites*" (8). En ella aprendimos que el pueblo romano no era una entelequia ni una abstracción, sino el resultado de la concreta y específica sumatoria de los ciudadanos. Como tales, cada uno de los ciudadanos era parte del pueblo y en ese carácter (como parte) ejercían la soberanía. La soberanía, tal cual la entendían los romanos, era absolutamente indelegable, de la misma manera que es hoy indelegable el ejercicio del sufragio. Por lo menos no conozco ningún sistema político que permita que un ciudadano delegue en otro u otros el derecho de emitir su voto al ejercer derechos políticas, como sí puede hacerlo, por caso, en su carácter de socio de una sociedad civil.

2. La soberanía es indivisible, por lo que el poder tampoco se puede dividir

En un muy sustancioso trabajo sobre Derecho Público Romano, el maestro cubano Julio Fernández Bulté, realiza un sesudo análisis de las principales características del mismo desde un punto de vista obviamente marxista, del que resulta particularmente interesante la equiparación de la *potestas* romana a nuestro moderno concepto de soberanía (9).

En la misma obra el jurista anteriormente señalado califica el poder político del pueblo romano como "indiviso, indelegable e intransferible" (10).

Sin perjuicio de guardar para otra ocasión un estudio más severo del concepto de *potestas* en el sistema romano –para lo que resulta insoslayable

---

(8) Catalano, Pierángelo "*Populus Romanus Quirites*", G, Giappichelli Editore, Torino 1974.

(9) Fernández Bulté, Julio. "*Separata de Derecho Público Romano*", Editorial Félix Varela, La 1 Habana 1999, pág 25. Dice allí: "Queda entonces claro que para el romano de la republica... había dos conceptos que es preciso dominar en todo su calado: de un lado las *potestas*, que podríamos traducir como soberanía, la voluntad política que pertenecía a todo el *populus* y de otro lado, o derivado de ella, la autorictas (autoridad o poder especifico de ejecución de que estaban dotados los magistrados)".

(10) Fernández Bulté, Julio. Opus cit. pág 26. Refiriéndose a las *potestas* enseña allí que: "era un poder de toda la civitas, de todos los ciudadanos del *populus* (...) y, por tanto, era indiviso, indelegable e intransferible".

acceder al completo estudio de Lobrano al respecto con referencia al Tribuno de la *plebe*– y de soberanía en el mundo moderno, rescato muy especialmente la enumeración de las características que le atribuye Fernández Bulté al poder del *populus* romano que resume en tres palabras: "indiviso, indelegable e intransferible". El poder era, para los romanos, efectivamente, indivisible; no solo en el Derecho Público sino también en el Privado. La *manus* en un primer tiempo y la patria *potestas* luego, eran conceptos que no admitían más que una voluntad determinante, la del sujeto que detentaba esos poderes. Ese concepto de indivisibilidad del poder en el campo privado, tiene su consecuente reflejo en el Derecho Público, como muy bien lo señala el autor citado.

Respecto de la indelegabilidad, me remito a lo manifestado más arriba y constituye, a mi juicio, una consecuencia lógica del origen miliciano de los primeros comicios, donde los soldados se pronunciaban con las armas en la mano. Resulta obvio que en esos casos solo los ciudadanos –soldados presentes podían manifestar su voluntad sufragando a través de sus aclamaciones y era impensable y –diríamos– hasta materialmente imposible, que alguien pudiera delegar en otro su capacidad de hacer ruido, o que pudiera calibrarse como doble el "fragor" que otro produjera.

3. Dada la complejidad de la ejecución de las decisiones políticas, para el ejercicio efectivo del gobierno deben designarse funcionarios específicos

También en este aspecto coincido plenamente con el distinguido colega Fernández Bulté, cuando dice que los actos de la vida cotidiana no pueden ser objeto de debate y decisiones del entero *populus*, por lo que los Romanos implementaron las magistraturas (12).

---

(11) Lobrano, Giovanni; opus cit. Parte terza.

(12) Fernández Bulté, Julio; opus cit. pág. 27. El distinguido romanista expone lo siguiente: "...como está claro que no todos los actos de la vida cotidiana pueden no sólo ser debatidos al detalle, sino incluso ejecutados por todos los ciudadanos, y por tanto, no pueden ser objeto de la atención de los aludidos comicios, Roma implementó, en la medida en que la sociedad se fue ampliando y complicando, los funcionarios que pudieran cumplir lo que habla sido declarado voluntad del populus, lo que era la expresión de su *potestas* y por lo mismo tuviera forma de derecho y fuera sana voluntad de los dioses".

Conviene, entonces, distinguir entre la decisión política –para la que el soberano es el único facultado y, además, de la que resulta el único responsable– de la ejecución de esa decisión política para la que, forzosamente, deben designarse funcionarios *ad-hoc*, que deberán responder por sus actos. Así, la declaración de guerra será una decisión reservada al *populus* que, a su vez, elegirá un magistrado para que conduzca los ejércitos.

De lo expuesto podemos colegir que la función de ejecutar lo decidido por quien ejerce la soberanía puede, y aun debe, quedar a cargo de unos pocos o de uno solo. Ello de ninguna manera implica dividir el poder, que queda siempre residiendo en el seno del soberano, es decir, del *populus*.

4. Los cargos políticos deben ser ejercidos por un cierto período y ser irreelegibles en forma inmediata

Las instituciones romanas se han convertido en objeto de estudio de los científicos de todos los tiempos y son tomadas muchas veces como ejemplares, no solo por la capacidad e inteligencia demostrada por aquel pueblo, sino, también, porque su larga permanencia permitió que se fueran desarrollando al compás de las necesidades nuevas que iban surgiendo y de las enseñanzas que de su propia experiencia recogían. Por naturaleza el ser humano no es democrático, sino autoritario. El hombre es el más agresivo y cruel de los habitantes de la tierra y sabemos por amarga experiencia histórica que intenta satisfacer sus deseos sin importarle el daño que pueda causar. Todos los modernos contenidos éticos, filosóficos, morales, religiosos o como se los quiera llamar, que limitan y condicionan nuestras conductas, no son otra cosa que preceptos impuestos por las distintas civilizaciones a la esencia egoísta de la raza humana.

Resulta, entonces, conforme a la naturaleza humana y no contrario a ella, que los magistrados romanos intentaran perpetuarse en el poder, como todas las elites de poder lo han hecho desde siempre y, seguramente, lo seguirán haciendo. La virtud del pueblo romano es que aprendió pronto a defenderse de esa natural tendencia de los magistrados. Coincidimos con Arangio Ruiz (13) cuando sostiene que, para evitar la perpetuación en el poder de los

---

(13) Arangio-Ruiz, Vicente. *Historia del Derecho Romano*. Cuarta Edición; Madrid, 1980; Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, pág. 120. "... el sistema romano se inspira, como el de todas las ciudades antiguas, en el deseo de evitar que las magistraturas se perpetuasen en manos

magistrados se prohibió la acumulación de magistraturas en una sola cabeza, se prohibió que un ciudadano fuera reelecto en una magistratura, se prohibió que detentara magistraturas distintas sin dejar pasar un tiempo con la anterior y la reelección fue primero reglamentada severamente y luego, directamente, suprimida.

Aún las magistraturas extraordinarias, a pesar de que respondían a la necesidad de superar situaciones de grave riesgo para la existencia misma de la *civitas*, estaban muy severamente limitadas en el tiempo. Convenimos con Rousseau en que la dictadura que se prolonga se convierte en tiranía (14) y resulta muy claro de las experiencias nefastas que los totalitarismos de todo cuño dejaron en el siglo pasado, que la visión del suizo es, todavía en los albores del siglo XXI, muy acertada.

---

de quienes las desempeñaban. No sólo estaba prohibida la acumulación de distintas magistraturas, sino también que un mismo ciudadano ejerciese un mismo cargo o cargos distintos durante varios años consecutivos. La reelección tras un intervalo admitida en un principio, fue limitada rigurosamente después para el consulado, para el cual se exigió que transcurriesen por lo menos diez años y prohibida, de manera definitiva, para la censura. La ley Villia del año 180 a. de C. Estableció que debían transcurrir para las demás (magistraturas) dos años como mínimo entre un cargo y otro. Esta misma ley, recogiendo y dando forma a un uso que se había ido formando en los siglos precedentes, señaló una edad para la elección a cada magistratura de lasa consideradas esenciales para la debida preparación del hombre publico, con lo que quedó establecido lo que había de denominarse *certo rodo magistratuum o cursus honorum*".

(14) Ruosseau, Juan Jacobo, El contrato social; Méjico 1992. Editorial Porrúa S.A. pág. 68. "Por lo demás, cualquiera que sea la manera como se confiera esta importante comisión (la dictadura), conviene fijar su duración con un término muy corto e improrrogable. En las crisis en las cuales la dictadura se impone, el Estado perece o salva en breve tiempo. Pasada la necesidad urgente, la dictadura conviértese en tiránica o inútil. En Roma, los dictadores, que eran nombrados por seis meses, abdicaban en su mayoría antes del término fijado. Si el plazo hubiere sido más largo, quizá hubiesen intentado prolongarlo como hicieron los decenviros hasta un año. El dictador no tenía tiempo más que para proveer a la necesidad que había impuesto su elección: carecía de él para pensar en otros proyectos".

5. Existencia de un garante constitucional contra los abusos de quienes gobiernan

Los romanos fueron creando órganos de gobierno a medida que las necesidades se los exigían y permanentemente los fueron adaptando a los cambios que la realidad les imponía. Un claro ejemplo de límite al poder tendiente a impedir y corregir abusos fue la institución del Tribunado. Cuando la república estaba aún en formación, el conflicto patricio-plebeyo dio a luz al Tribunado de la Plebe y esta institución fue paulatinamente ampliando sus facultades y prerrogativas hasta convertirse en agente fundamental del sistema político republicano. Fue tal la fuerza que adquirió, que solo cuando logró acceder a esa *potestas,* Augusto pudo concretar la suma del poder público y, por ende, la república murió.

El papel que los tribunos tenían reservado en el sistema constitucional republicano, no era otra que el de proteger –primero solo a los plebeyos y luego a todos los ciudadanos– de los abusos que pudieran cometer aquellos que ejercían la función pública. Como ya dijimos antes, el ejercicio del poder político conlleva la tentación no solo de perpetuarse sino de abusar del mismo. Para evitar los males provenientes de la primera cuestión, los romanos establecieron los límites que señalamos en el punto anterior y para corregir los abusos y proteger a los ciudadanos de sus efectos, utilizaron la figura del tribunado. Conforme la opinión de Rousseau esa institución servía en Roma para proteger al soberano (es decir al pueblo) de quienes ejercen el gobierno(15) y podemos apreciar en el mundo moderno no pocos ejemplos de gobernantes que abusan de sus facultades en perjuicio de sus gobernados, que no son otra cosa que el pueblo teóricamente soberano.

---

(15) Rousseau, Juan Jacobo, opus cit. pág. 65 y ss. “Este cuerpo, que yo llamaré tribunado, es el conservador de las leyes y del poder legislativo y sirve a veces para proteger al soberano contra el gobierno, como hacían en Roma los Tribunos del pueblo; otras a sostener al gobierno contra el pueblo, como hace en Venecia el Consejo de los Diez, y otras a mantener el equilibrio entre una y otra parte, como lo hacínalos éforos en Esparta. El tribunado no es una parte constitutiva de la ciudad, ni debe tener participación alguna en el poder legislativo m en el ejecutivo, pues en ello estriba el que el suyo sea mayor, toda vez que no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo. Es más sagrado y más reverenciado, como defensor de las leyes que el príncipe que las ejecuta y el soberano que las da. Así se vio en Roma claramente, cuando aquellos orgullosos patricios, que despreciaban al pueblo entero fueron obli-

Obviamente, la garantía constitucional no podía estar, ni puede estar en el futuro, a cargo de los funcionarios ordinarios, porque es –precisamente– de los abusos de esos funcionarios que hay que proteger al ciudadano común. En nuestros días resulta evidente que no alcanza con los jueces o los congresistas o, aún, con organismos que dependan directa o indirectamente de ellos, para garantizar los derechos constitucionales de la ciudadanía; ya que no solo del obrar del Poder Ejecutivo hay que defender al pueblo, sino que muchas veces hay que hacerlo de decisiones de los propios jueces o legisladores.

gados a inclinarse ante un simple funcionario del pueblo que no tenía auspicios ni jurisdicción. El tribunado, sabiamente moderado, es el más firme sostén de una buena constitución; pero por poca fuerza que tenga de más, es bastante para que trastorne todo: la debilidad es ajena a su naturaleza y con tal de que represente algo, nunca es menos de lo que necesita".

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Por Bonifacio Ríos Ávalos (*)

1. El principio de la autonomía de la voluntad y sus restricciones en el Código Civil Paraguayo

El principio de la autonomía de la voluntad, que sustenta las consecuencias jurídicas de los actos del Derecho privado, reconocido como un poder omnipotente, creador de esferas jurídicas de cada uno, puede, en principio, modificarlo y por lo tanto el Derecho, tanto objetivo como subjetivo, debe proteger en sí la voluntad de cada individuo, en razón de que el régimen jurídico de la sociedad se compone de la suma de las esferas jurídicas individuales. Esta omnipotencia de la voluntad, para generar consecuencias jurídicas, sin limitación alguna, ya ha sido puesta en duda por el propio León Duguit, al tratar la transformación del Derecho Público y Privado. Es esta también una consecuencia directa de la "Socialización del Derecho. Mientras no se ha visto en el Derecho objetivo más que la protección del sujeto de la voluntad que supone cada individuo humano, el acto jurídico era esencialmente el acto de voluntad interna del sujeto de derecho, y ese acto de voluntad interna era el que el Derecho protegía. Pero desde el momento en que se admite que la situación de derecho no tiene valor y no merece protección sino cuando corresponde a un fin social que toda situación de derecho no tiene fuerza sino en la medida en que posee un fundamento social, no puede nacer más que de un acto que por sí mismo tenga carácter social; no puede, pues, resultar más que un acto de voluntad externa, porque en tanto que la voluntad no se haya manifestado al exterior, es el orden puramente individual, no llega a ser un acto social sino en virtud de su manifestación".

(*) Titular en la Cátedra de D. Civil (Obligaciones) y D. Comercial II (Bancario). Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia y Ex miembro del Consejo de la Magistratura. Director del Doctorado en la F.D. y C.S. de la U.N.A.

Sin embargo, se debe hacer notar que una legislación muy moderna, como el Código Civil Alemán, al sistematizar el Negocio Jurídico y la Declaración de Voluntad, otorga un amplio poder a la voluntad del hombre para formar sus relaciones jurídicas.

Este efecto jurídico buscado por la voluntad de las partes, dentro del margen permitido por la ley, es lo que se denomina en nuestro Derecho positivo "acto jurídico", previsto en el Art. 296 del Código Civil Paraguayo. Estos actos voluntarios, u omisión voluntaria, dentro del marco jurídico (licitud), dimanante de efectos jurídicos, es lo que llamamos técnicamente en nuestro Derecho positivo como "acto jurídico", en contraposición de los actos antijurídicos", que serán los actos voluntarios reprobados por alguna norma jurídica.

En nuestro Derecho positivo, si bien se consagra la autonomía de la voluntad, también a su vez reconoce algunas restricciones.

2. Las restricciones en nuestro Derecho

El poder jurígeno de la voluntad por sí sola para crear obligaciones a su cargo o entrelazada a otras, establecer una relación jurídica capaz de reglar sus intereses particulares, en total soberanía, ha sido una de las conquistas en el Code, Código Civil Francés; nos ha transmitido ideas a su vez tomadas de la perseverante enseñanza de Domat y Pothier de que los contratos contienen convenciones con fuerza de ley para las partes y que las formalidades, al contrario del Derecho Romano, son esenciales para los casos muy limitados.

Con posterioridad, filósofos, juristas y políticos se ocuparon de preguntarse si esa voluntad individual debe respetarse tal cual como fuera formulada, o si, por el contrario, debe estar subordinada a las normas impuestas por los poderes públicos. Sin embargo, las legislaciones actuales admiten en forma predominante este principio con algunas importantes restricciones. Empero, no podemos pasar por alto la concepción del Código Civil Alemán, donde predomina la declaración sobre la voluntad del agente, siendo la declaración el hecho constitutivo del consentimiento y preside el nacimiento del acto jurídico, lo que permite valorar su alcance; esto también impone un nuevo método de interpretación tomando en consideración al orden social en sustitución del orden subjetivo e individual; en nuestro sistema es esencial la voluntad y en los negocios jurídicos su autonomía encuentra su manifestación más resaltante.

En nuestro Derecho positivo y en nuestro sistema, esta concepción arranca de un principio más general, denominado en el Derecho como el de "licitud", garantía que ofrece un vasto campo a la libertad humana. Partiendo del principio de la libertad humana, se consagra que: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe" (Art. 9º, Segunda Parte, C.N.). El Código Civil Paraguayo, en su título preliminar, Art. 10, establece: "La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los Derechos conferidos por ellas, con tal que solo miren el interés individual y que no esté prohibida su renuncia". Este principio consagra la posibilidad de renunciar a cualquier Derecho subjetivo, sin más limitación que una prohibición legal expresa.

Por otro lado, también el propio Código otorga fuerza de ley para las partes a las convenciones nacidas en un contrato con los siguientes términos: "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma..." (Art. 715, C.C.). Por último, cabe mencionar que en materia de interpretación de los actos jurídicos se da una regla también general en los siguientes términos: "Cuando hubiese en un instrumento palabras que no armonicen con la intención reflejada en el acto, prevalecerá ésta" (Art. 300, Segunda Parte, en concordancia con el 708, regla de interpretación de los contratos y la libertad consagrada en materia de forma, el Art. 302). Todos ellos demuestran que lo esencial en los negocios jurídicos es respetar el principio de autonomía de voluntad y la forma es apenas un revestimiento exterior de la voluntad consagrado en nuestra legislación como principio.

3. Restricciones al principio

Este principio reconoce numerosas restricciones en el Derecho privado, desapareciendo casi por completo en el Derecho laboral y abdicar definitivamente frente al principio de la legalidad del Derecho público.

4. Reglas generales

Se debe interpretar que la intervención estatal por medio de sus órganos se hace cada día más fuerte en el negocio de los particulares, conforme lo pregonaba la Escuela Socializadora del Derecho. En primer término, el individualismo reconoce su primera restricción muy importante en el Derecho, con la norma de que: "En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general" (Art. 28, C.N., Primera Parte); luego, el Código Civil Paraguayo establece una restricción también de carácter general, cuando

estatuye: “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres” (Art. 9º, C.C.P.).

5. Reglas especiales en el Código Civil

En el Derecho Civil se puede entender que las numerosas restricciones al principio de autonomía de la voluntad no se limitan únicamente al orden público o al interés social, sino al mismo tiempo, por razones de equidad, se reconoce a los órganos jurisdiccionales judiciales la intervención en los negocios de los particulares, alterándose, en consecuencia, el principio de la inmutabilidad e irrevocabilidad de las conclusiones de los negocios jurídicos.

Se debe señalar previamente que no se admiten derogaciones por convenciones de particulares, las normas que regulan el Estado y la capacidad de las personas, las que organiza la familia, la propiedad y el régimen de adquisición y pérdida del dominio, los actos cuyos objetos sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Esta moral y buenas costumbres son conceptos esencialmente dinámicos, constituyen un patrimonio social según los valores de la sociedad en un lugar y un tiempo determinado, por lo que componen un fenómeno muy mutable.

En materia de forma igualmente existen restricciones, exigiéndose solemnidades *ad solemnitaten*, como el matrimonio, por ejemplo, o simplemente ad *probationem* como en la modificación de derechos reales sobre bienes inmuebles, y otra restricción muy importante, lo dispuesto por el Art. 706, al consagrar que: “Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez jornales mínimos establecidos para la capital deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”. Igualmente, al establecerse la formalidad de algunos instrumentos, como en el pagaré (Art. 1535), en la letra de cambio (Art. 1298 del C.C.P.) y en numerosas otras figuras, constituyen importantes limitaciones al principio de autonomía de la voluntad en materia de forma.

6. La equidad como fundamento de restricción a la autonomía de la voluntad

La equidad, como razón legal para la intervención de la justicia en los negocios de los particulares, se halla consagrada en numerosas figuras en nuestro Derecho positivo, entre ellas cabe citar el abuso del Derecho, incor-

porado en el Código, mediante la disposición del Art. 372, que preceptúa: "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar; aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos. La presente disposición no se aplica a los derechos que por su naturaleza o en virtud de la ley pueden ejercerse discrecionalmente". "La Instituta estableció en una norma el contenido moral de las leyes, con un propósito de fijar el fin fundamental de todas las leyes. Este inmortal principio reza así: "*Honeste vivere, nemimen laedere, sum cuique tribuere*" (Vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo). (Inst., Lib. I, Tit. I, Pág. 3)

Mucha resistencia doctrinaria se ofreció para la incorporación legislativa del abuso del derecho, tal es así que juristas de valía como Marcelo Planiol, calificaban al abuso del derecho como una "logomaquía", consistente en juego de palabras, porque a su juicio, un acto no puede revestir un carácter de lícito por ejercer facultades reconocidas en la ley y ser al mismo tiempo ilícito por entenderse que no constituye el ejercicio normal de la prerrogativa jurídica. La afirmación de abuso del derecho encierra en sí una contradicción. A pesar de las duras observaciones doctrinarias el Código, en armonía con su filosofía, incorporó la figura del abuso del derecho, consagrando como efecto la reparación de daños, a quien ejerza un derecho sin ventaja propia o abusando del mismo para causar daño, o cuando se desnaturaliza los fines que la ley tuvo en mira al reconocer tal derecho.

7. La lesión

Preceptúa el Art. 671 del C.C.P. "Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con lo que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de este, podrá el lesionado, dentro de dos años, demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación". Desde el rescripto de los emperadores Dioclesiano y Maximiliano, que data del año 285, incorporado posteriormente en el Corpus Iuris Civilii de Justiniano (Ley 8ª. Libro IV, Título XLIV), como una medida para proteger a los más débiles frente a los poderosos, esta institución fue evolucionando hasta nuestros días, partiendo desde una concepción puramente objetiva, has-

ta que el Código Civil Alemán en su Art. 138, introdujo los elementos subjetivos necesarios que fundamentan la existencia de la figura. Si bien, a partir del Código de 1900, se reguló con precisión respecto del aprovechamiento de las condiciones subjetivas de la víctima, al realizar un negocio ruinoso para sí mismo, aun con el referido antecedente, existían grandes vacilaciones para su incorporación aludiendo la posibilidad de poner en riesgo la seguridad jurídica en las transacciones. Empero, hoy así legislado, constituye una restricción al principio de la autonomía de la voluntad, pues la intervención de los magistrados en los negocios de los particulares, en razón de la desproporción entre las prestaciones y el aprovechamiento de las condiciones subjetivas de una de las partes, revela claramente que la voluntad es omnímoda, pero dentro del marco de la reciprocidad y equidistancia entre las prestaciones, en los negocios bilaterales.

8. La imprevisión

El Art. 672 C.C.P., dispone: "En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento. La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del alea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable. El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa. Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo".

La teoría de la imprevisión fue largamente anhelada por la doctrina privatística y publicista, pues los grandes cambios económicos surgidos en el siglo veinte produjeron excesiva onerosidad en las prestaciones, en los contratos de ejecución diferida, por lo que constituía una necesidad la previsión normativa respecto a la modificabilidad de las prestaciones, cuando estas se han tornado excesivamente onerosas por circunstancias externas no imputables a las partes. Una razón de justicia impone permitir su reducción a sus justos límites.

9. La modificabilidad de la cláusula penal

Dispone el Art. 459 del C.C.P: "El juez reducirá equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor". El principio tradicional de la inmutabilidad de la cláusula penal cede ante la equidad, ante

la justicia conmutativa, aunque dicha cláusula penal es consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, sufre ésta una restricción muy importante, permitiendo la intervención de la autoridad del Juez, en aras de restablecer la justicia sinalagmática que debe presidir las prestaciones en los negocios bilaterales.

10. Ventaja excesiva obtenida con la amenaza del ejercicio de un Derecho

Cuando con amenaza de ejercer un derecho se obtenga un beneficio excesivo, el Art. 294 del C.C.P., dispone: "El ejercicio normal de los derechos no podrá determinar injustas amenazas. Sin embargo, cuando por este medio se hubiesen arrancado a la otra parte ventajas excesivas, la violencia moral podrá ser considerada suficiente para anular el acto". Es decir, esta equidad está tomada en la búsqueda del equilibrio entre las prestaciones, respetando el principio de la interrelación, reciprocidad e interdependencia en los negocios sinalagmáticos; esta es una figura afín tanto a la lesión, como con el abuso del derecho.

11. Interpretación a favor del adherente en los contratos de adhesión

Dispone el Art. 713 del Código Civil Paraguayo: "Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato así como en los formularios dispuestos por uno de los contratantes, se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro". Se podría afirmar, sin lugar a dudas, que esta disposición legal constituye un anticipo de protección a los consumidores, que más adelante se convertiría en la conocida denominación de "Derecho del Consumidor", incorporado en el ordenamiento jurídico mediante la Ley 1334 del 27 de octubre de 1998. Esta ley también estableces entre sus prohibiciones, el aprovechamiento de la ligereza o ignorancia del consumidor, circunstancias reguladas detenidamente en el Art. 671 del Código Civil Paraguayo, al incorporar la figura de la lesión.

Finalmente, cabe destacar que es en el Derecho Laboral donde hace más tiempo se ha comprobado que la igualdad no existe en los hechos y que la libertad jurídica ha llevado al abuso de la propia libertad, en detrimento del económicamente más débil, el trabajador. El Estado, en resguardo del interés social, ha tenido que tomar precauciones para que aquel abuso no condujera al desamparo de los trabajadores, mediante normas coactivas con el fin de mantener el equilibrio, tanto jurídico como económico, entre las partes de las

relaciones laborales, vínculo establecido entre empleadores y trabajadores. Así nacieron los Códigos Laborales en distintos países; en el nuestro, lo introdujo el Prof. de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Luis Patricio Frescura y Candia, siguiendo la corriente doctrinaria protectora a los derechos de los trabajadores, donde la autonomía de la voluntad es aplicable solo superando los límites mínimos establecidos en la legislación, a fin de evitar cualquier abuso contra los derechos de la parte del contrato económica y socialmente más débil.

LA UNIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Por José Raúl Torres Kirmser (*)

Sumario: 1. Introducción. Elección legislativa. 2. La unificación y la autonomía científica de las ramas civil y comercial. 3. Justificación doctrinaria de la unificación. 4. La unificación y su sistemática. 5. Bibliografía.

1. Introducción. Elección legislativa

La elaboración de un Código Civil genuinamente paraguayo, pensado y realizado por prestigiosos juristas nacionales, era un anhelo impostergable de nuestro quehacer jurídico. Quienes –forzados a confesar el paso de los años– conocimos la aplicación del anterior Código de Vélez, sentíamos la necesidad urgente de contar con cuerpos normativos auténticamente nacionales, que permitan también el florecimiento de una ciencia jurídica paraguaya ajustada a la idiosincrasia y necesidades de nuestro pueblo.

Celebramos, pues, con genuino gozo el vigésimo aniversario de su vigencia. Gozo y algarabía que, manifestados en las aulas universitarias, son sinónimos de quehacer jurídico. En efecto, ¿qué mejor forma de honrar a nuestro Código Civil que escudriñar en él, introducirse en sus meandros, comprender su espíritu más allá del, en ocasiones, frío texto legal? Por ello, solicitando la benevolencia del auditorio, me permitiré recordar lo que el ilustre anteproyectista, Prof. Dr. don Luis De Gásperi, auspiciaba como propósito

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

indirecto de la codificación nacional, en disertación pronunciada el 7 de noviembre del año 1962, en el tradicional Unión Club, bajo el auspicio del Colegio de Abogados, presidido en aquel entonces por el Dr. Raimundo Paniagua: "*Si el Anteproyecto mereciera la sanción de la Honorable Cámara de Representantes y fuera promulgado por el Poder Ejecutivo, el foro nacional se vería en la precisión de confrontar las clásicas doctrinas romano - francesas del Código de Vélez Sarsfield con las de los pandectistas germanos de los Códigos alemán y federal suizo de las Obligaciones, actualizadas y conformadas al genio latino por los compiladores del Código Italiano del 1942* (…) *Nuestros juristas se verían en la necesidad de acopiar obras diversas de procedencia europea, las más de las cuales no están vertidas a nuestro idioma. Introducirlas y acomodarlas al estudio diario será condición del remozamiento de las asignaturas básicas del Derecho civil y mercantil, que tanta parte tienen en la formación de nuestra cultura*" (1).

Esta necesidad, agudamente advertida, se presenta no solo respecto de cada instituto en particular, sino incluso en cuanto a la sistematización global del Código. En efecto, es sabido que el Paraguay ha optado por la unificación legislativa de las obligaciones y de los contratos, siguiendo una tendencia que inició a manifestarse en las últimas décadas del siglo XIX. Son conocidos los antecedentes del Código Suizo de las Obligaciones, preparado desde el año 1874 y en vigencia desde el 1 de enero de 1883 (2), y la defensa del criterio de la unificación hecha por el ilustre profesor Cesare Vivante, quien sostenía que *la separación tradicional del Derecho privado aparece en contraste con la homogeneidad de nuestra constitución social donde se infiltran por todos los sentidos el comercio con sus costumbres*" (3).

Omitiré, pues, por sabidas, las referencias a los demás antecedentes del siglo XX, entre los que se destacan el proyecto, del año 1927, del Código de Obligaciones y Contratos franco italiano, así como el Código italiano, del año 1942. Sin embargo, me permitiré señalar cómo el problema de la unificación se presentó también en ordenamientos con principios tan diferentes como el ruso del siglo XX, en el que se produjo la unificación con el Código de 1923, que respondía a la abolición de la propiedad privada y la utilidad social

(1) De Gásperi, Luis. *Antecedentes del anteproyecto del Código Civil paraguayo*. Asunción, Edición del Colegio de Abogados, 1962, pág. 84.

(2) Malagarriga, Carlos C. *Tratado elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires, TEA, 3ª ed., 1963, tomo I, pág. 32.

(3) Escobar, Jorge H. *Derecho comercial*. Asunción, La Ley, 2ª ed., pág. 38.

del individuo (4). Idéntico método sigue, en dicho país, el Código Civil de 1964, y, en China, el Código Civil de la República Popular, cuyo nombre exacto es el de "Principios de la legislación civil", en vigencia desde enero de 1987 (5). La solución elegida responde así a criterios de política legislativa e ideologías de gobierno, pese a lo cual no puede desconocerse la elección metodológica de eliminar la distinción legislativa referida al comercio.

A iniciativa del Prof. De Gásperi, declaradamente inspirado en la metodología italiana, la Comisión Nacional de Codificación, a iniciativa suya, autorizó la unificación mediante la incorporación al Código Civil de los contratos comerciales, dejando fuera de sus normas el derecho de la navegación fluvial y aérea, así como el procedimiento de quiebra (6). Tal elección del anteproyectista fue respetada por el legislador nacional, y a ella responde la estructura actual del Código cuyo vigésimo aniversario celebramos, en vigor a partir del 1º de enero del año 1987. Así, la economía del Código responde a la tendencia unificadora y plantea, por consiguiente, los problemas inherentes a ella; algunos de los cuales abordaremos a continuación.

2. La unificación y la autonomía científica de las ramas civil y comercial

La necesidad de una enseñanza diversificada de las ramas civil y comercial, traducida académicamente en cátedras separadas, apenas puede ser puesta en discusión. La realidad siempre creciente de las relaciones de negocios nacionales e internacionales, la profesionalidad de quien se dedica al comercio como medio de vida, la transformación permanente de la metodología de la explotación económica, así lo aconsejan. A ello debe añadirse la presencia de instituciones típicamente comerciales, como las operaciones de banca y seguros, los títulos de crédito, entre otras, que solo podrán ser eficazmente aprendidas mediante una comprensión previa de los fundamentos del Derecho comercial, especiales pero no antagónicos a los del Derecho civil. Quienes reciben las primeras armas para acometer la difícil profesión de abogado, no pueden verse privados de la especialidad del conocimiento, que les

(4) Satanowsky, Marcos. *Tratado de Derecho Comercial*. Buenos Aires, TEA, 1ª ed., 1957, tomo I, pág. 212.

(5) Informe del Presidente de la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial. Proyecto de Código Civil argentino. Buenos Aires, Astrea, 1ª ed., 1987, pág. 23.

(6) De Gásperi, Luis. *Antecedentes*…, cit., pág. 29. Disertación ante la Comisión Nacional de Codificación, viernes 18 de octubre de 1962.

permitirá adquirir con mayor claridad los principios que informan a las relaciones comerciales.

El problema de la autonomía científica se presenta como más difícil, atentos a la perspectiva que forzosamente ha de darle la elección relativa a la unificación. Bien advertido que el problema, como fuera agudamente señalado, no se refiere al *Código* de comercio sino al *Derecho* del comercio, es de rigor preguntarnos si la última de las distinciones señaladas puede considerarse subsistente (7).

A tal efecto, debemos señalar que el Derecho comercial, por muchos que hayan sido los intentos de objetivizarlo o subjetivizarlo, según cuál de las tendencias haya prevalecido en determinado momento histórico, no deja de responder, tanto en su esencia como en su evolución, a un doble carácter: consuetudinario y profesional. Es decir, el Derecho comercial es creado, en su origen histórico, por los propios comerciantes, a los efectos de regular las diferencias o cuestiones surgidas del trato que realizaban profesionalmente(8). Esto es así, porque la realidad no puede desconocer que, para definir el ámbito de aplicación de la normativa comercial, son dos las preguntas que deben hallar respuestas *simultáneas*: ¿quiénes son comerciantes?; ¿qué es el comercio? Definida la segunda de las cuestiones, el ordenamiento deberá determinar, también, en base a qué criterios se considera configurada la primera. Ahora bien, ¿la unificación legislativa del Derecho civil y comercial –*rectius*, de las obligaciones y contratos– implica que las cuestiones arriba señaladas pierden su virtualidad a los efectos de la aplicación de las normas de Derecho privado?

La cuestión debe ser resuelta sobre la base de los principios. En efecto, reafirmándonos en que las interrogantes señaladas en el párrafo anterior –esto es, las relativas a la calificación de los comerciantes y del comercio– deben encontrar respuesta legislativa, por tratarse de una realidad social insoslayable, no puede dejar de recurrirse al canon general del Art. 7º del Código Civil, en cuya virtud las disposiciones especiales no derogan las reglas generales, salvo que se refieran a la misma materia para dejarla sin efecto. Esto, respecto de las obligaciones y contratos comerciales, es reconocido casi unánimemente. Por ello, se ha reconocido que el Derecho comercial utiliza

(7) Messineo, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires, EJEA, 1ª ed., tomo I, pág. 60.

(8) Uría, Rodrigo. *Derecho mercantil*. Madrid, Marcial Pons, 19ª ed., 1992, pág. 5.

los mismos términos que el Derecho civil para designar una venta, una locación, el sistema de privilegios, los derechos de propiedad; remitiéndose igualmente a la normativa civil a los efectos de determinar las condiciones de formación, de anulación y de resolución de los contratos (9).

Así, el problema de la autonomía científica se plantea más bien desde el punto de vista del *estatuto del comerciante* antes que desde el punto de vista de las obligaciones y contratos, ya sean estos civiles o comerciales. Ya lo advertían doctrinarios como Segovia, quien al comentar el Código Suizo de las Obligaciones señalaba que el mismo "*evita siempre distinguir al comerciante del no comerciante, esforzándose por borrar el estatuto comercial como dominio jurídico indispensable*"(10). Advierto, sin embargo, que no puede atribuirse dicha omisión a un deliberado designio de evitar el tema, sino a la circunstancia, fácilmente intuible, de que no era necesaria una distinción tal a la hora de regular las obligaciones y los contratos, cuyos principios son fundamentalmente los mismos para ambas ramas. Es más, solo la consideración histórica del comerciante como categoría especial justificó, en su momento, un régimen dual de obligaciones y contratos(11). La configuración medieval de los gremios, con esquemas cerrados y de casta, donde se distinguía rígidamente a los comerciantes, artesanos, agricultores, etc., se vio fatalmente superada por la realidad económica, que ya con la revolución industrial redujo a bien poca cosa la significación social de la estratificación gremial, gracias a los fenómenos de la producción en masa y la internacionalización del comercio debida a la evolución de los transportes. A su vez, estos fenómenos determinaron la necesidad de una mayor concentración de capital, necesaria para financiar las nuevas maquinarias, con lo que el fenómeno societario inicia su escalada incontenible en la *tipicidad social*.

Este fenómeno, que obviamente lleva a una superación del concepto de casta, que fragmenta innecesaria e insosteniblemente la realidad económica sustancialmente unitaria de la producción y circulación de bienes, explica la *comercialización del Derecho Civil* (12), expresión acuñada para indicar la

(9) Guyenot, Jean. *Derecho Comercial*. Buenos Aires, EJEA, 1ª ed., 1975, tomo I, pág. 21.

(10) Citado por Rivarola, Mario A. *Tratado de Derecho Comercial Argentino*. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1ª ed., 1938, introducción, tomo I, pág. XXVIII.

(11) Satanowsky, Marcos. *Tratado*… cit., tomo I, pág. 252.

(12) Remitimos a la extensa reseña bibliográfica de Satanowsky, Marcos. *Tratado*… cit., tomo I, pág. 192.

creciente penetración del comercio en la vida económica de gran parte de la población. No podemos ignorar, en efecto, que la progresiva extensión de las actividades comerciales en la vida del común de las personas abarca áreas originalmente consideradas exclusivamente mercantiles. A título de ejemplo, mencionemos las normas del seguro, las relativas al contrato de transporte, incluso la consideración misma de los contratos bancarios –¿quién, hoy en día, no es usuario de un servicio de tarjeta de crédito?–, que forman parte de nuestra realidad cotidiana.

Es comprensible, pues, que el Derecho de las obligaciones y los contratos, en su regulación jurídica, responda al criterio de unificación, que *socialmente* tiene ya larga data. No nos debe extrañar, entonces, que la superación de la contraposición entre comercio y agricultura, sumada a la consideración unitaria de toda actividad económica, arrojen como resultado la unificación de las obligaciones y de los contratos; "*porque la economía en su conjunto adquiere, en términos generales, los caracteres con los que se coordinan los principios de la actividad mercantil, sin que se logre una justificación conveniente de disciplinas diferenciadas*" (13). Nuestro anteproyectista tenía en cuenta estos aspectos, sosteniendo que "*no hay teoría de las obligaciones para el Derecho civil y otra para el Derecho comercial, sino meras aplicaciones de una sola, resultantes de la actividad mercantil*" (14). Demostración palmaria del genio del Prof. De Gásperi es que, casi cuarenta años después, se repitieron iguales fundamentos al defender el proyecto de Código Civil argentino, al afirmar la pluma de Horacio Roitman: "*La legislación comercial –aunque precedió en el tiempo al código de derecho común– tiene por ley supletoria al ordenamiento civil. No hay un sistema específico de obligaciones comerciales (…)*" (15).

Ahora bien, este reconocimiento, relativo a la conveniencia social de la unificación legislativa, con tendencia comercial y por ende, ágil y dinámica, de los principios que subyacen a la contratación, no quiere decir que el Derecho comercial desaparezca como rama del Derecho privado *científicamente autónoma*. En primer término, y desde un punto de vista estrictamente legislativo, no puede decirse que *toda* la legislación comercial se encuentre conte-

(13) Ascarelli, Tullio. *Introducción al estudio del Derecho mercantil*. Barcelona, Bosch, 1ª ed., 1964, pág. 126.

(14) De Gásperi, Luis. *Antecedentes*…, cit., pág. 18. Disertación ante la Comisión Nacional de Codificación, 21 de septiembre de 1959.

(15) Proyecto… cit., pág. 14.

nida en el Código Civil. Además del estatuto del comerciante, sectores importantísimos como el de marcas –Ley 1294/98–, mercado de valores –Ley 1284/98–, patentes de invenciones –1630/00–, se encuentran legislados en cuerpos legales independientes del Código Civil; y lo mismo puede decirse de determinados contratos típicamente comerciales: leasing –Ley 1295/98–, negocios fiduciarios –Ley 921/96–, entre otros.

Por otro lado, desde un punto de vista teórico, una vez postulado como premisa indudable que el Derecho mercantil es una rama del Derecho privado(16), y advirtiendo las razones históricas que, a lo largo de los años, justificaron, en la pluma de autorizados tratadistas, el carácter autónomo del Derecho comercial(17), no puede desconocerse que el mismo se justifica ampliamente desde el punto de vista de la sistemática de las instituciones comerciales. Las normas del Derecho cambiario, sobre todo las relativas a la circulación de los títulos de crédito, no pueden justificarse mediante normas o principios civiles; las sociedades tienen un fin típico de lucro que las atrae irresistiblemente a la órbita comercial; la actividad bancaria nace y se desarrolla como actividad típica de intermediación(18); el mismo fenómeno de contratación, pese a su regulación legislativa unitaria, no puede ignorar que determinadas relaciones jurídicas se estructuran exclusivamente sobre la organización en forma de empresa: vgr., la actividad asegurativa, bancaria, de transporte, etc.

No puede sino coincidirse, así, con quienes sostienen la particularidad y autonomía del Derecho comercial en razón de una finalidad que le es propia. Las reglas y técnica comerciales, la multiplicidad de actos idénticos realizados en forma profesional y habitual por una misma persona, la rapidez con la que se mueve el mundo de los negocios(19), justifican los principios especiales que informan al Derecho comercial y abonan su consideración como una rama especial del Derecho privado. En suma, la unificación legislativa no podrá suprimir el peculiar carácter de las normas aplicables al comercio, el tinte particular que distingue al Derecho comercial, el de ser un derecho de categoría, un derecho profesional de quien ejerce habitualmente una determinada actividad económica. Este plexo de normas, así, regulará la

(16) Escobar, Jorge H. *Derecho*… cit., pág. 48.

(17) Satanowsky, Marcos. *Tratado*… cit., tomo I, pág. 122.

(18) Torres Kirmser, José Raúl; Ríos Avalos, Bonifacio y Rodríguez González, Aldo. *Derecho bancario*. Asunción, La Ley, 4ª ed., 2006, tomo I, pág. 2.

(19) Guyenot, Jean. *Derecho*… cit., tomo I, pág. 23.

organización de la producción y el intercambio de bienes y servicios, así como el ejercicio habitual de la actividad correspondiente (20).

Se concilian así, demostrando que son conceptos compatibles, la unificación y la autonomía. En efecto, la progresiva extensión de los criterios mercantiles que informan la circulación de bienes y servicios a toda la economía, no puede sino pretender un derecho único que regule este movimiento; es decir, una única disciplina relativa a las obligaciones y los contratos (21). La unificación de normas que se produce beneficia tanto a los comerciantes como a quienes no lo son, estableciendo reglas de juego unitarias y permanentes, independientes de la calidad de los sujetos ocasionales del acto.

Quizá, aun sin proponérselo, el legislador introdujo una disposición que permite inferir tal criterio. Nos referimos al inciso a) del Art. 71 de la Ley 1034/83, en el que enuncia, como acto de comercio, "*toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o inmueble, de derecho sobre ella, o de derechos intelectuales, para lucrar con su enajenación, sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor*". Como quiera que la actividad del comerciante es profesional, en los términos del Art. 1º de la citada Ley, este artículo evidencia, en forma clara, la *interposición entre la oferta y la demanda* típica de su quehacer. Esta interposición se rige por reglas únicas, sin interesar ya el carácter civil o comercial de los actos realizados en consecuencia.

Sin embargo, hay que puntualizar que dicha Ley, anterior a la entrada en vigencia del actual Código Civil y que, en su momento, derogó el Libro Primero del entonces vigente Código de Comercio, en los términos de su Art. 122, conserva, como se evidencia de lo expuesto en el párrafo anterior, la enunciación de los actos de comercio. Esta enunciación cumple una función profundamente distinta a la que tenía bajo el anterior régimen de la dualidad de normativas, ya que no influirá en la determinación de la ley aplicable, que será siempre la misma. En el siguiente acápite, tendremos ocasión de volver sobre el punto.

3. Justificación doctrinaria de la unificación

Mucho de lo dicho bajo el título anterior, sin duda, debe entenderse aplicable también a éste. En efecto, hay que precaverse de caer en el error de

(20) Messineo, Francesco. *Manual*… cit., tomo I, pág. 60.
(21) Satanowsky, Marcos. *Tratado*… cit., tomo I, pág. 255.

pensar que la tendencia a la unificación no haya suscitado controversias doctrinarias. Señalaremos, *ex plurimis*, y por la influencia que su tratado ha tenido en la formación de generaciones de abogados nacionales, la opinión del Prof. Dr. Luis A. Argaña, quien en su obra consideró conveniente dedicar un entero parágrafo, el vigésimo cuarto, para justificar la separación del Derecho mercantil del civil, basado en que la actividad comercial tiene reglas propias y necesidades distintas, entre las que se cuenta el plazo como elemento común a la mayor parte de las operaciones mercantiles, lo que demuestra claramente la importancia del crédito en el comercio; y en las reglas especiales creadas para defender ese crédito de la mala fe, dolo y fraude que se presentan en las obligaciones mercantiles, las que se traducen en la obligación de llevar libros de comercio, documentación y publicidad de sus actos, etc.(22).

Explica esto la ardua labor que acometió nuestro ilustre anteproyectista, Dr. De Gásperi, quien mucho tuvo que bregar para exponer y refutar las críticas que a nivel mundial fueran formuladas en contra del movimiento de unificación. En su ya citada disertación ante la Comisión Nacional de Codificación, pronunciada en fecha 21 de septiembre de 1959, rechazaba los argumentos contrarios a la unificación, entre los que destacó el hecho de que el Derecho Mercantil se ocupa de la riqueza en vías de formación, el valor común de las cosas en circulación, el anonimato de las personas que intervienen en las transacciones comerciales y la agilidad de los medios de circulación de bienes (23). La refutación a estas concepciones, ya analizada en el acápite que antecede (24), ha de ser combinada con el benéfico efecto práctico que se sigue de la unificación de los fueros(25), que De Gásperi utilizó como otro argumento de peso, en la señalada disertación.

Por otra parte, no debemos olvidar que, incluso en el régimen anterior, el mismo Código de Comercio remitía a las disposiciones civiles como legislación supletoria, en su título preliminar, consignando idéntica disposición en su Art. 207: "*El Derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales*". La interrelación estrecha entre ambas ramas del Derecho privado, aun bajo el régimen de la

(22) Argaña, Luis A. *Tratado de Derecho Mercantil*. Asunción, El Foro, reedición, 1983, tomo I, pág. 39.

(23) De Gásperi, Luis. *Antecedentes*…, cit., pág. 16.

(24) Remitimos a la cita de la nota 14.

(25) De Gásperi, Luis. *Antecedentes*…, cit., pág. 18.

dualidad de Códigos, resulta harto evidente (26). Ocioso resultaría, pues, repetir la conveniencia de una regulación única, que sistematice los principios de la circulación de bienes sobre la base de normas jurídicas unitarias, aplicables con independencia de la calidad profesional de las partes.

Sintéticamente, entonces, la unificación se justifica, conforme lo señaláramos más arriba, por la desaparición del derecho de clases, dentro del cual el objeto del acto a ser realizado determina el precepto a ser aplicado, abstrayendo totalmente la actividad habitualmente realizada por las partes. La expansión de la actividad económica empresarial y su influencia en la circulación de bienes y servicios hacen que la empresa no pueda considerarse como un factor aislado y especial respecto de la normalidad de la vida social, lo que justifica la elaboración de reglas únicas que permitan conjugar la necesidad de una ágil y dinámica circulación de los productos con la certeza que brindan normas uniformes y aplicables a cualquier acto, sea este civil o comercial.

Cabe preguntarse, sin embargo, sobre la función de la definición legislativa del acto de comercio, a la que aludíamos *supra*. En efecto, es sabido que la unificación de la legislación relativa a las obligaciones y los contratos opaca, en gran medida, el problema del contenido del Derecho comercial, tan espinoso en los sistemas que mantienen la dualidad de normativa referida a la circulación de bienes y servicios. Sobre todo en el sistema objetivo de determinación de la comercialidad, el acto de comercio resulta indispensable a los efectos de determinar cuáles son los actos que, intrínsecamente, reúnen los extremos a los efectos de ser considerados como comerciales. Extremos éstos que, obviamente, a los efectos jurídicos dependerán exclusivamente de la configuración legal, es decir, será el legislador el encargado de determinar qué actos se consideran comerciales.

A los efectos de resolver el problema planteado y determinar el papel que juega la determinación legislativa de los actos de comercio en un sistema de obligaciones y contratos civiles y comerciales unificado, debemos necesariamente volver a lo dicho *sub* 2. Efectivamente, no debemos perder de vista que en el mundo moderno la intervención en el tráfico mercantil no puede prescindir de la actividad del empresario y de la capacidad de este para desarrollar la actividad económica organizada que ella implica (27). En conse-

(26) Malagarriga, Carlos C. *Tratado*… cit., tomo I, pág. 44.
(27) Uría, Rodrigo. *Derecho*… cit., pág. 6.

cuencia, la definición del acto de comercio es necesaria no ya a los efectos de establecer el contenido del Derecho mercantil, sino para determinar la calidad de comerciante; es decir, para saber qué actos son aquellos cuyo ejercicio habitual y profesional determina tal circunstancia.

Tal circunstancia fue ya advertida por el maestro de maestros, Dr. Jorge H. Escobar, quien fue claro en señalar que, sea cual fuere el sistema de determinación de comercialidad seguido, la caracterización del acto de comercio resulta necesaria: en el sistema objetivo, por determinar el contenido principal del Derecho comercial; en los sistemas objetivo y subjetivo, por ser elemento determinante de la profesión del comerciante; y en el sistema de la unificación, porque permite determinar al comerciante o empresario (28). Ello se demuestra, desde una perspectiva de derecho positivo histórico, por la previsión del Código de Comercio, que también sentía la necesidad de definir al comerciante –protagonista del Derecho mercantil–, en los términos de su Art. 1º: "*La ley declara comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio, haciendo de ello profesión habitual*".

De este modo, la coyuntura histórica de haber entrado en vigor el estatuto del comerciante –Ley 1034/83– antes del Código Civil, hizo necesaria una enunciación de los actos de comercio a los efectos de permitir una armonización con la dualidad de Códigos entonces existente. Pero, sobrevenida la unificación, la enunciación de los actos de comercio contenida en el Art. 71 del mencionado plexo legal cumple otra función: la de identificar la actividad que amerita la aplicación del estatuto del comerciante a los efectos de determinar su calidad de tal. Esa función se halla expresamente recogida en el Art. 3º, inc. a) de la Ley 1034/83: "*Son comerciantes las personas que realizan profesionalmente actos de comercio*".

Es por eso que lo detallado de la norma encuentra explicación por el momento histórico legislativo en el que hizo su aparición. En efecto, la extensión de la lista podría considerarse excesiva a la luz de su comparación con otros cuerpos legales que operaron la unificación. El Código italiano de 1942, por ejemplo, define la actividad comercial con una fórmula tan lacónica como eficiente, en los términos de su Art. 2082: "*actividad económica con finalidad de producción o de intercambio de bienes o servicios*". Hemos explicado ya cómo, del inciso a) del Art. 71 de la Ley 1034/83, puede extraerse idéntico criterio. La calidad de comerciante, así, se determina por la profesio-

(28) Escobar, Jorge H. *Derecho*… cit., pág. 83.

nalidad de la realización de actos de *interposición entre la oferta y la demanda*, concepto sobre el que nos permitimos insistir, por la importancia que conlleva.

De esta manera, el estatuto del comerciante, consagrado por la Ley 1034/83, adquiere un marcado tinte subjetivo, en cuanto, por obra y gracia de la unificación de la disciplina de los actos, se dedica fundamentalmente a regular "*la actividad profesional del comerciante*", en los términos de su Art. 1º. La figura del comerciante no encuentra su perfil jurídico en la perspectiva de la contratación o de la circulación de bienes, que no admite dualidad, sino desde la óptica del ejercicio de una actividad económica; es decir, el ejercicio profesional y habitual de la actividad de interposición entre la oferta y la demanda. Esta perspectiva, como es lógico, influye no solo en aspectos privatistas, sino en los no menos importantes sectores de la planificación de la actividad económica y la disciplina de la competencia, entre otros (29).

Se advierte, de este modo, que la unificación, justificada en base a la consideración unitaria del fenómeno de circulación de bienes, no impide que la figura del comerciante tenga una consideración y un peso jurídico autónomos, con determinadas obligaciones típicas –entre las que podemos señalar la relativa a los libros de contabilidad y la inscripción en el Registro Público de Comercio, conforme al Art. 11 de la Ley 1034/83–, y con normas especiales que regulan la actividad, no en cuanto a los actos que implican interposición entre la oferta y la demanda, sino en cuanto a su relación con la actividad concreta de otros comerciantes, es decir, la regulación de la competencia comercial.

4. La unificación y su sistemática

No pueden caber dudas de que la importancia del método en una obra legislativa que aspire al carácter de Código, por supuesto mucho más ambicioso que una simple compilación, es decisiva. En efecto, no puede dejarse de lado el hecho de que el carácter sistemático de la obra de codificación, así como la amplitud de su objeto, imponen la regulación de la conducta del hombre a través de normas generales y sus inferencias particulares, con un lugar preciso y apropiado en el conjunto del articulado (30).

---

(29) Ascarelli, Tullio. *Introducción*… cit., pág. 127.

(30) Llambías, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires, Perrot, 2ª ed., 1964, tomo I, pág. 211.

Ahora bien, podemos preguntarnos, en primer término, qué entendemos por sistema jurídico, concepto este consustancial a la idea de Código. De esta manera, rememorando la disertación del Prof. Dr. Elías P. Guastavino en el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, hecha en el año 1969, podemos coincidir con él en que por el mismo se entiende "*la clase de ordenamiento que contiene las soluciones de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo esta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión, para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama, de modo coherente*" (31).

Por eso decimos que el Código Civil introduce un sistema de obligaciones y contratos civiles y comerciales. En efecto, el plexo legal que venimos comentando no se limitó a recopilar o a agregar una tras otra las normas, sino que hizo un verdadero esfuerzo de integración y armonización, estructurando el desarrollo de los institutos sobre la base de una estructura general y luego adentrándose en las particularidades propias de cada instituto. Dicho sea de paso, es muy similar el método elegido por el Proyecto argentino, que para unificar el Derecho privado, modifica el Código Civil de modo a suplir la derogación del Código de Comercio, modernizando algunos de sus contenidos y actualizando determinadas leyes especiales en función de la nueva redacción de aquél (32).

Nos encontramos, pues, ante la necesidad de identificar normas que establezcan principios generales sistematizadores, que constituyan las directivas que el intérprete debe tener presente. La angustia del tiempo y la paciencia del auditorio explican que, en esta sede, nos ocupemos del punto en forma somera, y dando preferencia al área de las obligaciones y de los contratos.

Primeramente, debemos decir que la perspectiva sistemática es decisiva a los efectos de las soluciones técnicas que brinda el Código y que los jueces están obligados a aplicar al caso concreto. La concepción de todo el Derecho privado –y no solo de su faz patrimonial– como un sistema, impone la determinación e individualización de categorías conceptuales que permiten delimitar, con una finalidad no solo científica sino didáctica, conceptos y

(31) Guastavino, Elías P. *Sistema y axiología del Derecho Civil*. Buenos Aires, Revista Jurídica La Ley, tomo 138, pág. 1037.

(32) Proyecto… cit., pág. 31.

caracteres relativos a cada instituto jurídico en concreto, haciendo ello a una cuestión de metodología legislativa (33).

Desde este punto de vista, la primera norma sistematizadora aparece en el Art. 6º. Más que una sistematización *interna*, dicha disposición hace a una sistematización *externa*, por lo que nos limitaremos a señalar que la misma impone a los jueces la obligación de dictar sentencia aún cuando el caso no se halle expresamente previsto por la ley, estableciendo al mismo tiempo las pautas generales y las fuentes adonde acudir al efecto. De esta manera, desde la óptica que aquí interesa, dicha norma reconoce el carácter sistemático, implícito en la analogía, que impone la búsqueda del principio lógico que inspira las soluciones particulares (34), y sobre todo en los principios generales del derecho, de carácter aun más general y que tienden a una sistematización del entero plexo jurídico, admitido que los mismos se extraen de todas las ramas del derecho, del espíritu que informa a un ordenamiento; operación particularmente provechosa en el ámbito del Derecho privado (35).

Otro aspecto que merece mención es el de la figura de los hechos y actos jurídicos como elemento eminentemente sistematizador no solo dentro del Derecho privado, sino de la ciencia jurídica en general. Lo ha dicho sintéticamente nuestro eminente Profesor, Dr. Ramón Silva Alonso, quien señalaba que, sin el concepto de hecho jurídico, la ciencia jurídica no puede concebirse, porque toda norma supone una acción humana a regular, sin la cual aquella carece de sentido (36). Con muy especial énfasis para el área de las obligaciones y de los contratos, la figura de los hechos y actos jurídicos no solo configura una categoría general, sino que proporciona numerosos elementos de aplicación directa, englobando los numerosos institutos particulares bajo reglas de aplicación común, que se convierten así en principios de aplicación general, de gran importancia para las obligaciones y los contratos. En este último punto, es el primer elemento armonizador que engloba a las obligaciones y contratos civiles y comerciales *bajo una misma sistemática*. En efecto, al desaparecer la dualidad de códigos, los contratos, sean estos

---

(33) Stratta, Alicia Josefina y Stratta, Osvaldo J. *Enfoques sobre la metodología del Código Civil Argentino*. Buenos Aires, Revista Jurídica La Ley, tomo 1986-E, pág. 1180.

(34) Llambías, Jorge J. *Tratado*… cit., tomo I, pág. 113.

(35) Messineo, Francesco. *Manual*… cit., tomo I, pág. 111.

(36) Silva Alonso, Ramón. *Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Paraguayo*. Asunción, Intercontinental, 5ª ed., 1996, pág. 41.

civiles o comerciales, e incluso los propios actos de comercio consagrados en el Art. 71 de la Ley 1034/83, quedan subsumidos bajo idénticos principios generales.

Siguiendo la enunciación del Prof. Guastavino (37), hecha en la disertación que comentábamos más arriba, indicaremos algunos otros principios que pueden deducirse de la sistemática del Código, y que cobran especial importancia, pues los mismos ya no difieren en cuanto al área civil y comercial, sino que se presentan unificados.

En primer término, debemos señalar que, de las normas generales, se deduce perfectamente que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. En este aspecto, el estatuto del comerciante, con acertada decisión, se remite a las disposiciones del Código Civil, a través de su Art. 6º: "*Toda persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ejercer el comercio*". Como la libre disposición de los bienes, a norma del Art. 36 del Código Civil, se adquiere a la edad de dieciocho años, se aprecia cómo no hay una capacidad distinta para el ámbito civil y comercial.

En cuanto a las formalidades de los actos jurídicos, el Art. 302 del Código Civil –incluido al tratar los actos jurídicos, por lo que las consideraciones que siguen son derivación de las hechas al analizar, someramente por cierto, la categoría del negocio jurídico como elemento sistematizador de las relaciones jurídicas– establece la regla general de la libertad de forma, con la excepción derivada del Art. 303 del mismo cuerpo legal. Esta libertad de forma, obviamente, se compadece con las exigencias del tráfico comercial, que requiere la máxima agilidad a los efectos de las transacciones.

Principio fundamental, que campea en el Código Civil, es el de la buena fe (38). El concepto, ya sea entendido en su vertiente relativa a la honestidad y corrección de la conducta, o en la de convicción sobre la existencia de un título que avale una determinada posición jurídica, se encuentra presente en numerosas disposiciones. El principio de que la posesión vale título, fundamental en la circulación y posesión de cosas muebles, solo se aplica cuando hay buena fe, conforme al Art. 2058, y esto ha de informar, necesariamente, el comercio respecto de dichos bienes. Respecto de este último punto, la protección de la circulación comercial es absoluta, en los claros términos del

(37) Guastavino, Elías P. *Sistema*… cit., pág. 1039.

(38) Moreno Rodríguez, José Antonio. *Curso de Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*. Asunción, Litocolor, 1ª ed., 1991, pág. 308.

Art. 2412, que impide la reivindicación de cosas muebles compradas en feria, mercado, venta pública o a quien comerciare en objetos semejantes. La sistematización de la cuestión sobre la base de los principios comerciales es más nítida aún cuando se aprecia el Art. 2413 del Código Civil, según el cual es poseedor de mala fe quien compra la cosa hurtada o perdida a persona que no acostumbraba vender ese tipo de cosas.

En cuanto a los bienes inmuebles, la circulación de los mismos protege al adquirente de buena fe y a título oneroso, conforme al Art. 2411 del Código Civil, exceptuando únicamente los casos en los que el propietario desposeído puede impugnar el acto por no intervenir en él ni consentirlo. Empero, esto indica que la reivindicación debe acompañarse de la impugnación correspondiente a los efectos de que surta efectos.

Tampoco los efectos de la nulidad o anulación del acto se hallan exentos de la influencia de este principio. En efecto, los terceros siempre pueden ampararse en las reglas que protegen la buena fe en las transmisiones, conforme al Art. 363 del Código Civil. En los casos de fraude pauliano y simulación, los terceros de buena fe quedan protegidos conforme a los Arts. 308 y 317 del mismo cuerpo legal.

En cuanto a las relaciones contractuales, todas ellas se hallan embebidas de la buena fe. Ya en las negociaciones previas, las partes deben comportarse de buena fe, conforme a la disposición del Art. 689 del Código Civil. Su interpretación sigue igual canon, conforme al Art. 714 *in fine* del mismo cuerpo legal.

Podemos, pues, afirmar la *función sistematizadora* de los principios que anteceden (39), con especial relevancia para el ámbito de las obligaciones y de los contratos. En efecto, incluidas ambas figuras bajo la influencia general de las disposiciones referidas a los hechos y actos jurídicos, la circulación de los bienes se presenta sistematizada bajo una perspectiva unitaria, de criterio más civil que comercial –se destaca, una vez más, el fenómeno de la *comercialización del Derecho civil*, al que aludíamos más arriba–. El Código, pues, se presenta acorde a los requerimientos de la economía moderna, y sobre todo, de la seguridad en el tráfico, profundamente dificultada con la existencia de dos ordenamientos que respondían a principios y finalidades diversas. La elección seguida, pues, es de aplaudir, y los veinte años de apli-

(39) Guastavino, Elías P. *Sistema*… cit., pág. 1041.

cación de nuestro primer Código Civil genuina y auténticamente paraguayo, así lo demuestran,

5. Bibliografía

SATANOVSKY, Marcos. Tratado de Derecho Comercial. Buenos Aires, Tea, 1ª ed., 1957.

Proyecto de Código Civil Argentino. Buenos Aires, Astrea, 1ª ed., 1987.

GUASTAVINO, Elías P. Sistema y axiología del Derecho Civil. Buenos Aires, Revista Jurídica La Ley, tomo 138.

URÍA, Rodrigo. Derecho Mercantil. Madrid, Marcial Pons, 1ª ed., 1992.

RIVAROLA, Mario A. Tratado de Derecho Comercial argentino. Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1ª ed., 1938.

GUYENOT, Jean. Derecho Comercial. Buenos Aires, EJEA, 1ª ed., 1975.

MALAGARRIGA, Carlos C. Tratado elemental de Derecho Comercial. Buenos Aires, Tea, 3ª ed., 1963.

ASCARELLI, Tullio. Iniciación al estudio del Derecho mercantil. Barcelona, Bosch, 1ª ed., 1964.

MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, EJEA, 1ª ed.

DE GÁSPERI, Luis. Antecedentes del anteproyecto del Código Civil paraguayo. Asunción, edición del Colegio de Abogados, 1962.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil, parte general. Buenos Aires, Perrot, 2ª ed., 1964.

ESCOBAR, Jorge H. Derecho Comercial. Asunción, La Ley Paraguaya, 2ª ed.

DE GÁSPERI, PRÓCER DE LA INDEPENDENCIA JURÍDICA DEL PARAGUAY

Por Ubaldo Centurión Morínigo (*)

Fue uno de los más grandes juristas del Paraguay. Sabía derecho, sabía filosofía, sabía literatura; era, en fin, un humanista que lucía junto a su erudición la sensibilidad de quien sabe apreciar y exaltar los valores del espíritu.

Conocí a De Gásperi en el año 1956, cuando visitó el diario El País del que yo era redactor, para entregar a nuestra hoja, con el orgullo de quien cumplió con su misión histórica, un ejemplar de su monumental proyecto de Código Civil Paraguayo.

Levantó su obra ante el director y los redactores del órgano periodístico en el que llegaron a escribir Josefina Plá y Augusto Roa Bastos, entre otros y lo hizo sin soberbia pero con la altivez del que no le falló a la Paria ni a su vieja Universidad; exclamando: “Este es mi mayor fruto de amor a la nación”.

Lo vi espiritualmente vigoroso, sus ojos brillaban intensamente, había elocuencia en su palabra agitada por la inquietud del que quiere vivir con pasión cada minuto de su existencia. Hubiera dicho con Goethe: “Hay que poner un poco de la propia vida en lo que se hace”.

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

Se puede durar con indiferencia en el alma, pero para perdurar, hay que dar a lo que se hace la impronta del más generoso entusiasmo.

Nos contó en aquella oportunidad que la magna obra emprendió, prosiguió y culminó en el lapso de tres años, trabajando solo, dedicado al largo afán todos los días, sin secretario o auxiliar; redactando él mismo su Código en una vieja máquina de escribir.

Le dijo el brillante Efraím Cardozo –el llamado "Cardocito" por Josefina Plá, en la época en que ambos escribían para el Diario El Liberal–: "Me cupo en diversas oportunidades llegar a su casa, maestro, en momentos de tarea de su preparación y si no fuera porque entonces vi que usted lo hacía solo todo, incluso el trabajo de dactilografía, me fuera imposible admitir que esta obra naciera de un solo hombre. Su profundo y vasto saber jurídico y humanístico, su memoria prodigiosa, su dominio del idioma aunados a un notable y sistematizado dinamismo, verdaderamente juvenil, hicieron posible esta proeza que honra no solamente a la inteligencia paraguaya, sino también a la de nuestra comunidad americana y por qué no decirlo, a nuestra civilización occidental. No conozco caso contemporáneo igual de estupenda energía creadora al servicio de la comunidad en el orden jurídico.

Su 'Anteproyecto' es un monumento que se proyectará en el futuro como una de las grandes fundaciones de la historia paraguaya que no solo estará hecha en lo sucesivo gracias a usted, de batallas y de hechos políticos, sino también de imponentes construcciones jurídicas como esta que usted ha levantado desde los cimientos hasta los cielos. Ya nadie podrá borrar de su frontispicio el nombre de usted grabado con letras de oro del más puro quilate".

Cuando el preclaro maestro lanzó su Anteproyecto impreso por la editorial de don Pablo Olmedo y alentándolo para que esa publicación se concretara, el olvidado profesor de nuestra Facultad, Víctor J. Simón, hermano espiritual de Carlos Fernández Gadea, y se comenzó a leerse por los entendidos el extraordinario trabajo jurídico, en Buenos Aires hubo jubilosa repercusión del acontecimiento; los profesores de Derecho Civil recomendaban su lectura a los alumnos en la Universidad Nacional de Buenos Aires, alabando el mérito del insigne autor y afirmando que con su colosal logro había inscripto su nombre entre los más grandes hombres de Derecho de América.

También en Montevideo comenzó a leerse con asombro la enorme obra y un hijo del Doctor Telmo Aquino escuchó decir a unos estudiantes de la capital de la Patria de Artigas y de Luis Alberto de Herrera:

- Ahora el Paraguay no solamente exporta naranjas sino sorprende al continente con el parto de una obra que honra al Derecho Americano.

Pero los mediocres no pueden soportar tanta luz de inteligencia y tanta energía de indomable voluntad. Y los envidiosos no pueden abandonar la pretensión ruin de empequeñecer lo que es grandiosa creación del saber y la perseverancia.

Solidario con Luis De Gásperi, ante la embestida de los que no admiten que el genio resplandezca en un ambiente de peligrosa chatura intelectual, le dijo con afecto de amigo el Doctor Telmo Aquino:

"El talento, respetado profesor, es el pecado que menos se tolera. Se perdonan la vileza, la insidia, la perversidad y la bajeza de los sentimientos, pero hay en el talento una insolencia que debe ser castigada con severidad y con saña.

Tal es su prestigio académico y tal su renombre de docente y tal altura a la que ha llegado por su capacidad y sus esfuerzos que no hay insidia, maledicencia ni envidia que podrán abatirle.

"Las envenenadas flechas que emplean sus adversarios, no podrán hacerle daño alguno, porque los veinte y tantos años de docencia universitaria le han blindado con un peto de tres corazas: '*aes triplex tectus*', *como decía Quintus Horatio Flaccus.*

Mientras en el extranjero los elogios son entusiastas y unánimes, en el propio país la calumnia y la envidia le han disparado todas sus municiones.

Razón tuvo el que exclamó: '*Nemo propheta in patria*'.

"Que esos sinsabores no lleguen a causarle desasosiegos espirituales, que goce excelente salud y que viva muchos años".

Mientras el preceptor paradigmático decía pasar los años sin que su esfuerzo mayúsculo alcanzara la consagración de cuerpo legal sancionado por el Congreso Nacional; mientras sufría el olvido de tantos ex-alumnos que no eran capaces de inspirarse en el generoso homenaje que brindó al anteproyectista el Colegio de Abogados del Paraguay en mayo de 1964, entidad entonces presidida por el Doctor Raimundo Paniagua, acudió un día a su casa el Profesor Carlos Zayas Vallejo y le expresó:

- “Maestro hoy he presentado una moción en el Consejo Superior Universitario para que usted sea declarado profesor honorario de la Universidad Nacional de Asunción”.

- “¿De qué planeta viene usted? ¿Un reconocimiento en el Paraguay? ¡Increíble!”, contestó el ilustre profesor. A continuación, llamó emocionado a su esposa Arsenia y a sus hijos, les presentó al propiciador de una iniciativa insólita en nuestra tierra y propuso un brindis con champagne ante la aparición de ese visitante curiosamente interesado en hacer justicia a sus méritos.

Y he aquí la dolorosa intrahistoria, diría Unamuno: el galardón de profesor honorario no se le entregó a De Gásperi porque un catedrático de la Facultad de Derecho dijo que no se le podía entregar la distinción porque la ley aún no estaba reglamentada. ¡Vergüenza, cúbrete el rostro! Esto solo sucede en el Paraguay.

Esta actitud reveladora de una terrible miseria espiritual merece ser recogida en alguna Antología Universal de la mezquindad y el odio a las figuras ejemplares, a los mejores que tanto brillan, diría Ortega y Gasset.

Para recordar al gran jurista, a veinte años de su muerte, vino de Buenos Aires una inquietud persistente expresada por profesores de la talla de Atilio Alterini y del recientemente fallecido López Cabana para que organizase el Paraguay un Seminario o Congreso en ofrenda al legado de De Gásperi, pero la idea no prosperó. Ciertos juristas paraguayos estaban más sensibilizados por apurar el cobro de sus jugosos honorarios a sus clientes megadelincuentes, que interesados en el acto de justicia como el evento reclamado por docentes extranjeros para honrar la memoria del civilista de fama internacional.

Solo El Derecho, con franciscana modestia improvisó un acto en la Facultad de Derecho con la presencia de 300 estudiantes y evocó en él la trayectoria del maestro el Doctor Ramón Silva Alonso.

Recordó el Decano sus clases brillantes de Derecho Civil Personas y de Obligaciones que abarcaron casi 23 años, hasta ser conminado el docente a abandonar la cátedra en el año 1948. De aquellos días magníficos de su labor de profesor en nuestra Facultad dejó escrito el anteproyectista: “Reverdece mi memoria los mejores días de mi vida consagrados a la enseñanza universitaria, por el diario y grato comercio de ideas y esperanzas con los matriculados en los cursos del doctorado en derecho civil, actividad en la cual me fue

dado aprender al par de esos jóvenes, a quienes yo estimaba entrañablemente en el nivel de la lealtad, la solidaridad y el decoro de una camaradería sin resquicios en la solidez de su vivencia".

"De mis pobres desvelos quedan testimonios en los libros dedicados a mis camaradas de estudio, como llamo a mis ex-alumnos, a quienes también pido perdón por los errores con los cuales pude extraviarlos sin querer en la investigación de nuestra disciplina".

Decía De Gásperi, de quien resaltaba su actividad profesoral, que se exponía a irritar a otros, molestos por el elogio al catedrático expulsado de las aulas universitarias. Acerca de ellos expresaba el exponente señero de nuestra cultura jurídica: "A estos inmaculados también debo pedirles perdón por haber excitado involuntariamente su ira y exponerles al parecer a la turbación de su conciencia, como les ocurre a todos los injustos, sancionados por Dios con su remordimiento".

A los que en nombre de sectarismos tan recalcitrantes como inconfensables buscaban incidir en el ánimo del Jurista para que no redactase el Código Civil a fin de no aparecer colaborando con el gobierno de la época, les latigaba con estas palabras: "No sois sino unos pobres de espíritu. Mi cultura jurídica pertenece a la Nación. No haré un Código para ningún gobierno ni para ningún partido sino para todos los habitantes del Paraguay para nacionales y extranjeros. Es un compromiso moral irrevocable con el país y con la Universidad Nacional que me formó, Universidad costeada por el sudor del pueblo paraguayo".

Antes de iniciar su inmensa obra, ya sabía que le esperaban los dardos de injustos ataques. Aseveraba: "Aun sabiéndome expuesto a ese género de malevolencia, acepté el encargo de compilar el anteproyecto como tarea meramente científica, sin asomo de vinculación con preocupaciones partidistas. Mediaba el legítimo interés de la Nación en troquelar un código civil al lado de los otros atributos de su soberanía. Harto había ella esperado de la pléyade de sus universitarios más ilustres, infelizmente ya desaparecidos, su emancipación legislativa de la vigencia de códigos extranjeros y justo era colmar su angustioso anhelo de liberación para disfrutar alguna vez en su plenitud de su independencia ganada en los ríos de sangre de las dos guerras desatadas por la incomprensión de sus vecinos. Carecía yo, sin duda, de méritos para acometer la empresa manifiestamente superior a mis fuerzas. Me era, empero, imposible declinar tan desproporcionado honor, aun habiendo de tropezar con la protervia de críticos perversos. Los tres años empleados en dar cabo a la

obra así concebida, fueron para mí de intensos estudios de derecho comparado, como se verá cuando por su estampación sea posible examinar la substancia de sus apostillas. La posibilidad de haber incurrido yo en más de un error, era contingencia inevitable, a propósito de lo cual viene a cuento la sabia recomendación de su Santidad el Papa Juan XXIII, de llorada memoria, de "no confundir el error con el paciente de error". El error suprime la intención. Luego es involuntario. Desconocer esta circunstancia y acometer al paciente de error solo es comparable a las lanzadas de Don Quijote a las aspas de los molinos de viento, confundidos por él, en su extravío, con desaforados gigantes con quienes pensaba hacer batalla".

"He aquí la razón de mi impasibilidad ante las injurias arrojadas en saetas envenenadas por flecheros intoxicados de odio absolutamente injusto, más por el placer de ultrajarme que de enseñarme".

El 1 de enero de 1987 entró a regir el Código elaborado por De Gásperi, ese fue un día histórico. Decía siempre en sus clases otro gran maestro, Juan José Soler: "El día que tengamos un Código Civil propio, esa fecha marcará nuestro 1811 jurídico".

Los que buscaron restar grandeza a la hazaña degasperiana, no supieron dónde ocultar la cara cuando se encontraron con este concepto consagratorio de Carlos S. Malagarriga, quien dijo del Anteproyecto: "Es la obra de legislación privada más importante de las redactadas en castellano desde las 7 Partidas y no estoy dispuesto a la menor rebaja de este juicio categórico".

"Es superior, en efecto, sin género alguno de duda a las codificaciones más logradas de España e Hispanoamérica, inclusive nuestros códigos civiles y de comercio. Y, por otra parte, también me parece que supera desde diversos puntos de vista a sus modelos de Suiza y de Italia".

"Como argentino y, por lo tanto, como americano, me enorgullezco de que en este continente se haya llevado a cabo semejante magno trabajo y de que lo haya realizado el hijo ilustre de un país tan íntimamente ligado al nuestro, como la República del Paraguay".

Cuando fuimos a Córdoba para disertar en las Primeras Jornadas Paraguayo-argentinas sobre el MERCOSUR, vimos en compañía de nuestros alumnos el imponente monumento levantado allí a la memoria de Vélez Sársfield con significado de perenne gratitud. Y nuestro inmenso De Gásperi aún no

tiene ni una placa evocativa de su gloria en la Facultad que lo formó y a la que honró con su sapiencia de jurisconsulto y con su dignidad de patriota.

Cosas veredes, amigo Sancho...

FRESCURA Y DE GÁSPERI

Anécdota de una visita inolvidable

El Profesor Luis Patricio Frescura y Candia se dedicó 60 años a la docencia universitaria con sapiencia y ejemplar dignidad.

El Código del Trabajo y el Código Procesal del Trabajo fueron obra de su inteligencia, constancia y profunda versación juslaboralista. En esa tarea patrióticamente cumplida quedó testimoniada su entrañable vocación por la justicia social.

Su importante labor jurídica fue reconocida en el ámbito nacional y en el campo internacional. Gozó de alto prestigio en la esfera de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo. En las frecuentes reuniones que realiza esta entidad en diversas partes del continente, se recuerda con respeto su figura y se exalta el valor de su hermoso legado.

Luis P. Frescura y Candia no fue de los abogados que todo lo reducen a la obsesiva búsqueda del dinero a través de jugosos y cotidianos honorarios. Nació para siembras espirituales; no para egoístas apetencias de orden material.

Puntualmente, se presentaba a dictar sus clases de “Introducción al Estudio del Derecho” y de “Derecho Laboral”, con una férrea autodisciplina y con un cumplimiento de sus obligaciones que no se detenía ni ante el obstáculo de copiosas lluvias o fuertes tormentas. Hiciese frío o calor estaba firme en la facultad para cumplir su deber. La relación diaria con la juventud lo mantenía pletórico de entusiasmo y lozanía espiritual.

Como verdadero maestro, transmitía ciencia y enseñaba hábitos de utilidad para triunfar en la vida.

Cuando no estaba dictando sus clases estaba trabajando en la Comisión Nacional de Codificación o desde temprano se concentraba en su biblioteca para leer o escribir. Con más de ochenta años, se dedicó con afán y concluyó una obra que llenará un gran vacío en la bibliografía jurídica nacional: su libro "Historiografía del Derecho Paraguayo", de próxima aparición, según se ha anunciado.

El maestro Frescura y Candia transitaba por el recinto universitario con altivez. No había arrogancia en su figura, sino una gran presencia moral.

Se impone que una calle de Asunción lleve su ilustre nombre.

Fue exponente señero del derecho y un valor de la civilidad.

Renunciar a los deberes de la gratitud es acusar pobreza espiritual.

Honremos la memoria de los hombres que como Luis Patricio Frescura y Candia vivieron consagrados al bien y a la elevación cultural de la república.

Un domingo, en horas de la mañana, lo suscitábamos en su casa al Prof. Frescura, cuando fue llegando con derroche de gestos rotundos el maestro Luis De Gásperi, el autor de esa monumental obra que es Código Civil Paraguayo, otro gran olvidado a pesar de todas las ofrendas de su inteligencia a la cultura del país.

Esas apariciones del insigne civilista por la casa de Frescura eran frecuentes, ya que este le informaba de la marcha del estudio de su proyecto de Código Civil en la Comisión Nacional de Codificación.

De Gásperi estallaba en ruidosas protestas cuando se enteraba de que le habían modificado a suprimido algún artículo.

En nuestra presencia, nuestro entonces profesor de Introducción al Estudio del Derecho le hizo saber al maestro De Gásperi, a quien veíamos tratarlo con profundo respeto, que se introdujo no recordamos qué modificación en el texto de su trabajo al que se había consagrado con máxima dación de sus energías.

De Gásperi reaccionó fuertemente, visiblemente molesto por el cambio concretado en el seno de la Comisión.

- Frescura: ¿Cómo tocaron ese artículo si está respaldado por lo que yo ya sostuve con abundantes argumentos doctrinarios en un libro que publiqué en la década del 30?, le manifestó.

Y de inmediato le pidió que le pasara el libro que seguramente el visitado tendría en su biblioteca. En pocos segundos, Frescura puso en manos del gran jurista la obra requerídale. Y De Gásperi se puso a leer unos párrafos en voz alta, reiterando que el civilista, que le había corregido el artículo cuestionado, no tenía razón.

Luego, como queriendo explicarnos en qué consistía el problema nos preguntó:

¿Y ustedes de qué curso son?

- Del primer curso.

- Entonces, es inútil que les hable. Tienen todavía mucho camino que recorrer para entender estas cosas.

A continuación, pasó a referirse en forma desordenada, pero que entusiasmaba, a diversos temas. Lo hacía con pasión, mientras se movía inquieto en la sala. Tenía una inteligencia crepitante, un estilo nervioso y se notaba que era de los hombres que vuelcan algo de la propia vida en todo lo que hacen.

De pronto, sonó el teléfono. Era la esposa que lo convocaba con urgencia, porque ya estaban listos los ravioles...

- Qué vamos a hacer... Así son las mujeres. Ellas deciden y no nos queda otra cosa que acatar, dijo el gran De Gásperi y se alejó presuroso, dejándonos bajo el fuerte impacto de haber conocido en esa inesperada circunstancia a tan extraordinario hombre de Derecho, cuyas obras no se leen en nuestra Facultad de Derecho, pero que se estudian con toda seriedad en numerosas universidades del continente, donde su ilustre nombre no solo es conocido, sino reverenciado.

Evidentemente, nadie es profeta en su tierra.

El Profesor Frescura siempre recordaba con los más elevados conceptos laudatorios la inmensa obra jurídica del maestro De Gásperi, cuyo nombre no solo honra el Derecho Paraguayo sino a todo el Derecho continental.

Cuando falleció quien realizó el portentoso esfuerzo de redactar el Código Civil, se hizo en la Facultad de Derecho un acto recordatorio de su figura y de su trayectoria ejemplar.

En dicha oportunidad, fue orador principal el profesor Frescura, quien comenzó su discurso dirigiéndose así al auditorio: "Estudiantes y estudiosos".

He aquí algunos conceptos dichos por el mencionado disertante en el relevante acto universitario: "Con la fuerza suasoria de lo explícito cabe afirmar que dentro de la realidad universitaria nacional no existe un tema de mayor trascendencia ni de sustanciosas proyecciones en lo jurídico, económico y social que la reforma del Código Civil vigente desde el 1° de enero de 1877".

"Concierne al Derecho Civil, columna vertebral del Derecho privado, disciplinar estas instituciones: las personas la familia, la propiedad, las obligaciones, los contratos y las sucesiones".

"En mérito de este contenido, cumple una función integradora respecto de las demás ramas del Derecho positivo. Para colmar los vacíos o lagunas existentes en ellas, son de utilísima aplicación los principios generales y preceptos del Derecho Civil que adquieren de este tipo amplia significación normativa".

"El impulso codificador, de gran preocupación por el derecho en su afán de perfeccionarlo, requiere no solo ciencia sino técnica y metodología adecuadas".

"En nuestro caso, desde dos puntos de vista podemos plantearnos el concepto de la codificación civil:

1) Abrogación del código argentino adoptado por ley paraguaya del 19 de agosto de 1876, debido a la mentalidad de vencidos que subyugó el alma nacional después de la hecatombe del 65-70.

"Los postulados de las mutaciones políticas económicas y sociales habidas desde la adopción predicha requieren un código nuevo netamente paraguayo por principios de soberanía, sin aherrojamos a un pasado caduco ni a un devenir utópico. En elevada síntesis, esa codificación estará inspirada en un ideal de renovación e innovación jurídicas consustanciadas con nuestras vivencias".

2) Reforma del Código vigente fundada en una revisión ilustrada y serena por cuanto encierra el tesoro de una masa de tradiciones jurídicas que no pueden ser abandonadas para estructurar una codificación hecha ex nihilo, obligando la jurisprudencia y la doctrina en ellas cimentadas".

"La idea de dotar a la nación paraguaya de un Código Civil propio, inspirado en las doctrinas modernas, atemperadas por las esencias étnicas de la población, sus tradiciones y costumbres, para regir las relaciones jurídicas más universales respecto de la familia y de la propiedad, tuvo su concreción en el Decreto-Ley Nº 200, de fecha 2 de junio de 1959".

- Dicho acto gubernativo, de trascendencia precipua para nuestra emancipación jurídica, instituyó la Comisión Nacional de Codificación, con la finalidad de proyectar la reforma legislativa mediante la redacción de los códigos: Civil, Comercial, Penal, Rural, de Minería, Procesal Civil y Procesal del Trabajo, Procesal Penal y otros, ante la necesidad perentoria de someter a una revisión ilustrada innovadora o renovadora el ordenamiento jurídico de fondo y forma vigente, para estructurarlo en armonía con las exigencias de la época contemporánea".

La Comisión Nacional, por razones de conveniencia técnica y metodológica, resolvió encomendar la redacción del Anteproyecto de Código Civil Paraguayo a un solo jurista, a fin de que sea logrado con mayor precisión y unidad de criterio".

"Fue designado para tan honroso cometido el entonces miembro titular de la Comisión profesor civilista doctor Luis De Gásperi, ilustrado maestro del Derecho paraguayo y egregio exponente de las ciencias jurídicas de América Latina conforme a la resolución adoptada por unanimidad el 27 de septiembre de 1959".

Apenas publicada la resolución predicha, insinuaciones malévolas venidas de no sé qué partido de por medio, instaron al profesor De Gásperi que negase su valiosa colaboración de jurista a la magna y patriótica obra en ciernes.

"A tal osadía, el codificador egregio respondió con el valor del que nada teme y la energía de quien enseña la verdad, así":

"Estáis equivocados vosotros pobres de espíritu, mi cultura jurídica pertenece a la Nación paraguaya, y aunque el sol recoja su luz, redactaré el

Código Civil para todos los paraguayos sin distinción alguna y para todos los extranjeros que habiten el suelo del Paraguay eterno".

"Y al aceptar el honroso encargo que se le encomendó, hizo renuncia expresa de toda remuneración pecuniaria. Por la inmensa y acendrada labor intelectual, que desplegó como maestro insigne, no recibió un céntimo ni en billete o monedita de nuestro signo monetario".

"La personalidad científica del codificador, primordialmente se destaca como autor de enjundiosas obras y excelentes tratados de positivos méritos Jurídicos, tales como: Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil paraguayo-argentino. Ed. Bs. As. 1945; Tratado de Derecho Hereditario, Ed. Bs. As, 1955: Curso de Derecho Civil de las personas, Ed. Asunción 1922: Introducción al estudio de las obligaciones (La teoría volitiva), Ed. Asunción 1935; De la igualdad civil de los sexos en el Derecho comparado-explicación y crítica de la Ley Nº 236, Ed. Bs. As. 1957".

"Las orientaciones para la reforma de la legislación civil paraguaya, propuestas por el codificador designado fueron las siguientes":

"1) Unificación interna de nuestro derecho privado, mediante la incorporación al Código Civil de todos los contratos del Derecho Mercantil, pero dejando fuera de sus normas al derecho de la navegación fluvial y aérea, así como al procedimiento de quiebra que comprende lo relativo a la falencia comercial y al concurso civil de acreedores".

"2) Es de todo punto de vista imposible limitar la tarea encomendada a un mero pulimiento y decantación del Código Civil argentino; nacionalizado aquí por ley del 19 de agosto de 1876, si anhelamos para nuestro país un Código Civil colocado en el mismo plano de los perfectos de la codificación moderna de Europa y América Latina".

"3) La patriótica iniciativa de dotar al Paraguay de un Código Civil propio debe realizarse no por desdén a las imperfecciones del Código adoptado ni por menosprecio del bien que la República le debe en el largo e ininterrumpido lapso de casi un siglo, tiempo durante el cual se lo observó como si ese Código hubiese salido de las entrañas mismas de nuestro pueblo y fuera la obra secular de la conciencia nacional o la última evolución de centenarias instituciones de la nación paraguaya, glorificada por infinitos heroísmos".

"4) La codificación proyectada debe disciplinar todas las relaciones jurídicas nacidas del consorcio o participación en la vida colectiva e igualitaria de todos los que habiten el suelo de nuestra patria, sin distinción de nacionalidad, raza ni sexo, lo mismo que de la actuación jurídica de todos las entes de Derecho Público y Privado, creados para el cumplimiento de los fines superiores en la vida de relación, dentro y fuera de la República".

"5) Conservar todas las disposiciones del Código de Vélez Sarsfield que por sus fuentes proceden de Códigos romanistas que como el francés, de tan grande influencia en la legislación civil europea y americana, gozan de universal aceptación, pero debidamente depuradas en la reforma de aquél, emprendida por juristas argentinos especializados en Derecho Civil".

"6) Entre una codificación dogmática y una codificación práctica debemos optar por urna obra legislativa intermedia".

"El profesor Luis De Gásperi se consagró con el mayor ahínco y probada inteligencia a la gran obra de la codificación del Derecho Civil paraguayo. En esa labor super-legislativa ascensional para perfeccionar el ordenamiento existente, no tuvo colaborador alguno bajo el aspecto científico y tecnológico. Solo contó con su patriotismo, desinterés pecuniario y acendrada versación jurídica en ambas esferas del Derecho Civil paraguayo y comparado".

"El esfuerzo mental inconmensurable durante tres largos años, sin solución de continuidad, encerrado en su valiosa biblioteca, unido a la constante tensión nerviosa, determinó una afección orgánica en el codificador, diagnosticada como neuritis. Esta traidora dolencia apresuró su tránsito a la inmortalidad. Pero lo emprendió bendecido normalmente por el Dios misericordioso de la Justicia y la patria y con el homenaje de la intelectualidad paraguaya".

"Lo sublime es lo que levanta hasta las más altas cumbres a las voluntades firmes, inspiradas por nobles idealidades. En su larga y fecunda existencia terrena, la personalidad polifacética del doctor Luis De Gásperi resplandeció enaltecida como maestro del Derecho Paraguayo, ilustrado hombre público, honestísimo ciudadano de civismo ejemplar y buen padre de familia, modelo de virtudes cristianas". "El anteproyecto de Código Civil paraguayo fue presentado por su benemérito autor en la sesión de la plenaria de la Comisión Nacional celebrada el día viernes 30 de octubre de 1962. En dicha oportunidad, el codificador expuso con su habitual versación el método, la estruc-

tura, las fuentes y los fundamentos doctrinarios de la grandiosa obra, a la que había consagrado sus energías, su patriotismo y desinterés pecuniario".

"Ese monumento legislativo, cuya respetable normativa llega a 3.597 artículos distribuidos en sus cuatro libros, más cuarenta y uno del título preliminar que los precede, honrará de modo inmarcesible la memoria de su ilustrado y laborioso autor, al mismo tiempo que enaltecerá la cultura jurídica paraguaya y latinoamericana".

Aquella magnífica conferencia de Frescura y Candia sobre la personalidad y la obra de De Gásperi terminó con las siguientes conclusiones:

"Esbozados con la precisión y brevedad propias del epítome, el contenido y la técnica legislativa del anteproyecto de Código Civil paraguayo, redactado en vida exclusivamente por el profesor civilista doctor Luis De Gásperi, egregio e ilustrado jurista, hijo de la Universidad Nacional, inferimos":

"1) El propósito medular de la codificación civil paraguaya no ha sido introducir en el Código que nos rige las reformas aconsejadas por una revisión ilustrada para mejorar la sistemática y enmendar la imperfecciones metodológicas del mismo, sino de mayor trascendencia para la nación paraguaya en lo jurídico, económico y social".

"2) El ideal de los códigos propios proclamará nuestra independencia legislativa, para no vivir eternamente como acoplados a ordenamientos jurídicos foráneos y anacrónicos. El ilustrado codificador respondió con absoluto desinterés pecuniario y versación de jurista a la consecución de ese ideal promovida con inspiración nacionalista y patriótica, porque el honor de una nación está en sus leyes".

"3) El contenido normativo del anteproyecto, evitando casuismos impropios de una legislación codificada, está destinado a regir las relaciones de Derecho privado más universales de todas las personas físicas que habitan el territorio paraguayo sin distinción de nacionalidad o sexo, lo mismo que las de los entes de Derecho público o privado instituidos para el cumplimiento de fines elevados de cultura, seguridad y bienestar general dentro o fuera de la República".

"4) Conserva las disposiciones normativas del Código Civil vigente que, por su universalidad subjetiva y objetiva son comunes a la de los demás códigos civiles europeos y latinoamericanos. Pero al ser trasegadas, modifica ya

sea su ubicación por elementales razones de método o bien su fórmula conceptual para adaptarla a las doctrinas jurídicas dominantes en la actualidad".

"5) Evidencia mayor perfección técnica en la sistemática que el Código Civil argentino, nacionalizado por la Ley de la República del 19 de agosto de 1876 y vigente desde el 1° de enero del año siguiente, con sucesivas modificaciones introducidas por leyes especiales y separadas, relativas a las instituciones de la familia y la propiedad, los dos grandes númenes del Derecho Civil".

"6) Esa legislación adicional dispersa e incoherente, estructurada con posterioridad para modificar el Código Civil vigente, pasa a integrar el contenido de anteproyecto del profesor De Gásperi. Mas su redacción ha sido depurada y reducidos los preceptos normativos, a fin de evitar la prodigalidad legislativa y sistematizar mejor las instituciones innovadas o renovadas en su ámbito de validez personal y material".

"7) Consagra la unidad del Derecho privado, como reforma posible y aceptable en aras del progreso legislativo nacional".

"8) Un buen código civil no debe ser un tratado didáctico, pero tampoco mera coordinación de normas legales sin base doctrinal. Por ello el codificador ha tenido sumo cuidado en consultar la doctrina de los civilistas con criterio conciliador y los códigos civiles modernos europeos y latinoamericanos, no para mera imitación, sino más bien como puntos de referencia, a fin de no llegar a soluciones muy alejadas de la dogmática por ellos originada".

"9) Cada precepto normativo lleva al pie la anotación de su fuente legal o doctrinaria, con la apreciación crítica del codificador en numerosísimos casos. Todo lo cual sirve de enjundiosa exposición de motivos y guía de interpretación, sin necesidad de engolfarnos".

"10) Valorado el impulso de codificador del Derecho Civil paraguayo, a la luz de las directrices jurídicas seguidas para perfeccionarlo, inferimos que se adapta a la realidad paraguaya por su aplicabilidad, de acuerdo con las condiciones políticas, económicas, culturales y sociales de la vida nacional".

"Ingenuo sería pensar en una codificación civil estructurada ex nihilo, obliterando la congerie de tradiciones jurídicas que no pueden ser abandonadas en desmedro de la solidaridad social que debe ser el fin supremo de todo legislador, superada como está la época del absolutismo de los derechos subjetivos en su negocio".

Dejé de lado la enseñanza media; y por inclinación espontánea y disciplina mental, previo concurso de título, méritos y aptitudes, ingresé como profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional en el año 1929 y continúo en actividad docente sin interrupción hasta nuestros días".

"Todos los cargos de escalafón profesoral los ejercí a satisfacción, profesor suplente, interino y titular (primera ley orgánica de la Universidad Nº 1048 año 1929); profesor asistente, adjunto y titular (segunda ley orgánica de la Universidad, N° 356 año 1956).

"Actualmente soy profesor titular *per vitam* de Derecho del Trabajo y profesor titular de Introducción a la Ciencia Jurídica".

"En la misma Facultad regenté las cátedras de Economía Política (2º curso), Legislación Rural y Derecho Procesal del Trabajo".

"He sido Decano de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional durante ocho años y profesor de Economía Política y Finanzas en la misma institución. En la Facultad de Ciencias Químicas regentó la cátedra de Legislación Industrial y del Trabajo, como profesor titular".

Obras científicas más recientemente publicadas

1) Derecho Paraguayo del Trabajo y de la Seguridad Social (Estudio de doctrina y legislación, 868 págs.), segunda edición corregida, ampliada, actualizada, por la Editorial Heliaste S.R.L. Bs. As. 1975;

2) Introducción a la Ciencia Jurídica (Estudios fundamentales de doctrina y legislación, 648 págs.), segunda edición ampliada por los talleres Gráficos de la Escuela Salesiana de Asunción - Paraguay, 1977;

3) Bases, anteproyecto y exposición de motivos del Código Paraguayo Substantivo del Trabajo, convertido en ley de la República el 31 de agosto de 1961;

4) Bases, anteproyecto y exposición de motivos del Código Rural Paraguayo, discutido y aprobado por la Comisión Nacional de Codificación;

5) Colaboración en la Enciclopedia Jurídica Omega, edición Bs. As., con tres monografías tituladas: Falsificación de la patente de invención, formas de las hipotecas y fuerza liberatoria de la moneda;

6) Sistemas Monetarios Latinoamericanos (Sistema Monetario de la República del Paraguay estudio crítico - histórico), edición de la Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina) año 1943;

7) Las Cláusulas Económico - Sociales en las Constituciones de América (Cláusulas Económico - Sociales de la Constitución del Paraguay), publicación de la Academia de Ciencias Económicas de Bs. As. año 1947.

8) Estudios monográficos sobre temas jurídicos, económicos, financieros y sociales, publicados en revistas dé carácter científico cultural paraguayas e iberoamericanas, durante las décadas anteriores a la actual.

"Mi participación activa en Organizaciones Jurídicas, nacionales e internacionales".

"a) Nacionales:"

"1) Miembro titular de la Comisión Nacional de Codificación Miembro dé número de la Academia Paraguaya de Ciencias Jurídica.

Miembro Honorario del Instituto Paraguayo de Derecho del Trabajo.

"b) Internacionales".

"1) Miembro de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Ginebra - Suiza)";

"2) Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid - España)";

"3) Miembro de honor de la Academia Cultural Adriática de Italia (Millán)";

"4) Miembro del Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Buenos Aires (República Argentina)";

"5) Miembro de la Asociación Interamericana de Derecho del Trabajo, Buenos Aires (República Argentina)".

"6) Miembro correspondiente del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, República Argentina

"7) Idem del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Doctor Juan Bialet Massey, dependiente de la Universidad Nacional Córdoba, República Argentina":

"8) Idem del Instituto de Derecho del Trabajo Dr. Juan B. Alber dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Tucumán, República Argentina".

"Congresos Científicos"

"Participé como miembro titular del Segundo Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Córdoba Argentina, celebrado del 2 al 7 de abril de 1962, remitiendo el estudio fundamental de doctrina y legislación titulado: Los contratos colectivos en el moderno Código Paraguayo del Trabajo. También en el Primer Congreso Iberoamericano de Seguridad Social realizado en Madrid en el año 1951. Presento la comunicación titulada: Orientaciones de la previsión y seguridad sociales en los países iberoamericanos, bases fundamentales para una reforma de la legislación positiva sobre seguridad social".

Frescura y Candia estimulaba generosamente a la juventud. No era un egoísta, no se movía con criterios excluyentes o mezquinos.

En 1982 nos encontró en el patio de la Facultad, cuando terminaba de dar una clase y nos dijo:

- ¿Qué hace usted que todavía no se ha incorporado como profesor aquí?

Al año siguiente, comenzábamos a enseñar Introducción al Estudio del Derecho, tras haber sido propuesto por él para el cargo de auxiliar de cátedra. Nos dio espontáneamente su honrosa confianza, su respaldo moral que en todo instante tratamos de no defraudar.

Cuando ganamos el respectivo concurso de méritos y aptitudes para acceder a la categoría de Profesor asistente, nos expresó emocionado que compartía nuestra satisfacción.

Frescura y Candia tenía autoridad moral para señalar rumbos éticos a la juventud.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA CULTURA COMO FACTOR PARA EL ESTUDIO DE LA SOCIOLOGÍA EN EL PARAGUAY

Por Manfredo Ramírez Russo (*)

Antecedentes de la cultura y análisis exegético de las letras en el Paraguay

El florecimiento intelectual del pueblo paraguayo, tuvo una larga demora, ya que en el período colonial, la Provincia del Paraguay, lejos de los puertos y costas del mar, sobrevivió abandonada por el régimen español. Éste privilegiaba las regiones cuyas riquezas materiales atraían a los conquistadores con la ilusión de "la leyenda dorada de la época". La Provincia del Paraguay, carente de riquezas minerales y sometida a la presión colonial portuguesa desde el este, y, por el sur, reducida la posibilidad de exportar libremente sus productos, debido a las trabas del puerto natural de salida al mar que era Buenos Aires, se vio muy limitado por el factor económico, y sociopolíticamente casi aislado, no recibió las nutrientes de la cultura que venía de Europa, en tanto que, la de los aborígenes tampoco ofrecía valores para las letras. El proceso de mestizaje étnico y cultural se constituyó en el hecho social característico de la sociedad instalada en Asunción, y desde la misma proyectada a la zona de influencia de ésta.

El mestizo paraguayo fue el fruto de la combinación de dos etnias y culturas, la aborigen, guaraní y la europea, judeo-cristiana, española. Fue un largo proceso social de integración, asimilación, acomodación recíproca, no

---

(*) Profesor Emérito de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA; Director de la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA; Profesor de Sociología General y de Reseña de la Historia de la Sociología en el Paraguay.

solo de dos de dos etnias, sino también de dos culturas. Debemos anticiparnos a darle el nombre: proceso de mestizaje.

El concepto de proceso social nos impone el estudio la interacción social, cuyo resultado se manifiesta en un cambio, que puede ser el de la transculturación, la asimilación, la acomodación, u otra forma de expresión de una nueva realidad sociocultural. El proceso de mestizaje fue incorporando modos de conducta en los que se observa un reacomodo sociocultural. El medio de comunicación predominante fue el idioma guaraní; los valores teológicos, filosóficos y culturales fueron los incorporados desde la España católica, la de la Contrarreforma. Una España que había confrontado durante ocho siglos con la cultura islamita, y la política excluyente y absorbente de los moros invasores de la península ibérica. El Dios de la cristiandad católica fue adoptado conforme a las enseñanzas de la Iglesia Católica, con el concepto vigente en el siglo XV, y con los criterios del Concilio de Trento. A las ideas del Renacimiento y a las de la Reforma Religiosa impulsada por Martín Lutero, se incorporaba la fidelidad católica y mariana del pueblo español, portador de la dura experiencia del enfrentamiento político-religioso con los árabes mahometanos. El Dios de la cristiandad, Jesucristo, fue adaptado a la fe de los guaraníes, y éstos le dieron el nombre de "Tupä", que era el utilizado por ellos, desde su religión monoteista, o "Ñandejara" (Nuestro Dueño, Nuestro Señor). La Virgen María: "Tupäsy" (la Madre de Dios). La cultura guaraní en el mestizo, aceptó la evangelización, pero le dio nombres en guaraní, generando una identidad cultural integradora. Los grandes actores del proceso de evangelización fueron los religiosos. En el Paraguay se destacaron los mercedarios, los franciscanos, los jesuitas y los dominicos. A la Compañía de Jesús le debemos la consolidación del idioma guaraní; los religiosos jesuitas cultivaron el idioma aborigen y le dieron una grafía de la que carecían los indios. Los franciscanos respetaron la toponimia autóctona y ejercitaron una catequesis que transmitió la fe hasta llegar las capas sociales mas profundas de la sociedad en proceso de mestizaje, con la característica de un contenido mariano, con devoción a María, la Tupäsy, como un camino seguro para llegar a Tupä, Jesucristo, el Dios redentor. El idioma guaraní y la fe católica se constituyeron en dos de los pilares fundamentales de la identidad paraguaya, producto de ese proceso de mestizaje.

Área de la cultura Guaraní, la literatura y sus manifestaciones culturales

En lo que hoy es el territorio de la República del Paraguay se desarrolló la civilización de la cultura guaraní; ese espacio geográfico se extendía a las

zonas limítrofes con la Argentina actual: el Chaco, hasta el río Bermejo, la Provincia de Corrientes y la de Misiones. Por el sector brasileño actual, hacia el Este, el Estado de Paraná, y por el norte, el Estado de Matogroso.

Los guaraníes tuvieron un alto grado de conocimiento en botánica y zoología. Según el sabio Moisés Bertoni, el aporte de nombres de plantas, especialmente las medicinales, en guaraní, le sigue en importancia al latín y al griego.

Los guaraníes carecieron de escritura. Su literatura se transmitía oralmente de generación en generación. Según Natalicio González, los guaraníes "fueron creadores de un género de cuento de trama demasiado infantil y primitiva. Dichos cuentos y fábulas, generalmente breves y concisos, en donde hablaban las plantas, las piedras, y los animales, terminaban siempre con una moraleja".

En cambio la oratoria, alcanzó un altísimo desarrollo, y se constituyó en motivo de elevado estatus para el orador. Generalmente el más elocuente orador era el cacique de mayor prestigio.

En las Reducciones o Misiones Jesuíticas, la lengua fue objeto de especial atención, dada la preferencia de parte de los religiosos en relación con el idioma como medio de comunicación para una eficiente catequesis. Debe tenerse presente que gran parte de los jesuitas que trabajaron en las Misiones, eran personas de elevada formación intelectual, destacados profesionales. Muchos de ellos de origen flamenco, holandés, o alemán.

Aún en este tiempo de comienzos del Siglo XXI, el guaraní sigue siendo la lengua popular del Paraguay. El pueblo paraguayo ha cantado y canta en guaraní, al son de la guitarra y del arpa. Es el medio de comunicación mas utilizado en los enfrentamientos deportivos, o en los bélicos.

El idioma guaraní, en su mayor parte, es de origen onomatopéyico. Natalicio González dice que "cada palabra es una metáfora comprimida al extremo, a manera de un paisaje reflejado en una gota de rocío, es una densa compensación de vocablos, lograda a través de síncopes, aféresis y apócopes".

El indio cultivó su lengua y la hizo flexible, con una dulzura y riqueza tal que le sirviera para expresar sus sentimientos de amor, y al cacique –"Mburuvichá"- para arengar a sus huestes en los momentos previos a las ac-

ciones bélicas. Los ancianos eran los encargados de transmitir de generación en generación las grandes tradiciones de sus tribus. Entre los guaraníes, el poeta, era el principal relator de los hechos, sentimientos y tradiciones. Ese papel le otorgaba una posición de privilegio en la comunidad.

Montaigne en sus "Ensayos" recuerda a los aborígenes guaraníes que visitaron Ruan (Francia), e hicieron unas observaciones de gran perspicacia al afirmar que observaron en Europa tantas personas llenas de comodidades y riquezas, mientras veían en las puertas de las residencias, a otros descarnados mendicantes, con hambre y miseria. Agregando que no comprendían como podían soportar tanta injusticia.

Precisamente, mediante el genio observador de Montaigne, se ha logrado recoger algunas estrofas de poesía guaranítica. En los pequeños poemas y en la prosa habla la naturaleza entera, desde los árboles, hasta los animales.

El genio poético y la punzante ironía del indio guaraní han perdurado en el pueblo paraguayo. Tenemos el caso de Cabichuí, periódico satírico publicado en plena guerra contra la Triple Alianza. Juan Crisóstomo Centurión, escribe en sus Memorias y destaca el genio creador de Natalicio Talavera.

Los diálogos en la reunión, entre sorbos de mate o tereré reformulan antiguas fábulas, o mordaces críticas a personas o hechos, renuevan el ingenio guaraní, heredado por el paraguayo para aplicar apelativos, los llamados "marcantes", que representan un nuevo nombre para el destinatario.

Los escritos y publicaciones durante el período colonial

El primer escritor paraguayo es Ruy Díaz de Guzmán, nacido a fines de 1550. Fue hijo de Alonso Riquelme, a su vez, sobrino del 2° Adelantado, Alvar Núñez Cabeza de Vaca y de doña Úrsula de Irala, hija mestiza de Domingo Martínez de Irala. Ruy Díaz de Guzmán nació en la Provincia del Paraguay, su figura adquirió importancia en base a su condición de escritor y de guerrero. Escribió La Argentina, un libro sobre la historia del descubrimiento, conquista y colonización del Río de la Plata, enriquecido con reflexiones muy interesantes. Una fuente muy valiosa para los investigadores del pasado colonial. Su bisnieto, Pedro Vicente Cañete, se destacó, más de cien años después, como escritor y como una de las personalidades más importantes de la época. Cañete se graduó en la Universidad de San Felipe de Santiago (Chile) y escribió obras como la historia de Potosí, La Fundación de Buenos Aires. El ilustre sociólogo paraguayo, Ignacio A. Pane ha dicho que la obra de

Cañete ha sido una de las más importantes de la época colonial. Fulgencio R. Moreno, con su notable esfuerzo de investigador, ha rescatado del olvido y del desconocimiento la obra y la figura del Dr. Pedro Vicente Cañete.

La literatura Guaraní

Conforme se ha dicho precedentemente, los guaraníes carecían de grafía. En cambio, le dieron a la oratoria, grandísima importancia, al tiempo de dinamizar su lenguaje, haciéndolo flexible y capaz de incorporar expresiones que pudiesen reflejar el pensamiento, el medio ambiente y el sentimiento, tanto para transmitir el amor, como para pregonar brío y valor a los guerreros en las vísperas de una acción bélica. La oratoria era muy apreciada por los guaraníes, y la habilidad de su ejercicio le generaba al orador una encumbrada ascendencia frente al pueblo de su agrupación. Ante la carencia de escritura, los guaraníes transmitían oralmente su literatura. Los encargados de hacerlo eran los ancianos, muy respetados en su comunidad, ya que eran la guarda imprescindible de las tradiciones y de la sabiduría comunitaria.

El pueblo paraguayo ha conservado invariable el profundo afecto a su lengua nativa. Se canta y se habla en guaraní.

Entre los poetas paraguayos debemos nombrar en primer lugar a Marcelino Pérez Martínez. Su canción a la kyguá verá (mujer de pueblo, que lleva por el peinado una peineta con incrustaciones brillantes), y que viste el typoi (tela tejida de algodón). Pérez Martínez es reconocido por sus poemas en guaraní.

Luego se lo menciona a Narciso R. Colmán (Rosicrán), que ha publicado “Ocara poty”, selección de sus mejores poesías, en las que refleja una visión casi pagana de la vida.

Un poeta paraguayo que incorporó a su poesía guaraní un sentido más citadino fue Darío Gómez Serrato. Su obra tiene un mayor refinamiento.

Podemos continuar con la mención de excelentes poetas y músicos, casi contemporáneos, como Félix Fernández, Emiliano R. Fernández y Gumersindo Ayala Aquino, todos exponentes del cancionero bilingüe.

Llevados por el respeto y la admiración a tan destacados exponentes de la literatura bilingüe paraguaya, hemos avanzado, sin darnos cuenta hasta el Siglo XX.

El florecimiento cultural paraguayo tuvo una larga demora por las razones antes expuestas, aunque generó un pensamiento enriquecido por el bilingüismo, en el que el idioma guaraní le dio una identidad mestiza como fruto de un proceso sociocultural que nació en las bases mismas de la sociedad en formación.

FLETAMENTO Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

Por Carlos A. Fernández (*)

El Derecho Marítimo es la rama de las ciencias jurídicas que tiene por objeto el estudio de las relaciones jurídicas que surgen del simple hecho de navegar por agua, según concepto actual de la materia.

Pues, si tomamos en cuenta el concepto tradicional de la materia, el objeto de la misma se encontraba limitado al ámbito del desarrollo del negocio jurídico y al ámbito en el que se desarrollaba la navegación, así pues se consideraba que importaba al Derecho Marítimo solamente la navegación en alta mar y que tuviera además por objeto el comercio.

No llama la atención que el comercio figure como elemento motor de la actividad, pues siempre debemos tener presente que la antigüedad de la materia propiamente se pierde en el tiempo, y la regulación mas antigua contenida en El Código de Hammurabi (1692 aec) hace referencia a la hechazón de mercaderías. Lo que indudablemente nos lleva a suponer que el trasporte tenía fines comerciales, puesto que hasta hoy en día la hechazon de mercaderías es una de las normas que tiene por objeto preservar la integridad de la aventura marítima.

Sin embargo, sabemos también que el desarrollo de la actividad de la navegación por agua llevó al nacimiento de contratos típicos marítimos, pero que con el correr del tiempo se incorporaron a las actividades comerciales terrestres, como es el contrato de Seguro.

---

*) Abogado-Escribano Público. Master en Administración Pública. Profesor Asistente de la Cátedra de Derecho Marítimo Turno Tarde y Noche F.D.U.N.A. Miembro del Consejo Directivo de dicha Facultad. Profesor de Derecho Marítimo Turno Tarde Universidad Americana.

Pero, indudablemente, el contrato más típico del derecho marítimo es el contrato de transporte y de las que encontramos variantes, siendo particularmente una de las más utilizadas a partir de fines de 1800, el contrato de transporte en buques de línea.

La aparición de esta nueva modalidad de explotación marítima nació con la nueva tecnológica marítima, la aplicación de la estructura de metal a las construcciones navales y medios propios de propulsión, a vapor, combustión interna y turbina de gas, que sin embargo no trajo en realidad la necesidad de crear nuevos contratos para el efecto, sino que sencillamente adaptar instituciones documentales utilizadas desde siempre.

En esta inteligencia pasamos a analizar someramente, el conocimiento de embarque y la póliza de fletamento.

Diferencia entre la póliza de fletamento y el conocimiento de embarque

El conocimiento de embarque es el documento emitido por el armador, que constituye la prueba escrita de que las mercaderías han sido cargadas a bordo del buque, con indicación precisa de la cantidad, calidad y número de los efectos transportados.

El conocimiento de embarque igualmente puede contener cláusulas de reserva sobre la limitación del transportador y es así que el Código de Comercio en el Art. 1040 establece la obligatoriedad por parte del Capitán de mencionar la cantidad, calidad y estado de las mercaderías recibidas. Igualmente en la práctica es común la aplicación de cláusulas o sellos de gomas con la leyenda de: Cantidad y calidad declarada por el cargador sin conocimiento del transportador. Cláusulas que han sido a lo largo de la vigencia del Código de Comercio punto de cuestionamiento acerca de la validez o no de este tipo de cláusulas, a la que se suman las regulaciones de la Convención de Bruselas de 1924, específicamente las establecidas en el Art. 4º.

Indiscutiblemente una de las cualidades mercantiles fundamentales del conocimiento de embarque es su validez como instrumento de crédito, ya sea el caso para la apertura de una carta de crédito o para el cobro del valor de los efectos transportados o en un caso dado para el cobro del flete, y es así que el Código de Comercio en el Art. 1044 establece de que habiéndose emitido el conocimiento de embarque en la forma prescrita en el Art. 1028 del C.C. la misma trae aparejada ejecución como si fuera escritura pública el que con-

cuerda con lo expresado en el Art. 448 inc. g del Código de Procedimientos Civiles.

El Contrato de Fletamento o Póliza de Fletamento como se refiere el Art. 1018 del Código de Comercio, es el contrato de arrendamiento de buque para el transporte de personas o cosas, existiendo diferentes tipos de contratos de fletamento de buques dependiendo de la forma del transporte, así el transporte de personas se denomina contrato de pasaje; cuando el buque es arrendado por un período de tiempo determinado se lo denomina Contrato de utilización del buque por tiempo o Time Chárter; cuando el transportador recibe carga de diferentes cargadores se denomina a carga general.

También existe el contrato de remolque o de empuje dado el caso de la forma de que el buque motor realice el transporte siendo materia de regulación jurídica en nuestro país por el Decreto N° 29687/67.

La póliza de fletamento formalizada con la intervención de corredor marítimo, en presencia de escribano público y dos testigos, valdrá como instrumento público, Art. 1021 del Código de Comercio; siendo igualmente la misma de carácter ejecutivo de acuerdo a lo establecido en el Art. 448 inc. g del Código Procesal Civil.

Los dos instrumentos cumplen funciones establecidas en disposiciones normativas positivas, pero sin embargo la validez de uno y de otro documento en la característica del otro solo está reservado al conocimiento de embarque.

Siendo por tanto sustancial la diferencia entre una y otra de que el otorgamiento del Conocimiento de embarque es obligatorio por más que haya sido expedido la póliza de fletamento (Art. 1027 Código Comercio) en tanto de mediando el Conocimiento de embarque no es obligatoria la emisión de la Póliza de fletamento, pues las condiciones en el conocimiento de embarque son prueba suficiente además, del recibo de carga, sino también de la existencia del contrato de transporte, siendo mas que clara la ultima parte del Art. 1026 del Código de Comercio que refiere que: El conocimiento suple la póliza; pero la póliza no suple al conocimiento.

El hecho de la emisión de la póliza de fletamento no obliga en las condiciones contractuales de la misma al portador del conocimiento de embarque, a no ser que expresamente se haya establecido la cláusula de “ según la póliza de fletamento”.

Utilización del conocimiento de embarque a falta de la póliza de fletamento

Habíamos referido que la póliza de fletamento es el contrato de transporte por agua, cuyas condiciones generales estaban contenidas en el Código de Comercio y que servían para regular las condiciones del transporte por agua, la cual puede ser suplida por el conocimiento de embarque.

En la realidad cotidiana, sobre todo en estos últimos años debido a la intensa actividad de los buques de líneas, sumado actualmente al transporte de contenedores (decimos sumado al transporte de contenedores, por la razón que este tipo de transporte está siendo materia de regulación específica internacional situándose como una especie del contrato de fletamento) las condiciones del transporte están establecidas en el conocimiento de embarque, obviándose la emisión de la póliza de fletamento.

Como ya hemos mencionado anteriormente, las condiciones del contrato de fletamento pueden estar contenidas en el conocimiento, llegándose incluso al extremo de pactarse que a pesar de existir póliza de fletamento, prevalecen las condiciones del conocimiento (Art. 1026, 1027 C.C.), debido principalmente a que normalmente el cargador original y titular de la relación contractual, deja de serlo desde el momento en que el conocimiento haya sido negociado, por lo que la relación contractual que rige son las estipulación es del conocimiento entre el transportador y el poseedor del conocimiento.

La Convención de Bruselas del 24, en su Art. 1 inc. b), establecía que el concepto de “Contrato de Transporte” era aplicado al contrato verificado por un conocimiento o documentación similar que habilite para el transporte. Es decir que el documento que determina la existencia de un contrato de transporte, es el conocimiento de embarque.

De esta manera denotamos que tanto la legislación, como los usos y costumbres del mar, determinan que el conocimiento de embarque es el documento que verifica no solo la carga de los efectos cargados, sino también la existencia de una relación contractual de transporte por agua.

REFLEXIONES SOBRE LA LABOR CODIFICADORA DE LA OEA EN MATERIA IUSPRIVATISTA

Por José Antonio Moreno Rodríguez (*)

La Organización de Estados Americanos (OEA) mucho ha hecho en los últimos decenios por un mejoramiento jurídico del quehacer privado transfronterizo en el continente, fundamentalmente a partir de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP). En seis encuentros llevados adelante en los últimos tres decenios, estas han aprobado numerosos instrumentos normativos en distintas materias, ulteriormente adoptados por o inspirado reformas en diversos países del continente, generalmente con positivo impacto. Puede decirse entonces que, aun resultando dispar la suerte de algunos de sus productos, el balance de las CIDIP es, indudablemente, positivo.

Las mismas se encuentran ahora, empero, en un punto de inflexión o, mejor, ante una oportunidad histórica única que no debe desaprovecharse. ¿Por qué? Pues porque estas conferencias especializadas han sabido ganarse un reconocido prestigio a través de los años, según lo reflejan no solo la cantidad de sus textos hoy en vigor, sino además por el guiño mayoritariamente favorable hacia ellas por parte de la más autorizada doctrina internacionaliusprivatista del continente, e incluso más allá de sus confines. Como muestra basta un botón. En Europa, algunas soluciones de la convención interamericana sobre derecho aplicable a la contratación internacional, de 1994, han sido vistas con muy buenos ojos y han contribuido a enriquecer el debate reformista actual allí en esta materia.

(*) LL. M Harvard. Profesor de las Universidades Nacional y Católica de Asunción y Profesor Visitante de las Universidades de Buenos Aires y del Heidelberg Center en Chile. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política (CEDEP).

Deberíamos, pues, estar de acuerdo. Las CIDIP tienen un muy buen ganado prestigio. ¿Cuál sería el motivo, entonces, de repensarlas de cara al futuro? En el deporte se utiliza mucho la expresión: "equipo ganador no se cambia". A lo que algunos responden: "mientras gana". Los promotores de las CIDIP y los académicos del continente que se ocupan de ella, deben tener bien en claro que la coyuntura ha cambiado notoriamente desde aquella que motivara las primeras conferencias en los años setenta. En aquellos tiempos, las economías –y en general las políticas públicas– de muchos países de la región eran de manera substancial cerradas o, si se prefiere, proteccionistas o introvertidas. Los regímenes jurídicos resultaban muchas veces arcaicos, con la vigencia de vetustos tratados con muchas soluciones contradictorias que dividían las aguas jurídicas –por así decirlo– del continente. Además, y por sobre todo, los distintos derechos nacionales contenían soluciones de contramano hacia una atmósfera cosmopolita, al no abrirse favorablemente hacia los usos y costumbres internacionales, el arbitraje y el derecho transnacional que ineludiblemente de allí emerge. Sumado a ello, no había procesos de integración como los que, con marchas y contramarchas, se fueron apuntalando en los últimos lustros en el Norte, Centro y Sur del continente.

Y podríamos seguir. El punto es que, innegablemente, el *chauvinismo* imperante, en mayor o menor medida, hace algunas décadas en el continente, se hallaba marcado por la concepción de que el derecho solo emana del propio Estado, aunque las soluciones que este adoptase –por vía de convenciones internacionales, leyes u otros instrumentos normativos–, resultaran absolutamente inapropiadas para regir vinculaciones privadas allende las fronteras.

Esta idea deriva de la codificación decimonónica. A partir de entonces, al menos en la Europa continental y en los sistemas cuyos derechos derivan de los modelos napoleónico y germánico, se instala el pensamiento de que el derecho solo puede encontrarse en los intersticios de la ley, es decir, en un instrumento adoptado mediante sanción estatal. Doctrina que encaja también con la coyuntura de la consolidación de las naciones-Estado con extraordinaria fuerza en las últimas dos centurias, y que puede resumirse más o menos así: La soberanía de los pueblos reside en los Estados. Solo los Estados pueden determinar qué normas son "jurídicas". Y solo funcionarios estatales –o magistrados, o jueces– pueden como regla resolver las contiendas. Ello, por supuesto, aplicando "derecho estatal". A su vez, el Derecho internacional privado, es decir, el que rija las vinculaciones transfronterizas, deberá llevar a la necesaria determinación de un derecho estatal aplicable, de cuyo custodio operarán los jueces del Estado.

Las consecuencias, catastróficas. Los mecanismos clásicos utilizados para buscar "estatizar" una vinculación privada internacional, recurrentemente complejos, contradictorios o, hasta podría decirse, indecrifrables en ocasiones, han generado una inseguridad jurídica sumamente nociva, palpable no tanto cuando los países se cerraban, pero sí absolutamente notoria en tiempos actuales.

Hoy existe un mucho mayor grado de apertura económica en los países del continente; muchos de ellos enfrascados incluso en procesos de integración o adscriptos a esfuerzos mundiales de liberalización como los de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Pero la "internacionalización", por así decirlo, va mucho más allá de lo económico. Los países vienen aceptando, por ejemplo, instancias supranacionales –es decir, más allá de lo estatal– de juzgamiento, como la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o mecanismos de resolución de conflictos regionales. Incluso, muchos Estados se han sometido a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), administrado por el Banco Mundial con sede en Washington, cuyos laudos son irrecurribles ante instancia nacional alguna. A lo que debe agregarse el enorme impacto que viene causando la adopción de normativas, de origen convencional o legal, que admiten la aplicación de derechos "no estatales", como usos y costumbres internacionales, principios, etcétera. Y, sobre todo en los últimos lustros, la ratificación masiva de instrumentos internacionales que consagran y resguardan el arbitraje, complementada muchas veces con la adopción de normativas ceñidas a la ley modelo que a instancias de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL), a partir del año 1985, viene inspirando reformas legislativas en el área.

Este no es el escenario de las CIDIP en los setenta; pero es un ambiente al que las CIDIP definitivamente favorecieron –desde su ámbito– a crear en el continente. Sus instrumentos, muchos de ellos con soluciones de avanzada, han contribuido a la homogeneización de cuestiones privadas transfronterizas en distintos derechos estatales del continente que, o los ratificaron, o en sus reformas los tomaron como modelo.

Pero el legado de las CIDIP va mucho más allá. Muchas de sus normas operan de hecho como un "caballo de Troya" en los derechos estatales que las reciben, puesto que ellas "transnacionalizan" las soluciones jurídicas del hipotético o eventual caso cuando, por ejemplo, dan virtualidad a principios reconocidos por organizaciones internacionales, usos y costumbres, o las respuestas equitativas que deban darse al caso más allá de la aplicación de "de-

rechos estatales", según la feliz fórmula de la convención de la OEA, que contiene normas generales sobre Derecho internacional privado.

Se va destruyendo así la idea tan arraigada de que el derecho se agota en la norma estatal. El siguiente paso, entonces, es que las CIDIP sean consecuentes con lo que va emergiendo de sus productos y ponga ahora un particular énfasis en la fecundación de instrumentos no estatales, al menos en lo que a su entrada en ritualidad se refiere. El mensaje será muy fuerte y contribuirá al necesario *aggiornamento* de operadores vinculados al quehacer jurídico del continente, muchos aún imbuidos de la concepción estatista del derecho que bebieron por tantos años.

Ríos de tinta se han escrito ya sobre el pasado y posibles escenarios futuros de las CIDIP, de parte de grandes maestros que mucho conocen de la problemática, como los Opertti, Maekelt, Fernández Arroyo y varios otros, a cuyos conocidos trabajos nos remitimos. El tema es realmente vasto y envuelve numerosas aristas, para cuyo tratamiento evidentemente quedaría estrecho este espacio. Por lo demás, no constituye objetivo de esta contribución señalar errores en el pasado, como la duplicación de esfuerzos con otros desplegados en otros ámbitos sin la coordinación deseable, en algunos casos. Tampoco se entrará al detalle de los aciertos de las CIDIP, al haber generado instrumentos de positivo impacto en el Derecho internacional privado de los países que los han incorporado ulteriormente, o al haberse erigido muchas veces en un efectivo foro de tratamiento de cuestiones que afectan el quehacer transfronterizo en el continente, aglutinando en torno a ellas a académicos de mucho prestigio y recibiendo en diversas ocasiones merecida atención de parte de organismos internacionales y gobiernos. Otros ya han agotado el tema hasta el hartazgo.

Este artículo pretende brindar un aporte mucho más modesto, pero a la vez, si se quiere paradójicamente, ambicioso, que es el siguiente: las CIDIP futuras deben girar el énfasis hacia la generación de productos futuros que no requieran de adopción "formal" de parte de los Estados, como ocurre con las propuestas de convenciones o leyes modelo. La concepción de otros tipos de instrumentos puede conllevar la mejor calidad final de los productos, a la vez que evitar la superposición con otros esfuerzos de homogeneización normativa que se están llevando adelante a nivel mundial e incluso regional. Explayemos.

Las convenciones y otros instrumentos normativos, como las leyes modelo o guías legislativas, por ejemplo, normalmente resultan producto de arduos debates, en los que participan, no solo expertos, sino otros negociado-

res sin la preparación debida en no pocas ocasiones, que van haciendo concesiones o excluyendo el tratamiento de temas que resultan "sensibles" en las discusiones. Este juego político afecta la calidad del producto, no solo por la forma en que se desarrolla, sino por quiénes terminan participando –generalmente con preponderancia– en los debates, muchas veces no precisamente académicos de jerarquía.

La grandeza del régimen jurídico más aplaudido en la historia, el derecho romano, radica precisamente en que gran parte de su esplendor se debe a que se han encontrado allí mecanismos para que las mejores mentes jurídicas fueran quienes tuvieran prácticamente el monopolio en la construcción del mismo en cuestiones capitales, merced fundamentalmente al derecho de interpretación –y fijación del derecho– que ejercía aquella casta de sabios investidos del *ius respondendi ex auctoritate principis*, debido al peculiar esquema ideado en aquella época. Dentro de una coyuntura distinta, el mismo monopolio de hecho lo llegaron a tener los grandes académicos a partir del bajo medioevo en la construcción doctrinaria del llamado *ius commune* para Europa, que fue tomado como base luego para la codificación decimonónica. La idea de la codificación, no mala en sí en cuanto que pretendía la simplificación del derecho, llevó como consecuencia –en paralelo, también, a desarrollos teóricos en ese sentido– a una concepción jurídica de que su producción solo puede originarse del Estado, y su interpretación solo puede ceñirse a hurgar lo pretendido por autoridades estatales al "crear" la norma. De hecho, fue pasando así el monopolio de instauración del derecho a legisladores, burócratas –en la esfera administrativa– y, en el plano internacional, a negociadores, muchas veces avezados diplomáticos, pero sin la preparación debida para la amplia variedad de temas que vinieron siendo objeto de encapsulamiento en tratados y otros instrumentos internacionales.

¿Qué pasó entonces? Sencillo. Los grandes juristas ya no inciden en la conformación del derecho, al menos no con la efectividad y fuerza de los prohombres de la Roma antigua ni de épocas medievales. Según se cree –aún hoy con mucha fuerza– el derecho se agota en la ley en sentido amplio (convención, ley, reglamento, etcétera) o en lo que pueda "exprimirse" de ella, ley que por lo general no la elaboran las mejores mentes jurídicas o cuyo contenido, negociado o transigido, según se dijo, no resulta del todo apto. Consecuentemente, se tiene un derecho de menor calidad, proliferando en producción desordenada a medida en que se entrecruzan propuestas de políticos, legisladores, diplomáticos o negociadores, entre otros, generándose muchas leyes –en el sentido ámplio– poco efectivas en proporción, debido a todo lo que se viene haciendo notar aquí.

UNIDROIT, acrónimo con el que se ha vuelto mundialmente famosa la institución intergubernamental con sede en Roma, ha encontrado un ingenioso mecanismo para lograr la generación de instrumentos jurídicos de parte de, quizás, las más brillantes mentes de nuestro tiempo en materia contractual, con las entregas en 1994 y –con complementos y adecuaciones menores en 2004–, de los "principios" atinentes a lo medular de los convenios, como formación, contenido, interpretación y terminación, entre otros temas. Estos instrumentos, precedidos de un preámbulo o explicitación de sus objetivos, comprenden reglas –algunas de textura amplia, como las relativas a la buena fe– comúnmente seguidas de comentarios y ejemplificaciones. En lo que aquí nos interesa, fundamentalmente, los principios contractuales de UNIDROIT no están destinados a obtener sanción estatal. Lo que ha facilitado que el monopolio de su elaboración quedara en manos de académicos de gran valía aglutinados en torno a este organismo, los que no necesitaban transigir por supuestos "intereses estatales", rótulo bajo el cual –por lo demás– muchas veces se esconde ignorancia o improvisación, sobre todo cuando se trata de cuestiones relativas a la contratación transfronteriza. Allí comúnmente no existen estos "intereses" de parte de los Estados, sino simplemente de particulares. Y en todo caso los intereses deberían ser convergentes: proteger el recto comercio, apuntar hacia reglas claras que permitan una adecuada generación de la riqueza con ganadores en todos los bandos del comercio internacional, etcétera.

¿Un Código de Contratos sin sanción estatal? ¡Qué herejía para los cultores de la concepción de que el derecho deriva solo del Estado! Sin embargo, este magnífico trabajo de UNIDROIT no solo ha sido invocado reiteradamente –muchas veces en causas de suma trascendencia– por árbitros, jueces y hasta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sino incluso ha inspirado reformas normativas en los derechos contractuales que rigen hoy una porción importante de la población mundial, como ha ocurrido en China Continental, Japón, Federación Rusa y Alemania, entre otros países. Además, ha servido como lazo para un mejor entendimiento de los diversos regímenes jurídicos por parte de los académicos de la materia, que tienen hoy –o al menos deberían poseerla– una visión más cosmopolita, más aún al estar disponibles por la vía virtual los precedentes judiciales y arbitrales más importantes de los que se tiene noticia, haciendo aplicación de los principios contractuales referidos.

Lo de UNIDROIT resulta realmente digno de emular y de hecho así ha ocurrido en Europa, que cuenta también hoy –a partir del año 1999 y luego 2003 el complemento– con sus "Principios de Derecho Contractual", conce-

bidos de manera análoga a los de aquel organismo intergubernamental, y con contenido muy parecido, con el importante agregado de que se incluyen además allí estudios comparativos de las soluciones de los distintos países de la Unión Europea, facilitando así no solo el entendimiento recíproco, sino eventuales proyectos reformistas que pretendan encararse allí. También estos principios europeos han sido citados en arbitrajes y en fallos judiciales, incluso del conservador derecho inglés cuyas peculiaridades son bien conocidas, no obstante lo cual, demuestra una apertura a recoger esta iniciativa de tan alta calidad académica, hasta de parte de su más alto tribunal, la Cámara de los Lores. Lo propio ha ocurrido en tribunales de otros países europeos, e incluso más allá, como por ejemplo hasta en el propio continente americano, con precedentes importantes tanto en el Norte como en el Sur.

UNCITRAL ha logrado también con ingenio, aglutinar juristas brillantes en torno a sus esfuerzos, sobre todo porque sus productos los elabora en Grupos de Trabajo, en los que inciden fuertemente académicos de fuste, cuyo resultado ya prácticamente "cocinado", se aprueba luego en la instancia política, por así decirlo, que es la reunión anual de la Comisión a la que asisten los representantes de los países –por fortuna en muchos casos también académicos– además de las instituciones observadoras, por lo general instituciones como la propia UNIDROIT, que conducen importantes proyectos de investigación con el concurso de la *intelligentsia* jurídica. Cabe agregar que, amén de este importante componente académico ínsito en sus productos, UNCITRAL se ha abocado en generar instrumentos que no sean necesariamente tratados o leyes modelos. Guías legislativas, con meras indicaciones de regulaciones deseables, incluso con alternativas de solución en un sentido u otro para algunos casos, además de recomendaciones, notas e incluso "interpretaciones", como las que se hicieron recientemente con respecto a un texto no claro de la Convención de Nueva York de 1958 que regula la ejecución de laudos arbitrales.

Esto último acarrea potenciales consecuencias fecundísimas. UNCITRAL no elabora un nuevo tratado para modificar la Convención de Nueva York, puesto que este nuevo instrumento requeriría nuevamente del engorroso trámite de ratificaciones para su adopción estatal. Sin embargo, en el fondo se modifica el tratado con esta interpretación "oficial" del organismo, sobre todo si se considera que no era la única que cabía, sin que este nuevo derecho, para adquirir virtualidad, requiera "sanción estatal".

Es cierto que los tribunales podrán desatender esta interpretación. Pero aquí entramos en otro problema. Los jueces también desatienden textos con

sanción estatal. Por ejemplo, en materia de Derecho internacional privado, en reiteradas oportunidades se han dejado de lado reglas taxativas sustituyéndolas por interpretaciones basadas en principios amplios o "válvulas de escape", como el orden público, por citar un ejemplo bien conocido. Esto en definitiva depende del grado de desarrollo y de apertura del derecho y de los tribunales de un país, para lo que en mucho contribuye obviamente su marco normativo, pero quizás en considerable mayor medida el grado de preparación de sus jueces y operadores jurídicos. Grandes comparatistas han puesto énfasis en que el cambio de regímenes jurídicos, desde luego, no pasa solo por una transformación de sus normas, sino fundamentalmente de mentalidades, puesto que existen preconceptos, formas de razonar y hábitos arraigados que solo se destierran con mucho esfuerzo que comprende una paciente y abarcativa labor de formación.

Pero volvamos a lo medular de la contribución. El derecho ha sido mayormente no estatal –en sus orígenes– a lo largo de casi toda su historia y hoy, luego del encandilamiento encegecedor de la codificación, puede observarse que la comunidad internacional está nuevamente preparada para admitir que así sea, al menos cuando no existan cuestiones de soberanía o protección de intereses superiores (como de defensa de valores fundamentales, de la economía o de partes débiles, muchas veces referidas como asuntos de "orden público").

Y aquí volvemos de lleno a la disyuntiva ante la que se encuentran las CIDIP. Estas podrían y –de hecho– deberían seguir ocupándose de regular cuestiones que ineludiblemente requieran, para su implementación, de una adopción formal por los Estados, a través de tratados o leyes modelo, por ejemplo, sobre todo para ir aproximando las soluciones de tinte imperativo "o de orden público" de los distintos países del continente. Porque esta es la real valla a la homogeneización: el orden público concebido de manera disímil. Pero las CIDIP deberían hacer preponderar en el futuro sus esfuerzos para la generación de instrumentos que no requieran necesariamente de incorporación estatal para adquirir efectividad.

¿Cuáles serán las consecuencias naturales? Fecundísimas. Mencionemos las más importantes. Una, asegurar que los académicos o las mejores mentes jurídicas del continente sean los protagonistas, puesto que no habrá tratado ni texto legislativo que negociar, al menos con un pretendido "interés estatal" detrás. Segunda, dejar abiertas las posibilidades a que exista un número mucho mayor de iniciativas, al hacer accesible un canal hacia el que efectivamente los académicos pueden conducir sus investigaciones de mane-

ra apropiada, en la seguridad de que no habrá "intereses estatales" que por ese solo hecho, irracionalmente, obstaculicen la efectividad de los trabajos presentados. La agenda de las CIDIP podrá ser mucho más abierta y deberían existir menos reticencias para la aprobación de los productos, que se impondrán o no en el mercado jurídico por su eventual calidad intrínseca y no por el guiño que le hagan los Estados o sus negociadores. Pero el legado más importante será el siguiente: se romperá con la concepción exclusivamente estatista del derecho en cuanto a su génesis, fuertemente imperante aún hoy, que constituye una seria valla para que el accionar transfronterizo se desenvuelva en un marco apropiado de seguridad jurídica, según se ha fundamentado ya.

Las iniciativas podrían ser muy variadas. Por ejemplo, se podría relevar la jurisprudencia continental en áreas abarcadas por convenciones de las anteriores CIDIP, a fin de detectarse la efectividad de su implementación y, en su caso, las disparidades interpretativas para luego proponerse, al igual que se ha hecho en UNCITRAL en el ejemplo arriba referido, una salida deseable. UNCITRAL ha entendido muy bien que sus textos uniformes, sin interpretación uniforme, de poco sirven. De allí que administre un sistema de registro de los casos jurisprudenciales producidos en los cinco continentes, conocido como CLOUT, a cargo de los mismos académicos que actúan como corresponsales. Esto de por sí genera un clima cosmopolita y un mejor entendimiento de lo foráneo, como presupuesto indispensable para cualquier esfuerzo homogeneizador.

Este entendimiento se está logrando en Europa por distintas otras vías, como por ejemplo a través de una iniciativa de "casebooks", en que se reúnen en libros temáticos la legislación, jurisprudencia y doctrina de distintos países a fin de que puedan comprenderse mejor sus soluciones. Esto puede hacerse en América, por ejemplo, efectuándose un comparativo con las soluciones de UNIDROIT en materia contractual, como sistema neutral a partir del cual puedan detectarse las divergencias.

Pero no debe caerse en el error de duplicar innecesariamente esfuerzos –según críticas que se han formulado también a las CIDIP– sobre todo ante temas que no ameritan un tratamiento regional sino global de los que ya se encuentren ocupando con efectividad en otras instancias. Para mantener el ejemplo, si los Principios UNIDROIT gozan del guiño de la comunidad internacional, y no hay justificativo regional para apartarse de ellos, no tendría sentido que se elaboren los "Principios de Derecho Contractual para América". Mucho más útil y efectivo será sí contar con estudios comparativos serios con respecto al estado de los distintos derechos contractuales del conti-

nente vs. los Principios UNIDROIT. Ya no generarán entonces las CIDIP documentos contradictorios con otros de amplia aceptación mundial, y sí se concentrarán en temas en los que efectivamente se pueden hacer aportes importantes, teniendo en miras siempre que el derecho se está desestatizando, proceso que se profundizará en los años siguientes según se viene argumentando. De paso puede enfatizarse en la pretensión de acercamiento de soluciones de tinte imperativo o de orden público de los diversos países, en los que no cabe sino la intervención estatal, por supuesto, a cuyo respecto el accionar de las CIDIP debería ser bien pragmático y no pretensioso, en cuanto al alcance de cada instrumento generado, puesto que aquí sí pueden presentarse trabas importantes. Pero esto ya es harina de otro costal.

Unas CIDIP dominadas –en el buen sentido– por las mejores mentes jurídicas del continente, encarando múltiples iniciativas y con productos que en su mayor parte no requerirán de la incorporación efectiva por los Estados ni se superpondrán innecesariamente con los generados en otras instancias mundiales o regionales. Tal debería ser el derrotero. Se hicieron muchas cosas bien. Las CIDIP gozan de un merecido prestigio. Pero se impone el giro –o un particular énfasis, si se quiere– en el sentido propuesto en este trabajo, para estar a tono con el derecho que se viene, con el derecho que ya está incluso allí hoy, transnacionalizado en muchos aspectos, lo admitan o no los Estados. ¿*Quo Vadis*, CIDIP? Quienes pueden incidir en ellas tienen la palabra. Contemplarán con satisfacción el pasado, o portarán la antorcha al futuro.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN BRASIL: LAS RELACIONES ENTRE EL SUPREMO TRIBUNAL Y LOS DEMÁS JUICIOS Y TRIBUNALES

Por Gilmar Ferreira Mendes (*)

I. Preliminares

En primer lugar, quiero agradecer la invitación del Presidente de la Corte Constitucional de Colombia, Rodrigo Escobar Gil, para presentar esta ponencia en la "VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional", que se realiza en esta bellísima ciudad de Cartagena de Indias. Acepté con gran honor la invitación para participar de este evento representando al Supremo Tribunal Federal de Brasil, en calidad de su Vice Presidente.

Es un placer estar aquí reunido con los colegas magistrados de las Cortes y Salas Constitucionales de los países iberoamericanos, en estos cuatro días que, con seguridad, serán muy provechosos para el desarrollo de la Jurisdicción Constitucional y, consecuentemente, para la protección de los derechos fundamentales y la consolidación de la democracia en nuestros países.

Paso a exponer sobre el tema sugerido por la organización de *este* evento. *"Las relaciones entre el juez constitucional y el juez ordinario en Brasil: el control de la constitucionalidad de las sentencias de los jueces ordinarios: ventajas, tensiones y desafíos del modelo"*.

Hay que enfatizar, antes que nada, que la Jurisdicción Constitucional en Brasil posee ciertas peculiaridades que la distinguen de otros sistemas observados en el contexto iberoamericano.

(*) Ministro, Vice Presidente del Supremo Tribunal Federal do Brasil.

(*) Ponencia presentada en la VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, 28 al 30 de noviembre de 2007.

En Brasil, adoptamos un sistema mixto de fiscalización de leyes y actos normativos en general; un sistema que conjuga los modelos de control concentrado y difuso de constitucionalidad. El Supremo Tribunal reúne en sí las competencias de una Corte Constitucional, por las cuales ejerce control abstracto de constitucionalidad y al mismo tiempo, hace de órgano de cúpula del Poder Judicial, mediante el cual asume el papel de revisor de las decisiones tomadas por los demás juicios y tribunales en materia constitucional.

Por ello, en la realidad brasileña no es posible hablar –por lo menos con el mismo énfasis observado en algunos de los sistemas iberoamericanos– de una nítida diferencia entre Jurisdicción Constitucional y Jurisdicción Ordinaria. En Brasil, la Jurisdicción es ejercida por todo y cualquier juez o tribunal y no hay una única vía procesal directa a la Corte Constitucional para protección de derechos, como ocurre en algunos de los países que adoptan el recurso de amparo en su sistema. Al contrario de otros Modelos de derecho comparado, el sistema brasileño no reserva un único tipo de acción o de recurso de la función primordial de protección de los derechos fundamentales, estando a cargo de esa ocupación, principalmente, las acciones constitucionales del *mandato de seguridad*, una creación genuina del sistema constitucional brasileño, el *hábeas corpus*, el *hábeas data*, el mandato de injunción, la acción civil pública y la acción popular.

Eso no quiere decir, por otro lado, que en nuestro sistema brasileño también no ocurran problemas típicos de las relaciones entre una Corte Constitucional y los demás jueces y tribunales que ejercen comúnmente la jurisdicción de perfil ordinario. En el sistema brasileño, esas relaciones poseen ciertas singularidades y peculiaridades que son resultado de la compleja convivencia entre los modelos de control concentrado y difuso de constitucionalidad.

Esas peculiaridades están más evidentes en el proceso y juzgamiento de tres tipos de acciones y recursos por el Supremo Tribunal Federal, por medio de los cuales la Corte asegura su competencia, protege la autoridad de sus decisiones y ejerce el control de la constitucionalidad de las decisiones de los demás jueces y tribunales. Son estos: 1) el recurso extraordinario; 2) la acción de incumplimiento de precepto fundamental; y 3) la reclamación constitucional**.**

Además, hoy se adopta en Brasil un sistema de *súmulas* elaboradas por el Supremo Tribunal Federal y dotadas de efectos vinculados a los demás jueces y tribunales. Las *súmulas* son enunciados normativos que resumen

entendimientos jurisprudenciales consolidados en el Supremo Tribunal Federal y que deben ser observados por todos los jueces y tribunales.

Todos estos temas constituyen el objeto de estas breves consideraciones que paso a exponer.

II. El Supremo Tribunal Federal y la fiscalización de la constitucionalidad de las decisiones de los demás jueces y tribunales

1. Recurso Extraordinario

El recurso extraordinario consiste en el instrumento procesal-constitucional destinado a la verificación de la eventual ofensa a la Constitución en consecuencia de la decisión judicial dicha en última o única instancia judicial (CF, Art. 102, III a) a d).

Hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1988, era el recurso extraordinario –también en relación al criterio de cantidad– el más importante proceso de la competencia del Supremo Tribunal Federal. Bajo la Constitución anterior, el recurso extraordinario se destinaba no solamente a proteger el orden constitucional, sino también el orden del derecho federal, de modo que la impugnación podría alegar ofensa directa tanto a la Constitución como al derecho federal.

Ese remedio excepcional, desarrollado según el modelo del *writ uf error* estadounidense e introducido en el orden constitucional brasileño por medio de la Constitución de 1891, que en los términos de su Art. 59, § 1°, *a*, puede ser interpuesto por la parte vencida, en el caso de ofensa directa a la Constitución, declaración de inconstitucionalidad del tratado, ley federal o declaración de constitucionalidad de ley estadual expresamente impugnada en la Constitución Federal (CF., Art. 102, III, d). La Enmienda Constitucional 45/2004 pasó a admitir el recurso extraordinario, cuando la decisión recurrida juzga válida la ley o el acto de gobierno local con fundamento en la Constitución (CF., Art. 102, 111, d).

Se impone observar que bajo la Constitución de 1988 se agravó la crisis numérica que, ya bajo el modelo anterior, incidía sobre el recurso extraordinario. Sin embargo, si es correcta la tesis según la cual el sistema directo de control de constitucionalidad pasa a tener precedencia o primacía después de la Constitución de 1988, es cierto también que es exactamente en el período posterior a 1988 cuando se acentúa el problema de cantidad de los procesos

en el Supremo Tribunal Federal. Esa crisis se manifiesta en forma radical en el sistema difuso, con el aumento vertiginoso de recursos extraordinarios.

En la década del 80, sobre todo después de la Constitución de 1988, llegaban al Supremo Tribunal Federal alrededor de veinte mil recursos por año contra decisiones de los demás jueces y tribunales. En los años 90 esos números crecieron vertiginosamente, hasta llegar, en el año 2006, a la cantidad impresionante de ciento veintisiete mil quinientos treinta y cinco recursos extraordinarios distribuidos en el Supremo Tribunal Federal. En el año 2007, habíamos contabilizado, hasta el mes de septiembre, noventa y un mil tres recursos.

La explicación de la explosión numérica verificada bajo la Constitución de 1988 no es *única.*

Es verdad que la masificación de las demandas en las relaciones homogéneas es un factor decisivo para esa crisis. Las discusiones que se repiten en determinado período sobre planos económicos, sistema financiero de habitación, Fondo de Garantía por tiempo de Servicio-FGTS, índices de reajuste del Instituto Nacional de Seguridad Social-INSS, pueden explicar con cierta aceptabilidad la multiplicación de las demandas, especialmente en un modelo que trata cada controversia judicial instaurada como un proceso singular. La falta de un mecanismo con carácter mínimamente objetivo para solucionar esas causas de masa permite que una avalancha de procesos sobre un único tema llegue hasta el STF por la vía del recurso extraordinario.

El ámbito de la Reforma del Poder Judicial implementada por la enmienda constitucional n. 45, de 2004, el Art. 102, § 3º de la Constitución fue alterado para hacer constar el nuevo instituto de la *repercusión general* creado con el conocido objetivo de intentar solucionar el problema de la crisis numérica del recurso extraordinario.

El referido dispositivo prescribe ahora que “en el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso, en los términos de la ley, a fin de que el tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo rechazarla por la manifestación de los dos tercios de sus miembros”.

La reglamentación de ese dispositivo constitucional fue realizada por la reciente Ley Nº 11418 del 19 de diciembre de 2006, que alteró el artículo

543 del Código de Proceso Civil, que ahora dispone: "El Supremo Tribunal Federal, en decisión irrecurrible, no conocerá del recurso, cuando la cuestión constitucional en él versada no ofrece repercusión general".

Se trata de un cambio significativo en el recurso extraordinario, cuya admisión dependerá de un análisis de la Corte sobre la existencia de repercusión general de la cuestión constitucional en ella tratada.

De acuerdo con la innovación legal, para el efecto de repercusión general, será considerada la existencia o no de cuestiones relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico, que ultrapasen los intereses subjetivos de la causa. Habrá también repercusión general siempre que el recurso impugne decisión contraria a la *súmula* o jurisprudencia dominante del Tribunal (Art. 543-A, § 3º). No hay duda, por tanto, de que la adopción de ese nuevo instituto deberá maximizar la función objetiva del recurso extraordinario.

En ese sentido, la ley también pasó a permitir que el Tribunal, en el análisis de la existencia de repercusión general, admita la intervención de terceros (los denominados *amicus curiae).*

Así, si el Tribunal niega la existencia de la repercusión general, la decisión se aplicará a todos los recursos sobre materia idéntica, los cuales serán realizados preliminarmente.

Para evitar la avalancha de procesos que llegan al Supremo Tribunal, los tribunales de origen podrán seleccionar uno o más recursos representativos de la controversia y encaminarlos al STF, rechazando los demás. Negada la existencia de repercusión general, los recursos rechazados se consideran automáticamente no admitidos. Por otro lado, declarada la existencia de la repercusión general y así juzgado el mérito del recurso extraordinario, los recursos rechazados serán apreciados por los Tribunales de origen, que podrán declararlos perjudicados o retratarse (Art. 543-B, § 2º y 3°).

El Supremo Tribunal Federal recientemente aprobó las modificaciones en su Reglamento Interno para implementar ese nuevo instituto.

Interesante anotar que todo el proceso y el juzgamiento en cuanto a la repercusión general de los recursos extraordinarios son realizados enteramente por medio electrónico, utilizándose la red mundial de computadores (Ley Nº

11419/2006) (1). Así, según el Reglamento Interno del Tribunal, el relator del recurso someterá a los demás Ministros de la Corte, por medio electrónico, su manifestación sobre la existencia o no de la repercusión general. Recibida esa manifestación del relator, los demás Ministros le encaminaron también por medio electrónico sus manifestaciones sobre la cuestión de la repercusión general.

La referida Enmienda Reglamentaria también previó la repercusión general presumida, que una vez caracterizada, dispensa el procedimiento de análisis electrónico de repercusión. Será presumida la repercusión general, cuando la cuestión ya haya sido reconocida o cuando el recurso extraordinario impugne la decisión contraria al informe o jurisprudencia dominante de la Corte.

El procedimiento para el análisis de la eventual existencia de repercusión general quedó así establecido: la sesión electrónica tiene duración de veinte días seguidos, pasados los cuales, el propio sistema hará el conteo de los votos sobre la existencia o no de la repercusión general. Una vez transcurrido el plazo sin manifestaciones de los Ministros del Supremo Tribunal Federal, se considera existente la repercusión. Para que sea reputada su inexistencia habrá la necesidad de la manifestación expresa de por lo menos ocho Ministros, rechazando la repercusión general.

Las decisiones por la existencia de la repercusión general son irrecurribles, valiendo para todos los recursos que versen sobre cuestión idéntica. Una vez decidida la repercusión general, la Presidencia del STF deberá promover amplia y específicamente la divulgación del tenor de esas decisiones, así como diligenciar la formación actualizada del banco de datos electrónicos sobre el asunto.

---

(1) La informatización del proceso y juzgamiento del recurso extraordinario se tornó posible con la publicación de la Ley N° 11419, del 19 de diciembre de 2006, que regula la utilización de medios electrónicos en la transmisión de procesos, de piezas y comunicación de actos procesales, más una innovación en el proceso judicial brasileño. De acuerdo con esta ley, “los órganos del Poder Judicial podrán desarrollar sistemas electrónicos de procesamiento de acciones judiciales por medio de autos total o parcialmente digitales, utilizando, preferencialmente, la red mundial de computadores y acceso por medio de redes internas y externas” (Art. 8º).

Otro punto que merece ser destacado es la posibilidad de que la Presidencia del Supremo Tribunal Federal o cualquier juez relator de recursos extraordinarios que puedan reproducirse en múltiples hechos, de comunique el hecho a los Tribunales inferiores para que estos determinen el rechazo de todos los recursos en materia idéntica.

Además, "cuando se verifica la subida o la distribución de múltiples recursos con fundamento en idéntica controversia, la Presidencia del Tribunal o el Relator seleccionará uno o más casos representativos de la cuestión y determinará la devolución de los otros a los tribunales, para aplicación de los párrafos del Art. 543-B del Código de Proceso Civil".

El instituto de la repercusión general aún es reciente y será conformado por la práctica jurisprudencial del Supremo Tribunal Federal. Vale registrar que hasta el 31 de octubre de 2007, el Supremo Tribunal Federal ya manifestó su juicio sobre la existencia de la repercusión general en dos recursos extraordinarios (2).

---

(2) En el Recurso Extraordinario 559607, Rel. Marco Aurélio, juz. en 26.9.2007, el Tribunal entendió que la materia poseía repercusión general, conforme al párrafo 3º del artículo 102 de la Constitución Federal. Se trataba de la discusión acerca de la constitucionalidad del inciso 1 del Art. 7º de la Ley 10865/04 – que dispone sobre la base de cálculo de la contribución para el PIS/Cofins, cuya segunda parte fue declarada inconstitucional por el Tribunal Regional, Federal de la 4ª Región. En esta ocasión, el Ministro Marco Aurelio indicó que en principio, tendrían repercusión general todos los recursos extraordinarios procesados por el inciso b del Art. 102, III, de la Constitución Federal (Informativov48l). El Recurso Extraordinario 559943, Relatora Ministra Carmen Lucía, fue el primero sometido a la sesión electrónica de juzgamiento (Art. 323, capul. del RISTF), habiendo habido manifestación de todos los Ministros de la Corte: nueve por la repercusión general y dos por la no repercusión. La decisión por la repercusión general somete la cuestión discutida en los autos, que es la constitucionalidad de los artículos 45 y 46, de la Ley 8212/91, en relación al Artículo 143, III, b, de la Constitución Federal, a la decisión de mérito del plenario del STF. Sobre la misma cuestión, pero discutiendo el dispositivo análogo del régimen constitucional anterior (Art. 5°, párrafo único, del DEL 1569/77 en relación al Art. 18, § 1º, de la Constitución Federal de 1967/69), hay juzgamiento electrónico pendiente, a ser finalizado en noviembre de 2007.

En la medida en que tiende a reducir drásticamente el volumen numérico de los procesos que llegan a la Corte, así como limitar el objeto de los juzgamientos a cuestiones constitucionales de índole objetiva, la nueva exigencia de la repercusión general en el Recurso Extraordinario abre promisorias perspectivas para la jurisdicción constitucional en Brasil, especialmente referente a la ascensión del Supremo Tribunal Federal al típico papel de verdadero Tribunal Constitucional.

2. Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) contra decisiones judiciales

Tal vez uno de los puntos más interesantes dentro del tema general de las relaciones entre el Supremo Tribunal Federal y los demás juicios y tribunales, sea el de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental contra decisiones judiciales.

En Brasil, la Acción de Incumplimiento de Precepto fundamental (ADPF) puede asumir, en algunos casos, la función de un recurso de amparo o de una reclamación constitucional (Vertassungbeschwe) autónoma en el derecho brasileño.

En primer lugar, puede ocurrir lesión al precepto tu fundamental fundada en simple interpretación judicial del texto constitucional.

En esos casos, la controversia en la ADPF no tiene por base la constitucionalidad o no de una ley o de un acto normativo, sino se asienta simplemente en la legitimidad o no de una interpretación constitucional dada. En el ámbito del recurso extraordinario esa situación se presenta como un caso de decisión judicial que contraría directamente la Constitución (Art. 102, III, a).

No parece haber duda de que ante los términos amplios del Art. 1° de la Ley N° 9882, de 1999, esa hipótesis podrá ser objeto de ADPF –lesión al precepto fundamental resultado del acto del Poder Público–, hasta porque se cuida de una situación trivial en el ámbito de control de constitucionalidad difuso.

Así, el acto judicial de interpretación directa de un precepto fundamental podrá contener una violación de la norma constitucional. En esa hipótesis, cabrá el propósito de la acusación del incumplimiento para distanciar la lesión al precepto fundamental resultado de ese acto judicial del Poder Público, en los términos del Art. 1° de la Ley Nº 9882 de 1999.

En este paso se vislumbra, de *lege ferenda,* la posibilidad de conjugación de los institutos de la acción de incumplimiento y del recurso extraordinario.

Así, el legislador podría atribuir al recurrente en el recurso extraordinario, el derecho de proponer simultáneamente la ADPF, dando al STF la posibilidad de apreciar la controversia puesta exclusivamente en el recurso o también en la acción especial.

Problema igualmente relevante se pone en relación a las decisiones de única o de última instancia que, por falta de fundamento legal, acaban por lesionar relevantes principios del orden constitucional.

También una decisión judicial que sin fundamento legal afecte la situación individual, se revela contraria al orden constitucional, por lo menos al derecho subsidiario de la libertad de acción (Auffanggrundrecht).

Si se admite, como expresamente establecido en la Constitución, que los derechos fundamentales vinculan todos los Poderes y que la decisión judicial debe observar la Constitución y la ley, no es difícil comprender que la decisión judicial que se revele desprovista de base legal, enfrente algún derecho individual específico, por lo menos en la vertiente del principio de la legalidad.

Esa conclusión se revela tanto más plausible si se considera que así como la Administración, el Poder Judicial está vinculado a la Constitución y a las leyes (CF, Art. 50, § 1°).

Ciertamente se figuraba extremadamente difícil la aplicación de ese entendimiento, entre nosotros, en el ámbito del recurso extraordinario. El carácter marcadamente individual de la impugnación, la fragmentariedad de las tesis presentadas en ese proceso, la exigencia estricta de pre-cuestionamiento, contribuyeron para dificultar la aplicación de la orientación arriba desarrollada en el ámbito del recurso extraordinario.

La Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental podrá liberar de esas amarras formales el cuestionamiento de la decisión judicial concreta abriendo la posibilidad para que la ADPF, en cierta medida, asuma la función de un típico recurso de amparo o de un recurso constitucional (*Verfassungsbesch werde)* en el derecho brasileño.

III. La reclamación constitucional contra decisiones de los demás juicios y tribunales que usurpen la competencia constitucional del Supremo Tribunal o violen sus decisiones

La Constitución de 1988 también prevé una acción constitucional de creación genuinamente brasileña: la reclamación constitucional para preservar la competencia del Supremo Tribunal Federal y la autoridad de sus decisiones.

La reclamación para preservar la competencia del Supremo Tribunal Federal o garantizar la autoridad de sus decisiones, es fruto de la creación jurisprudencial. Se afirma que ella resulta de la idea de los *implied powers* (poderes implícitos) deferidos por la Constitución al Tribunal. El Supremo Tribunal Federal pasó a adoptar esa doctrina para la solución de problemas operacionales diversos. La falta de contornos definidos sobre el instituto de la reclamación hizo, por tanto, que su constitución inicial reposase sobre la teoría de los poderes implícitos.

Bajo la Constitución de 1988, el instituto adquirió, finalmente, estatus constitucional (Art. 102, 1, 1). La Constitución consignó aun la cabida de la reclamación ante el Superior Tribunal de Justicia (Art. 105, 1, f), igualmente destinada a la preservación de la competencia de la Corte y la garantía de la autoridad de las decisiones por ella mencionadas.

Importante discusión reside en la naturaleza de la reclamación. La definición de su naturaleza jurídica no constituye tarea fácil, por la inexistencia de consenso en la doctrina y en la jurisprudencia. Pacificado está solamente el entendimiento de tratarse la reclamación de medida jurisdiccional, poniendo un punto final a la antigua discusión de que la reclamación constituirá mera medida administrativa.

El hecho de que la jurisprudencia del STF reconozca en la reclamación su poder de producir alteraciones en decisiones tomadas en el proceso jurisdiccional y de la decisión en reclamación produzca cosa juzgada, confirman su carácter jurisdiccional.

La posición dominante parece ser aquella que atribuye a la reclamación naturaleza de acción propiamente dicha, respecto de otras voces autorizadas de la doctrina que identifica la naturaleza diversa del instituto, sea como remedio procesal, incidente procesal o recurso.Tal entendimiento se justifica por el hecho de que por medio de la reclamación sea posible la provocación

de la jurisdicción y la formulación del pedido de tutela jurisdiccional. Además de contener en su capacidad una contienda a ser resuelta, decurrente del conflicto entre aquellos que persisten en la invasión de competencia o en el incumplimiento de las decisiones del Tribunal y, por otro lado, aquellos que pretenden ver preservadas la competencia y la eficacia de las decisiones de la Corte.

Se anota aun que con el desarrollo de los procesos de índole objetiva en sede de control de constitucionalidad en el plano federal y "estadual" (inicialmente representación de inconstitucionalidad y, posteriormente, ADI, ADLo, ADC y ADPF), la reclamación, como acción especial, acabó por adquirir contornos diferenciados en la garantía de la autoridad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal o en la preservación de su competencia.

La Enmienda Constitucional Nº 45/2005 consagró la *súmula vinculante*, en el ámbito de la competencia del Supremo Tribunal, y previó que su observancia sería segura por la reclamación (Art. 103-A, § 3º - "del acto administrativo o decisión judicial que contrariamente a la *súmula* aplicable o que indebidamente aplicare, cabrá reclamación al Supremo Tribunal Federal que, juzgándolo procedente, anulará el acto administrativo o la decisión judicial reclamada, y determinará que otra sea preferida con o sin aplicación de la *súmula,* conforme al caso").

La reclamación ganó significativa relevancia en el ámbito de la competencia del STF. En 1990 el Tribunal recibió apenas veinte reclamaciones en todo el año. En el año 2006 llegaron al Supremo Tribunal Federal ochocientas treinta y siete reclamaciones contra decisiones de juicios y tribunales o de autoridades administrativas.

Se tiene hoy una amplísima utilización del instituto de la reclamación, no solo para asegurar la competencia del Supremo Tribunal Federal, sino también para asegurar su competencia en la sede del control jurisdiccional de constitucionalidad.

La estructura procedimental de la reclamación es bastante simple y coincide básicamente con el procedimiento adoptado para el mandato de seguridad. Las reglas básicas están previstas en los artículos 156-162 del RISTF y en los artículos 13 al 18 de la Ley Nº 8038/90.

La reclamación podrá ser propuesta por el Procurador General de la República o por cualquier interesado, debiendo estar instruida con prueba

documental (RISTF, Art. 156 y párrafo único; Ley N° 8038/90, Art. 13 y párrafo único).

Se resalta que la expansión del efecto vinculante en el control concentrado (ADI, ADC, ADPF) y más recientemente la adopción de la súmula vinculante contribuyeron (y aún han de contribuir) para ampliar la legitimación para el propósito de la reclamación. Es que en los términos hoy dominantes, toda y cualquier persona afectada por la decisión contraria a la orientación con efecto vinculante, podrán cuestionar ese acto en reclamación ante el Supremo Tribunal Federal.

Los varios obstáculos a la aceptación del instituto de la reclamación en sede de control concentrado, parecen haber sido superados, estando ahora el Supremo Tribunal Federal en condiciones de ampliar el uso de ese importante y singular instrumento de la jurisdicción constitucional brasileña.

III. El Supremo Tribunal Federal y la edición de *súmulas* dotadas de efecto vinculante para los demás Juicios y Tribunales

Desde 1963 el Supremo Tribunal Federal edita *súmulas* –orientaciones jurisprudenciales consolidadas– con el objetivo de orientar a la propia Corte y a los demás Tribunales sobre el entendimiento dominante respecto de determinadas materias. Hasta el año 2007, fueron editados 735 informes.

El informe del Supremo Tribunal Federal, que tiene raíces en los asientos de la Casa de Suplicación de la época del Brasil colonial, nace con carácter oficial, dotada de perfil indirectamente obligatorio. Eso, por cuenta de los recursos, constituyó un instrumento de autodisciplina del Supremo Tribunal Federal, que solamente deberá distanciarse de la orientación en la preconizada de forma expresa y fundamentada.

La Enmienda Constitucional Nº 45/2004 autorizó al Supremo Tribunal Federal editar la denominada *súmula vinculante.* En los términos del Art. 103-A de la Constitución, el informe vinculante deberá ser aprobado por la mayoría de los dos tercios de los votos del Supremo Tribunal Federal (ocho votos), habiendo de incidir sobre la materia constitucional que haya sido objeto de decisiones reiteradas del Tribunal.

El informe tendrá por objetivo superar la controversia actual sobre la validez, la interpretación y la eficacia de normas determinadas, capaz de generar inseguridad jurídica y relevante multiplicación de procesos.

Teniendo en vista la amplia competencia del Supremo Tribunal Federal, esas normas podrán ser tanto federales como estaduales o municipales. Es posible, sin embargo, que la cuestión involucre solamente la interpretación de la Constitución y no su eventual contraste con otras normas infraconstitucionales.

Otro requisito para la edición del *informe vinculante* se refiere a la preexistencia de reiteradas decisiones sobre materia constitucional. Se exige aquí que la materia a ser tratada en el informe haya sido objeto de debate y discusión en el Supremo Tribunal Federal.

Se busca obtener la madurez de la cuestión controvertida con la reiteración de decisiones; se evita, de este modo, la posibilidad de la edición de una *súmula vinculante* con fundamento en decisión judicial aislada. Es necesario que refleje una jurisprudencia del Tribunal, o sea, reiterados hechos juzgados en el mismo sentido; es decir, con la misma interpretación.

La *súmula vinculante*, al contrario de lo que ocurre en el proceso objetivo, surge de decisiones tomadas, en principio, en casos concretos, en el modelo incidental, en el cual también existe, no raras veces, reclamo por solución general. Ella solo puede ser editada después de la decisión del Plenario del Supremo Tribunal Federal o de decisiones repetidas de las Salas.

Esos requisitos acaban por definir el propio contenido de las *sumulas vinculantes*. En regla, ellas serán formuladas a partir de las cuestiones procesales de masa u homogéneas, involucrando materias providenciarias, administrativas, tributarias e incluso procesales, susceptibles de uniformización y padronización.

En los términos del § 2º del Art. 103-A de la Constitución, la aprobación, así como la revisión y el cancelamiento de la *súmula vinculante* podrán ser provocados por los legitimados para el propósito de la acción directa de inconstitucionalidad, sin perjuicio de lo que viene a ser establecido en la ley(3). Dispone aun la ley que el Municipio es legitimado para proponer la

(3) Son legitimados, de acuerdo con la Ley N° 1417/2006: I – Presidente de la República; II – Mesa del Senado Federal; III – Mesa de la Cámara de Diputados; IV – Procurador General de la República; V – Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil; VI – Defensor Público - General de la Unión; VII – Partido político con representación en el Congreso Nacional;

edición, revisión o el cancelamiento de la *súmula vinculante*, en el curso del proceso en que sea parte.

Como consectario de su carácter vinculante y de su "fuerza de ley" para el Poder Judicial y para la Administración, se requiere que los informes vinculantes sean publicados en el Diario Oficial de la Unión. Se busca asegurar así su adecuada cognoscibilidad por parte de todos aquellos que le deben obediencia.

Así, una vez editado el informe, cabrá reclamación al Supremo Tribunal Federal, sin perjuicio de recursos u otros medios admisibles de impugnación (Art. 7º de la Ley N° 11419/2006), de la decisión judicial o acto administrativo que la contraría, le niega vigencia o le aplique indebidamente.

En los términos de la Enmienda Constitucional N° 45/04, la edición, el cancelamiento o la revisión de la *súmula* podrá verificarse mediante decisión de dos tercios de los miembros del Supremo Tribunal, de oficio o por provocación de los legitimados ya referidos (Art. 103–A, capit. y § 2º).

Es importante resaltar que, de acuerdo con la Ley N° 11417/2006, en el proceso de edición, revisión o cancelamiento de la *súmula vinculante* también podrá ser admitida la intervención de terceros *(amicus curiae).*

Tal como ya se permite en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad (Ley N° 9868/99), el Tribunal, teniendo en vista razones de seguridad jurídica o de excepcional interés público, podrá, por decisión de 2/3 de sus miembros (ocho Ministros), restringir los efectos vinculantes de la *súmula* o decidir que solo tenga eficacia a partir del momento que la Corte determine.

La posibilidad de revisión o cancelación de la *súmula* es de extrema relevancia, cuando se tiene en vista que es de naturaleza de la propia sociedad y del Derecho de estar en constante transformación. En ese sentido, se hace

---

VIII – Confederación sindical o entidades de clase de ámbito nacional; IX – Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del distrito Federal; X – Gobernador de Estado o del Distrito Federal; XI – Tribunales Superiores, los Tribunales de Justicia de Estados o del Distrito Federal y territorios, los Tribunales Regionales del Trabajo, los Tribunales Regionales Electorales y los Tribunales Militares.

imprescindible la posibilidad de alteración de las *súmulas vinculantes*, para que puedan adecuarse a esas necesidades, también de índole práctica.

Sin embargo, del mismo modo que la adopción de un informe vinculante no ocurre de un momento para otro, exigiendo que la materia haya sido objeto de reiteradas decisiones sobre el asunto, su alteración o modificación también exige una discusión cuidadosa.

Así, no procede el argumento de que el informe vinculante impide cambios que ocurren por demanda de la sociedad y del propio sistema jurídico, una vez que hay previsión constitucional de la revisión y revocación de sus enunciados.

Además, la revisión de la *súmula* propicia al eventual requeriente mayores oportunidades de superación del entendimiento consolidado del que el sistema de recursos en masa, que es respondido, también por las fórmulas masificadas existentes hoy en los tribunales.

IV. Cierre

Esos son los principales puntos que traducen en Brasil la lectura que se puede hacer al respecto de las relaciones entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.

Ciertamente fueron aquí revelados y sintetizados, en breves palabras, los caminos por donde podemos seguir en el sentido de una cada vez mayor aproximación entre los sistemas de jurisdicción constitucional iberoamericanos.

La adopción, en Brasil, de mecanismos como la *repercusión general*, que posibilita al Tribunal el filtraje de los casos que serán por él decididos, tal como un *writ of certiorari*, así como el desarrollo de la acción de incumplimiento de precepto fundamental, que puede asumir la manera de un típico recurso de amparo o de recurso constitucional (Verfassungsbechwerde), permitiendo el acceso directo a la Corte para la protección de los derechos fundamentales, pueden dar conformación, en los años siguientes, a un sistema cada vez más próximo a los modelos iberoamericanos de jurisdicción constitucional.

Agradezco una vez más a toda la organización de este evento y deseo la plena continuidad de ese fructífero intercambio de experiencias y culturas

constitucionales promovido por la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional.

Espero haber contribuido de alguna forma para esa desiderata.

¡*Muchas gracias*!

DE LA ABOGACÍA

Por Carlos S. Fayt (*)

1. El destino rara vez es injusto con los que luchan, los que no se dan por vencidos, los que perseveran, los que dueños de sí mismos, son fieles a sus ideales; con los que tienen clara conciencia de la dignidad de su profesión, se sienten contemporáneos del futuro y tienen, como profunda pulsión de la sangre, la incondicionada indignación y desprecio por la injusticia, la inequidad, la corrupción y la mentira. Con los que sienten que cada despertar es un génesis; que cada día tiene su tarea y cada tarea sus obreros y, superando las infinitas dificultades de la labor tribunalicia, asumen con responsabilidad su función de celosos auxiliares de la justicia. Con los que saben que tienen el deber de conocer la ley, la doctrina, la jurisprudencia y los procedimientos para defender a sus clientes, asegurar el orden jurídico y garantizar a la sociedad el imperio del derecho. Con los que son conscientes de ser artífices de una inmensa y siempre inconclusa obra de bien público: la de hacer posible, cada vez en mayor grado, la justicia entre los hombres. Con los que, sobreponiéndose al fracaso y a la adversidad, mantienen incólume su fe en el derecho y su optimismo en el triunfo final de los ideales que ennoblecen la vida; y siembran, siempre siembran, sin pensar ni detenerse a cosechar. El abogado nunca debe calumniarse a sí mismo, agraviar sus esfuerzos y sus energías, ni dudar de su vocación y sus aptitudes. Debe sí reciclar sus conocimientos, enriquecer su experiencia, acrecentar la profundidad de sus pensamientos y acumular enseñanza de sus errores y dificultades. Huir de lo que lo excede. No tomar un asunto cuyo conflicto se anude en un tema que no domine o frecuente, ni se sienta obligado a atenderlo por razones de parentesco, amistad, narcisismo o simple vanidad. Es una tarea apasionante conocer y respetar nuestros límites, disipar nuestras indecisiones y convertir en fuente permanente de prudencia, al sinceramiento con nosotros mismos.

(*) Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires. UBA.

Esa frecuencia de trato con la verdad, esa meditación aun sobre la medida más insignificante, nos auxiliará para evitar la improvisación, la desprolijidad y, en definitiva, el fracaso irreparable.

Debemos procurar ser amigos de la claridad y precisión del lenguaje. Es un instrumento para el ejercicio de la abogacía. Decir lo necesario, todo lo necesario, pero nada más que lo necesario. Claro está que esto no es fácil, que tenemos inclinaciones –a veces invencibles–, a enriquecer nuestra exposición con acopio de datos y de citas suponiendo que con ello vigorizamos nuestras proposiciones.

La impaciencia de los tribunales, producto del aumento exponencial de las causas, devorará esa riqueza y la convertirá en acumulación infecunda, centrando su interés en el nudo del problema, en el tema a decidir, y en la clara y precisa valoración de la prueba producida o la determinación de los vicios y las virtudes de la decisión recurrida. En todo alegato, expresión de agravios o recurso fundado, subyace una idea de justicia que no debe ser ahogada por un torrente de citas y precedentes innecesarios, para la diáfana comprensión de la verdad material y legal que puede asistir al litigante.

2. Don Ángel Osorio, quien fuera Decano del Colegio de Abogados de Madrid, como broche de cierre de sus lecciones sobre Ética de la Abogacía, dictadas en la facultad de Derecho de la Universidad de la Plata en 1942, entregó al foro su Decálogo que, en esencia, contiene una exaltación de la profesión de abogado en función de los grandes valores de la justicia, la libertad y la democracia. Cada una de las diez máximas, tiene la fuerza imperativa de un mandato. La primera: No pasar por encima de un estado de tu conciencia. La segunda: No afectes una convicción que no tengas. La tercera: No te rindas ante la popularidad ni adules a la tiranía. La cuarta: Piensa siempre que tú eres para el cliente y no el cliente para ti. La quinta: No procures en los Tribunales ser más que los magistrados, pero no consientas en ser menos. La sexta: Ten fe en la razón, que es lo que en general prevalece. La séptima: Pon la moral por encima de las leyes. La octava: Aprecia, como el mejor de los textos, el sentido común. La novena: Procura la paz como el mejor de los triunfos. La décima: Busca siempre la justicia por el camino de la sinceridad y sin otras armas que las de tu saber.

Para don Ángel, como lo llamábamos con afecto y admiración, la abogacía no era una consagración académica, sino una concreción profesional, por más conocimientos técnicos que se hubieran acumulado en la facultad de Derecho.

La razón es sencilla. Estaba profundamente convencido de que en las profesiones la ciencia no es más que un ingrediente y que junto a él operan la conciencia, el hábito, la educación, el engranaje de la vida, el ojo clínico, mil y mil elementos que, englobados, integran un hombre, el cual, precisamente por su oficio, se distingue de los demás.

Que en el abogado, la rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último. El abogado acumula en el ejercicio profesional caudales de previsión, de experiencia, de cautela, de paciencia, de abnegación, adquiridos a costa de trozos sangrantes de la vida. A verdad material, son abogados los que consagran su existencia al ejercicio diario de la profesión, los que ejercen permanentemente la abogacía. A su juicio, el abogado debe confiar en sí, seguir los dictados de su conciencia y poseer fuerza interior suficiente para "enfrentar constantemente la injusticia", no con soberbia sino con sensatez y prudencia.

Estar internamente preparado para resistir el asedio y aun el bloqueo de las sentencias injustas y saber cuándo alcanzan el punto crítico de la arbitrariedad; la errática reacción del cliente desagradecido o insensato; la desmesura del colega que patrocina a la parte contraria en un pleito y, sobre todo, los devaneos al azar de la justicia humana. La mente del abogado no puede estar enceguecida por el orgullo o la vanidad. Debe estar iluminada por la dignidad de quien defiende una causa y da un consejo convencido de "estar en lo cierto y en lo justo". Para don Ángel, el abogado pone el alma, toda entera, en el ministerio de la abogacía y quien no lo entiende así, debe abandonar la profesión, pues no encontrará en ningún lugar ni sitio, la fuerza interior, la fe, la convicción, el aliento, el estímulo para luchar cotidianamente por el imperio de la ley y el reinado de la justicia. En la formación de un abogado tienen prioridad, tanto como saber derecho, el conocer la vida, las urgencias y necesidades prácticas, la fuerza de las cosas, la trama y la urdimbre que hace posible la existencia de los hombres, todo lo que se incorpora a su conciencia bajo la forma de un sistema moral. Esa moral, en la abogacía, "no se cimienta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de conciencia", La prueba de fuego de la rectitud del abogado es la del momento de aceptar o rechazar una causa. Los conflictos son diversos. Entre ellos se encuentran los asuntos en que esa instancia moral que llamamos conciencia, nos indica que existen dudas "sobre la moralidad intrínseca" de la causa; sobre la moralidad de los medios "inevitables" para sostenerla; sobre la licitud o ilicitud de los razonamientos, es decir, sobre la tergiversación de los hechos, y la estafa

procesal; sobre la oposición del interior del abogado y el de su cliente; sobre si la función del abogado es servir a la justicia o la de servir al cliente.

La solución reside en la rectitud de conciencia del abogado, en su amor por la profesión, en la dignidad y la fuerza interior que lo impulsan a luchar, con coraje y energía, por la justicia. En "El alma de la toga", don Ángel Osorio destaca la nobleza de la abogacía, su jerarquía y su función pública, delicada y difícil, así como los deberes del abogado, su libertad, su señorío sobre sí y su entrega por entero a luchar por la libertad y la justicia. Une la personalidad con los valores del espíritu, para proporcionar no la imagen del abogado ideal, sino del abogado de carne y hueso, que tiene por tarea velar por el triunfo de la verdad y la justicia para hacer realidad el principio de que el hombre debe ser sagrado para el hombre.

3. Eduardo J. Couture en "Los mandamientos del abogado", enumera como imperativos los siguientes: 1°. Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado. 2º. Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando. 3º. Trabaja. La abogacía es una ardua tarea al servicio de la justicia. 4º. Lucha. Tu deber es luchar por el derecho, pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia. 5º. Sé leal. Leal para con tu cliente, al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal con el adversario, aun cuando él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú dices y que, en cuanto al derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tu invocas. 6º. Tolera. Tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieres que sea tolerada la tuya. 7º. Ten paciencia. El tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración. 8º. Ten fe. Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho; ni justicia; ni paz. 9º. Olvida. La abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota. 10°. Ama a tu profesión. Trata de considerar la abogacía de tal manera que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

Escritos en Montevideo, en 1949, constituyen un decálogo del ministerio del abogado y de la dignidad de la abogacía. Por cierto que, como quiso su autor, ordenan y comportan al mismo tiempo, mantienen alerta la

conciencia del deber y pueden adecuarse a las cambiantes circunstancias históricas, en razón de que la abogacía, a juicio de Couture, es al mismo tiempo arte, política, ética y acción. Como arte, sus reglas quedan libradas a la aptitud creadora del abogado; como política, en el conflicto entre la libertad y la autoridad, vela por el imperio de la ley y el Estado de Derecho; como ética, es un constante ejercicio de la virtud; como acción, es militancia en la lucha por la libertad y el respeto a la dignidad humana.

En rigor, podría decirse que la abogacía es una magistratura al servicio de la república democrática. ¿Qué abogado puede conocer en plenitud la totalidad del ordenamiento jurídico? El abogado –dice Couture–, como un cazador de leyes, debe vivir con el arma al brazo sin poder abandonar un instante el estudio del derecho, ya que una palabra del legislador puede convertir en polvo una biblioteca. De ahí que la abogacía requiere que se viva en eterno aprendizaje y que el estudio del derecho concluya al término de cada existencia individual. Cada demanda es un proyecto de sentencia; cada contestación una reposición. Una y otra, siempre son suma y compendio de tiempo, inteligencia, intuición, sensibilidad y acción y las piedras angulares de la ratificación o mutación de la jurisprudencia. La mayor parte de la labor del abogado está dedicada a la consulta, la rutina de los trámites y gestiones sin contradicción, o asuntos de jurisdicción voluntaria. Pero una parte de esa labor se relaciona con lo esencial del derecho y son los casos seminales, tanto por la gravedad de las situaciones como la complejidad o novedad jurídica de las soluciones, los que demandan, según Couture, erudición, sagacidad, aplomo, energía, visión lejana, autoridad y fe absoluta en el triunfo. Sin olvidar, por cierto, que el derecho es un medio y la justicia un fin, y que los ardides jurídicos pueden ser eficaces, pero no son justos.

Al final de la exégesis de sus mandamientos, Couture resume su profundo amor por la abogacía, reconociendo que la misma no es ciertamente un camino glorioso, está hecha, como todas las cosas humanas, de penas y exaltaciones, de amarguras y de esfuerzos, de desfallecimientos y de renovadas ilusiones. Pero reconoce en ella la gran virtud de ennoblecer la vida, de darle un sentido y una dignidad tal que nos lleve a acariciar la esperanza de que nuestro hijo elija, como destino, el ejercicio de la abogacía.

BASE SOCIOLÓGICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL MERCOSUR

Por Oscar B. Llanes Torres (*)

Como hipótesis a la tesis implementada del TPR, siendo su composición en la base de pluralidad de Estados soberanos en un concepto de Alfred Verdross: "Nos recuerda que el mejor criterio es el derecho de una comunidad de donde emanan las normas, una vez que tiene por objeto ordenamientos jurídicos concretos". Los ordenamientos jurídicos comunitarios consisten en un conjunto de normas que regulan las relaciones externas de los actores que componen este grupo internacional con todas sus variantes y variables.

El Derecho Mercosuriano presupone la existencia de factores que intervienen en la base social de sus miembros. El edificio jurídico del Mercosur esta construido sobre tres pilares definidos plenamente:

a) **Pluralidad de Estados Soberanos**: La pluralidad se manifiesta en la existencia de normas emanadas de los Estados Miembros, siendo necesario que los miembros tengan bases soberanas, esto significa estar directa e inmediatamente subordinados a un ordenamiento jurídico internacional estable.

Celso Mello continúa afirmando que si existiese pluralidad de Estados Soberanos, no habría un derecho comunitario, y sí, cualquier otra denominación como un Derecho Interestatal Subregional.

b) **Comercio Internacional**: El aforismo latino "*ubi commercium ibi jus*" nos retrata fielmente que donde existe comercio existe derecho; pues, una relación de comercio provoca inmediatamente el surgimiento de normas para regularlas. La diversidad de intereses individuales en el juego comercial

---

(*) Profesor Universitario y Diplomático Paraguayo.

proviene desde la más remota civilización; hoy, hombres y Estados establecen reglas para dirimir conflictos y salvar situaciones de enfrentamientos; los intereses comerciales se resumen a un único dato, *la utilidad*; su filosofía central y su práctica política deben ser siempre razones bastantes y suficientes para armonizar voluntades, satisfacer humores y apetitos de sus destinatarios. El beneficio del orden comercial y jurídico debe ser recíproco en un plan de igualdad y ecuanimidad.

c) **Principios Jurídicos coincidentes**: Las normas jurídicas *mercosurianas*, enmarcadas en procedimientos propios, buscan legislar para unas sociedades supuestamente homogéneas, no enfrentadas y sí puestas frente a frente como ya decía el poeta salvadoreño Roque Daltom: "No me quiero enfrentar, quiero estar frente a frente".

En el método académico para un análisis sistemático y serio implica el estudio de tres metodologías: deductivo, inductivo y mixto.

En nuestra cultura jurídica subregional se aplica el inductivo, utilizado por los doctrinadores positivistas que ejercieron notable influencia en nuestros sistemas, que partiendo de los hechos para la elaboración de las normas jurídicas pertinentes, en virtud de que el sistema jurídico subregional, presenta caracteres semejantes al derecho interno en cuanto a orden y normativo se refiere y la dotación de sanciones así como los conceptos comunes de actos ilícitos específicamente en la violación de una norma.

La deficiencia en el sistema jurídico de la región se caracteriza conforme señala Aguilar Navarro, por ser muy escasa en cuanto a número; son extremamente abstractas y son atributivas en el sentido de que otorgan competencia sin fijar la materialidad de la acción a ejecutar.

Otra interrogación que merece ser examinada es la de saber si las normas tienen la imperatividad necesaria o sus normas son simplemente dispositivas.

La admisión de existencia de normas imperativas que ya sustentaban Miaja de la Muela y Aguilar Navarro, seguida por gran parte de la doctrina contemporánea donde afirman perentoriamente que no puede existir "un sistema jurídico estable sin la imperatividad de la misma".

Finalmente, encontramos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) que en su artículo 53, que establece: la nulidad de

cualquier acuerdo que viole una norma imperativa del Derecho Internacional Universal y define como una norma que se acepta y reconoce por la Sociedad Internacional en su totalidad; como una norma donde no se admite derogación y que solo puede ser modificada por una nueva norma de carácter internacional.

El derecho, siendo una extensión de autocontrol, se vuelve un soporte externo para el instinto social del hombre contra las actividades antisociales de su instinto de autoafirmación; el derecho ejerce una presión psicológica en los individuos como herramienta capaz de equilibrar intereses adversos.

Desarrollo histórico: Antecedentes económicos y políticos del MERCOSUR

El 26 de marzo de 1991, se suscribió en la ciudad de Asunción entre las Repúblicas de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay de acuerdo a su artículo 23 se denomina Tratado de Asunción; de conformidad al artículo 19 su entrada en vigencia se produjo "treinta días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación". El Paraguay depositó su ratificación en la misma fecha que Uruguay, 1 de agosto de 1991, siendo el gobierno paraguayo el designado para recibir los instrumentos de ratificación. Argentina y Brasil procedieron en forma simultánea el 30 de octubre del mismo año. En consecuencia, de acuerdo a lo previsto en su artículo 19, el Tratado de Asunción entró en vigencia el 19 de noviembre de 1991.

La creación del Mercosur representa un proceso en plena evolución: estudiarlo como dice Gerónimo de Sierra–, supone confrontarse con algo que está sucediendo. Pues, Mercosur parte de la simple zona de libre comercio a un Mercado Común con su propia moneda regional única y todas sus implicancias, así como si la integración subregional debe limitarse a los aspectos comerciales y económicos, o por el contrario, si debe constituirse en un pacto de integración productiva, social, política, geopolítica, jurídica y cultural, que involucre a toda la sociedad y no solo a empresarios, o como dicen los expertos resumidos a los que exportan "Bienes Transables".

El Mercosur debe ser analizado como un proceso abierto en formación y es necesario reconocer que las presiones existentes de las nuevas técnicas de producción, así como la conformación de mercados amplios, constituyen relaciones de fuerza en el mercado, las conexiones políticas y técnicas de la burocracia de los actores sociales y sobre todo económicos en la trama de decisiones concretas de los gobiernos. Esta relación de ideas nos explica por

qué Estados Unidos de América y la propia cúpula de la Organización Mundial de Comercio constituyen hoy, aunque a veces en forma velada, serias reticencias a la profundización integral del MERCOSUR. Estamos, dice Gerónimo de Sierra, ante un problema en sí mismo original, que debe ser estudiado y explicado como tal, en vez de solo analizar sus efectos a posteriori".

El proceso de constitución del Mercosur se ha consolidado en 1995; es probable, dice la Coordinadora Eve Rimoldi de Ladmann, que presenciemos avances y retrocesos y que el camino que falta recorrer para solucionar los problemas que se plantean, no sea lineal. No será fácil transitarlo juntos, porque no siempre los objetivos de los Países Miembros serán coincidentes.

El Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Jaime Anaya, vaticinaba en 1993 que los enfrentamientos entre naciones nos conmueven y son resultantes de impetuosos movimientos disgregadores para fragmentar algunos Estados; en realidad no pasan de ser la eclosión de crisis de algunos regímenes políticos. De modo alguno, estos hechos y acontecimientos desvirtúan la tendencia integracionista de las naciones que se encaminan orientada por un mundo que lo impulsa a alcanzar proyecciones de carácter económico y político.

Nos parece irreversible el proceso hacia un mundo integrado en unidades regionales que buscan su desarrollo en grandes espacios geográficos para constituir a su vez grandes mercados.

El Mercado Común es una meta en estos procesos de globalización de las relaciones económicas y este es el objetivo expresamente señalado en el artículo 1º del Tratado de Asunción. Tenemos conciencia de que un Mercado Común se constituye con la eliminación de las barreras económicas y jurídicas al comercio y con la consideración de la zona como un solo territorio aduanero.

Para alcanzar metas, se deben extraer de la experiencia europea, esfuerzos e iniciativas para llegar al punto que hemos logrado, que no es por el momento un Tratado de Mercado Común, sino solamente un Tratado marco que establece los principios para llegar a constituirlo definitivamente. Esto nos coloca todavía a considerable distancia del Tratado de Roma a lo que los europeos llegaron lenta y gradualmente, pero esta distancia no nos hace olvidar lo que se avanzó en la región.

En 1960, se cumplió un primer paso hacia la integración regional, en una escala modesta, en sus proyecciones con el Tratado de Montevideo de aquel año, que dio origen a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio lamentablemente con parcos resultados prácticos. En 1980, otro Tratado de Montevideo, creó el régimen de ALADI, que preveía la posibilidad de lograr acuerdos de carácter parcial entre algunos de sus signatarios en ese marco, que emitió la creación de Mercados Comunes limitados encontraron legitimidad jurídica en el Tratado de Asunción, Cooperación y Comercio celebrado entre Argentina y Brasil en 1988, enarbolando la idea de la creación de un espacio económico común, y el acta de Buenos Aires de junio de 1990, creadora de un Mercado Común Argentino – Brasileño. Este documento previno su puesta en marcha el 31 de diciembre de 1994, estableciendo una comisión y una metodología para lograr tal fin.

La reunión de Brasilia del 1 de agosto de 1990, abrió el ingreso a este mercado a la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay, llegando de esta forma al 26 de marzo de 1991, cuando se firma el Tratado de Asunción.

Los signatarios del tratado de Asunción cursaron al Acuerdo General de Aranceles y Comercio; el Mercosur comprende un aérea de 11.800.000 km2, una población de 190 millones de personas, con un producto interno bruto cercano a 400 mil millones de dólares y un ingreso “per cápita”, de aproximadamente 2 mil dólares. El comercio exterior alcanzaba en 1990 exportaciones por 44.500 millones de dólares e importaciones por 23.400 millones de dólares, quedaba así descripta una base auspiciosa promisoria del Mercado Común que las partes desean constituir.

Jaime Anaya manifiesta que nos encontramos ahora frente al desafío de cumplir las etapas que deberán implementarse para que los instrumentos idóneos concreten los elementos que integran el Mercosur, que coinciden en lo general y en lo esencial con lo determinado en el artículo 3º del Tratado de Roma. Ellos están contemplados en el artículo 1° del Tratado de Asunción:

a) Libre circulación de bienes, servicios y factores productivos eliminando los derechos aduaneros y demás restricciones;

b) El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común;

c) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales;

d) El compromiso de armonizar sus legislaciones en las aéreas pertinentes.

Es de interés de este trabajo, en la consecución de los objetivos enunciados, en especial lo relacionado a la armonización legislativa, convocando a los hombres de derecho a formular programas estructurales y dar forma a los ordenamientos y reglas jurídicas adecuadas.

La institucionalización definitiva del Mercosur estará dotada de una organización sólida en cuanto a sujeto de derecho internacional a tal respecto podrá seguir el modelo determinado por los artículos 210 y 211 del Tratado de Roma. Asimismo, deberá pronunciarse si existiera un régimen jurídico comunitario y tendrá un cuerpo orgánico y un consejo de Ministros con amplias competencias, siguiendo los lineamientos de los artículos 145, 154, 155 al 166 del Tratado Europeo.

Resaltamos las exigencias de definir una jurisdicción del Mercosur que dote de efectividad al Derecho Comunitario y asegure la uniformidad interpretativa tal como se hizo en Europa a partir del artículo 164 del Tratado de Referencia.

Tras estas grandes definiciones, que al culminar el período de transición, fijarán los alcances y darán fundamento al sistema de mercado, subsistirían tareas permanentes para el aérea jurídica en lo concerniente a la búsqueda e implementación de la armonía legislativa, que será indiscutiblemente requisito para un buen funcionamiento.

La problemática espera las respuestas de los hombres de derecho para detectar las dificultades jurídicas que en diversas materias se plantean a la integración, caben citar, como ejemplo, el elenco de reglas relativas a las empresas individuales y societarias, las formas jurídicas bajo las cuales se consentirá la actuación transnacional de las empresas, la posibilidad y la conveniencia de establecer un estatuto comunitario de la región; así como, la fijación de algunas reglas comunes para las sociedades constituidas o que se constituyan en la región de acuerdo con la legislación de algunos de los estados integrantes de Mercosur, el marco jurídico a las vinculaciones asociativas no societarias, las uniones transitorias, las asociaciones de colaboración o consorcios empresariales, la disciplina a los transportes, los seguros, los negocios internacionales, los títulos circulatorios, los instrumentos de pagos, las operaciones bancarias, la transferencia de tecnología, etc.

El Tratado de Asunción, en la visión de quien suscribe este trabajo, estaba vaticinando en un destino de grandeza en el logro mayor de una integración regional enmarcada en la cooperación plena, donde la disputa no es competición ni enfrentamiento y sí solidaridad efectiva e intensa, hacia un mundo de apertura de amplios Mercados Económicos, en donde el desarrollo está subordinado al avance tecnológico industrial y las posibilidades competitivas requieren la nueva cultura de la calidad e inserción en economías de mayor dimensión.

Confesamos sin rubor nuestra coincidencia con Jaime Anaya que el punto de partida radica en la grandeza de espíritu, de solidaridad y la disposición generosa de los Estados de mayor desarrollo con los asimétricamente desiguales.

Escenario del MERCOSUR

El Mercosur políticamente transita desde el 1 de enero de 1995 Al respecto existen dudas y cuestionamientos si avanzar en ese proceso que los juegos políticos y las crisis económicas provocan sobresaltos, sin preocupar. Existen sectores empresariales afectados que presionan a sus gobiernos para aprobar medidas proteccionistas y esto es marco común entre los Estados Miembros.

Por otra parte, la inestabilidad política y problemas económicos que sortean; las dos grandes potencias del bloque hacen crecer la inquietud y formular vacilantes recomendaciones que parecen más paliativos que medicinas saludables.

El escenario actual, es que los especialistas analizan con cierta incertidumbre el panorama hacia el éxito que el proyecto pueda alcanzar en los plazos convenidos.

La constitución de Mercado Común es solo un medio para alcanzar un objetivo, que a criterio de los negociadores es prioritario; competir, o mejor, compartir en forma eficiente los mercados que se presentan en el escenario mundial. Frente a esta necesidad, formulamos la siguiente pregunta: ¿Existe una estrategia mejor a la existente o una alternativa mejor? Si la respuesta es afirmativa, entonces cómo implementar el alcance de esa estrategia. Algunos hacen la sugerencia de que la mejor estrategia o alternativa está en la Unión Europea y otros en la Nafta.

Sin prejuicios de establecer parámetros diferenciales, las alternativas no son excluyentes, pues pueden avanzar las negociaciones hacia un criterio de interés común que se satisfaga plenamente. Los móviles y los motivos que se esgrimen dependerán del manejo de las herramientas con que cuentan los actores para empuñar las espadas adecuadas en un juego de habilidad y destreza. Llevemos en consideración en este aludido escenario que se ha puesto énfasis en las asimetrías existentes el costo de los energéticos, los costos laborales, las diferencias en las cargas fiscales, que impiden disminuir los precios para lograr que los mismos sean competitivos con relación a otras fuentes de producción. Estos son argumentos que se oponen al Mercosur o retardan el nacimiento del Mercado Común.

La "voluntad política" de lograr la integración existe; las autoridades gubernamentales de los cuatro Estados, no obstante algunos titubeos, ratifican los propósitos esperanzadores.

Eve Rimoldi de Ladmann encontró argumentos que permiten dar una respuesta optimista:

a) Las circunstancias del contexto internacional que conocemos son diferentes: la tendencia a la constitución de bloques es innegable; las uniones económicas del Sudeste Asiático obligan a una competencia coordinada, que no pueden afrontar los Estados aisladamente;

b) La interdependencia en el mundo actual conduce también a la cooperación para solucionar los problemas que exceden las fronteras convencionales de los Estados – Nación, tal como están organizados, obligando a los Gobiernos a implementar decisiones en forma compartida;

c) La participación de los Estados más desarrollados del Mercosur en el Mercado global es hoy múltiple, lo que favorece su inserción en el mismo como bloque.

Por otra parte, el hecho de que nuestros Estados integren una estructura regional, otorga a los inversores mayor seguridad contra decisiones gubernamentales políticas o económicas reversales;

d) El Estado se obliga a partir de un Tratado Internacional y tiene que dar cuenta de las modificaciones que introduzca o del incumplimiento de sus disposiciones, generando una responsabilidad ante otros Estados que presionarán para lograr que se respeten las normas acordadas;

e) Por otro lado, se reafirma la necesidad de la "Estabilidad jurídica", presupuesto incuestionable de cualquier inversión, completando así el tercer pilar de un proceso de integración que, en el entendimiento de Eve Rimoldi de Ladmann, necesita para afianzarse la "estabilidad política y la estabilidad económica", sin las cuales no podrá alcanzarse. Existe, sin embargo, una interrelación entre esas variables que se refuerzan mutuamente;

f) Los Estados Miembros, están obligados a "poner la casa en orden"; es decir, adecuar su legislación y procedimiento a las exigencias del intercambio regional, factores que contribuyen a la seguridad jurídica. Aun cuando no se alcancen las metas en los plazos previstos, este logro beneficia al comercio;

g) En el sistema interno, los acuerdos a los que se arriba en el MERCOSUR, dan una base de apoyo a los gobiernos contra la acción que ejercen los grupos de presión para obtener decisiones de carácter proteccionista, permitiéndoles al mismo tiempo apoyar a las empresas que estén dispuestas al cambio.

Bibliografía

Celso D. Albuquerque Mello, Dereito Internacional Público Volumen.1. 6ª Edición. Editora Freitas Bastos. 1978. Río de Janeiro. Paginas 25/36.

Wilfrido Fernández de Brix, El nuevo Tribunal Arbitral del Mercosur, Ponencia presentada en el Seminario "Aplicación del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias del Mercosur", Asunción Paraguay, 10, 11, de marzo de 2005, Fundación Konrad Adenauer, páginas 1/13, numerales 2/22.

Jorge Antonio Giammattei Aviles. La Centroamérica Comunitaria. Su Sistema Jurídico Institucional, Editora La Imprenta S.A. Managua – Nicaragua. Centroamérica, marzo de 2000, Páginas 18/71- 173/191- 557/71- 124/142.

Alfredo Martínez Moreno. Temas de Derecho Internacional y Otras Cuestiones Jurídicas. Sección de Publicaciones de la Corte, 2002, San Salvador, El Salvador, páginas 315/321.

Jorge Pérez Otermin. Solución de Controversias del Mercosur, Simposio sobre un Tribunal de Justicia para el Mercosur, Organización de los Estados Americanos, Montevideo, 1992, Páginas 15/17/18/20/23/49/55.

Eve Rimoldi de Ladmann (Coordinadora), Mercosur y Comunidad Europea. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, páginas 11-115/124.

Roberto Ruiz Díaz Labrano. Organizador y Compilador. Mercosur – Unión Europea, Intercontinental Editora, Asunción, Paraguay, 2001, Páginas 87/97; 213/222 (Edson Nélson Ubaldo); 243/254 (Miguel Angel Ciuro Caldani); páginas 223/239 (Mario A. R. Midon).

Gerónimo de Sierra. Compilador. Colección. Grupo de Trabajo de CLACSO, Mercosur e Integración, Buenos Aires Argentina, 1ª Edición 2001, páginas 11/19; Jorge Schvazer, página 21/38; Miguel Serna, página 91; Albero D Cimadamore, página 229.

Oscar B. Llanes Torres – Derecho Internacional Público – Instrumento de las Relaciones Internacionales México, 1984, Derecho Diplomático – Teoría y Práctica, México, 1984.

LA CASACIÓN CIVIL, UNA DEUDA PENDIENTE

Por Miguel Oscar Ramón Bajac Albertini (*)

La doctrina suele clasificar los recursos en ordinarios y extraordinarios, y por sus efectos en suspensivos y no suspensivos. El de casación tiene efecto suspensivo. En el procedimiento civil hay apelaciones que no tienen efecto suspensivo, sino al solo efecto devolutivo.

Los recursos ordinarios son aquellos que pueden promoverse en cualquier estado del procedimiento salvo la decisión final que se pronuncia sobre el fondo de la cuestión; ahora bien, los extraordinarios son los que excepcionalmente se aplican y solamente para casos de sentencias definitivas o autos interlocutorios que pongan fin a un procedimiento. Entonces, cuando el procedimiento puede continuar se promueven los recursos ordinarios; en cambio, son objetos de recursos extraordinarios y de casación, las decisiones judiciales que pongan fin a un procedimiento.

El recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley o que ha sido dictada en un procedimiento que no ha cumplido las solemnidades legales. Su fallo le corresponde a un tribunal superior de justicia y, habitualmente al de mayor jerarquía, como el Tribunal Supremo. Sin embargo, en ocasiones también puede encargarse del recurso un órgano jurisdiccional específico

El origen de este mecanismo se puede encontrar en el Derecho francés. La palabra “casar” proviene del latín *casare*, que significa abrogar o derogar. Por su parte, “*casación*” proviene del término francés *cassation*, derivado a su vez de *casser*, que se traduce como anular, romper o quebrantar.

(*)Profesor Asistente de Derecho Civil (Contratos), Filial Coronel Oviedo.

El recurso de casación es un intento por parte de quien recurre de demostrar que su conclusión posee mayores y mejores razones, es más adecuada que la conclusión del pronunciamiento, o, dicho de otra manera, posee mejores argumentos que los dados por el sentenciante.

Se ha dicho que argumentar significa "ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión", pues, "los argumentos son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones".

Los argumentos tienen distintas funciones. Cuatro reconocen importancia en el marco del estudio propuesto. Aquéllos que se utilizan para destruir, alterar, modificar, anular otros argumentos; aquéllos que se utilizan para explicar de qué manera se verifica el error en la argumentación contraria o es menos plausible; aquéllos que se usan para indagar en torno a una cuestión que nos interesa presentar y, por último, aquéllos que utilizamos para defender, dar fortaleza y consistencia a la propuesta, de tal suerte que ésta posea mayor plausibilidad que la del pronunciamiento que se ataca.

Así, resulta adecuado que en la propuesta recursiva los argumentos del recurrente destruyan, superen, modifiquen los argumentos que sustentan o dan base a los fundamentos de la decisión.

Existen importantes diferencias entre un recurso de casación y una apelación, dada su naturaleza y la excepcionalidad de presentar un recurso ante el órgano jurisdiccional de mayor importancia jerárquica.

Mientras en la apelación se puede revisar el Derecho y los hechos del juicio, siendo constitutiva de instancia; la casación solo se refiere al derecho y no constituye instancia.

Sin embargo, en los ordenamientos en que se tiene en cuenta el agotamiento de la capacidad de revisión de los tribunales de casación, la diferencia entre ambos recursos queda supeditada a las resoluciones judiciales que se pretende revisar o anular, según el caso.

Ahora bien históricamente en nuestro país, durante el tiempo que estuvo vigente la Carta Política de 1940, sancionada en la época del gobierno de José Félix Estigarribia, se puede encontrar como antecedente del recurso de casación el instituto del Anteproyecto del Código de Organización Judicial presentado a la Comisión Nacional de Codificación por el Dr. Juan José Soler en enero de 1961. En el Art. 64 inc. 18 in fine del mencionado anteproyecto,

el destacado jurista nacional "da por sentado que el recurso ha de ser incorporado a nuestro sistema de impugnaciones", y como antecedente inmediato el instituto casatorio es consagrado constitucionalmente en el inc. 6 del artículo 259 de la Carta Magna, que preceptúa: conocer y resolver en el recurso de casación, en la forma y medida que establezca la ley.

En este sentido la Ley 609 del 23 de junio de 1995, que organiza la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con la norma constitucional citada, confiere a la Corte Suprema de Justicia actuando en pleno la atribución de entender en los recursos de casación que se planteen en los juicio a tenor de las leyes de procedimiento que rijan la materia.

En el Paraguay hubo varios intentos por introducir el Recurso de Casación dentro del proceso civil; es así que posterior a la promulgación de la Constitución Nacional de 1992, se presentó al Congreso Nacional el proyecto de Ley "Que crea el Recurso de Casación y lo incorpora al Código Procesal Civil", de parte del Diputado Augusto Brun, quien al hacer su presentación manifestó "que este recurso reviste la categoría de extraordinario, por lo que deben reunirse necesariamente ciertos requisitos para que la resolución objeto del mismo resulte impugnable, ya que se presume que los intereses de las partes se hallan suficientemente garantidos en las demás instancias por las normas procesales, y que su regulación se le atribuye únicamente el efecto rescindente (iudicium rescindens), característica de los recursos ordinarios, y que excepcionalmente en algunas legislaciones se le atribuye a este recurso, siguiendo el temperamento dominante entre los autores", siguiendo su itinerario legislativo el citado proyecto fue girado a la Cámara revisora (Senadores) quien le otorgó su aprobación en fecha 24 de marzo de 1993, sancionándose la Ley N° 159 "Que crea el Recurso de Casación y lo incorpora al Código Procesal Civil", en fecha 22 de abril de 1993.

Pero sin embargo, haciendo uso de sus atribuciones constitucionales el Poder Ejecutivo formuló objeción parcial a través del Decreto Nro. 19.252 de fecha 11 de mayo de 1993, siendo devuelto posteriormente al Congreso Nacional para que ambas Cámaras estudiasen y se pronunciasen sobre las objeciones parciales formuladas, el proyecto de ley fue archivado sin que hasta la fecha fuera nuevamente estudiado.

Es importante destacar que en el afán de modernizar la estructura funcional de las instituciones la Corte Suprema de Justicia, comisión mediante ha culminado el "Anteproyecto del Código General de la República del Paraguay", donde se destaca como una de sus principales innovaciones la de su-

primir la tercera instancia ante la Corte Suprema de Justicia y la inclusión en reemplazo de esta del Recurso de Casación.

Los nuevos tiempos que nos tocan vivir, exigen un mayor esfuerzo para lograr los objetivos trazados, nuestro orden jurídico organizado está mostrando la complejidad y vastedad de la vida jurídica paraguaya, haciendo necesario que contemos con los medios impugnativos adecuados para hacerles frente como lo es el Recurso de Casación en materia civil, deuda política del cual hoy nos vemos vedados.

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Por Luis Fernando Sosa Centurión (*)

Desde el punto de vista jurídico la autonomía universitaria desarrolla la facultad de gobernarse por sus propias normas de Derecho. Es gozar de independencia como potestad constitucional, dentro de un Estado, que tiene una entidad de Derecho, para dictar por medio de un gobierno propio, las normas jurídicas que regularán su existencia (Larrouse – Diccionario de la lengua española – Ramón García Pelayo y Gross – 1995).

Es en este sentido que la "Universidad" como institución de enseñanza superior constituida en varios centros docentes y por los que se confieren grados académicos/científicos, ha luchado desde la más remota antigüedad; cítese a Salerno – Italia – siglo XI, siguiendo por Bologna (1119), Heidelberg (1385), Alcalá de Henares (1508), y antes Salamanca (1220), entre otras. Y, en el Río de la Plata, Buenos Aires (1821), La Plata (1890) y Asunción (1889).

La República del Paraguay en su condición de signatario de la Declaración del Milenio (ODM–ONU), asumió los objetivos y metas del plan de crecimiento económico con equidad, y de estrategias de lucha contra la pobreza, la desigualdad y la exclusión social (año 2004).

Que la educación en general, y la superior en particular, son instrumentos esenciales para enfrentar exitosamente los desafíos del mundo moderno. El conocimiento es un bien social que solo puede ser generado, transmitido,

---

(*) Profesor Titular de Finanzas Públicas, Exmiembro de la Corte Suprema de Justicia, Profesor Adjunto de Derecho Agrario, Profesor Asistente de Derecho Constitucional Nacional y Comparado, Profesor de Análisis Político-Financiero (Esc. de Ciencias Políticas).

criticado y recreado, en beneficio a la sociedad, en instituciones plurales y libres, que gocen de Plena Autonomía y libertad académica, pero que posean una profunda conciencia de su responsabilidad y una indeclinable voluntad de servicio en la búsqueda de soluciones a las demandas, necesidades y carencias de la sociedad, a la que se debe rendir cuentas, como condición necesaria para el pleno ejercicio de la Autonomía (UNESCO).

Antecedentes históricos de la Universidad Nacional de Asunción en su evolución normativa

La Universidad Nacional de Asunción, en sus orígenes, se remonta en la post guerra de la Triple Alianza. Esta contienda bélica de características "catastróficas", imponía especial atención a la educación de la población infantil y adolescente. En la educación secundaria la creación en 1877 del Colegio Nacional de la Capital constituyó un centro de excelencia educativa. Allí se formaron las mentes más eruditas de la vida política nacional.

En puridad, la Universidad Nacional de Asunción se crea por Ley del 24 de septiembre de 1889, dictada por el Congreso como primera Ley de Educación Secundaria y Superior. En sus inicios se contaron con las Facultades de Derecho, Medicina y Matemáticas, si bien fue la de "Derecho" la que funcionó con regularidad. La segunda Ley de Educación Superior fue sancionada el 18 de octubre de 1892. El reconocimiento de la personería jurídica y de la Autonomía de la Universidad Nacional de Asunción, aparece con la Ley Nº 1048 del 21 de junio de 1929.

La Ley N° 356/56 estableció la Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Asunción, y la Universidad se constituyó en una Entidad Autónoma de Derecho, sin otras limitaciones que las establecidas en la Ley (cultivo de la educación a través de la enseñanza, difusión de la ciencias, las letras, las artes, la formación de investigadores especializados en diferentes conocimientos, y particularmente se consagra la extensión universitaria).

Por la Ley N° 828 del 11 de noviembre de 1980, se ha organizado la enseñanza superior, posibilitando al Poder Ejecutivo la creación de Universidades necesarias en cualquier región del país, conforme a la Política Educativa. Esta Ley determinaba el gobierno de la Universidad, en su funcionamiento, los títulos o diplomas a ser expedidos y ratificaba la Autonomía Universitaria. Con la Ley Nº 1291/87, se mantenía en vigencia la Autonomía Universitaria, sobre la personalidad jurídica de Derecho Publico; se amplía la integración de la Universidad con otras unidades académicas (Facultades, Insti-

tutos, Escuelas y Centros de Enseñanza Superior), de Investigación Científica y Artística, conservándose la estructura de la Ley Nº 356/56.

A partir de la Constitución Nacional de 1992, se tiene un avance significativo, pues la propia Carta Magna es la que impone características de la Autonomía Universitaria en el orden: Académico, de Gobierno y Economía. A partir de entonces, cualquier modificación de leyes no puede apartarse de la Constitución Nacional, bajo riesgo de resultar inconstitucional. Queda excluida la pretensión del Art. 7º del Código Civil – Ley 1183/85.

La Ley de "Universidades", N° 136 del 11 de marzo de 1993, establece que tanto las universidades públicas como las privadas, serán creadas previo dictamen de aprobación del "Consejo de Universidades", siempre que llenen los requisitos legales. El status juris para el cumplimiento de sus finalidades, consagra la Autonomía de las mismas. Desde el 20 de junio de 1992, en que entra en vigencia la nueva Constitución Nacional, las Universidades han dejado la injerencia del Poder Ejecutivo y "libre voluntad de los legisladores".

La Constitución Nacional y el Derecho Administrativo

La Constitución Nacional en su Art. 79 determina el rango de garantía constitucional a la Autonomía. Y, lo hace en los siguientes términos: "De las Universidades e Institutos Superiores: La finalidad principal de las universidades y de los institutos superiores será la formación profesional superior, la investigación científica y la tecnológica, así como la extensión universitaria. Las universidades son autónomas. Establecerán sus estatutos y formas de gobierno y elaborarán sus planes de estudio de acuerdo con la política educativa y los planes de desarrollo nacional. Se garantiza la libertad de enseñanza y de la cátedra. Las universidades, tanto públicas como privadas, serán creadas por Ley, la cual determinará las profesiones que necesiten títulos universitarios para su ejercicio

A su vez, la Ley N° 136/93 aclara los alcances constitucionales al decir en su Art. 1°, que: "Las universidades integradas al sistema educativo nacional son instituciones autónomas de estudios superiores, de investigación, de formación profesional y de servicios, creadas a propuesta del Estado o de entidades privadas o mixtas". El Art. 2° enfatiza sobre los "fines"; el Art. 3° establece que para el cumplimiento de sus fines, será en "... base del principio de la libertad de enseñanza y de cátedra". Las Universidades, pues, deberán "a) Brindar Educación a nivel superior, estimulando el espíritu creativo y crítico de los profesores y estudiantes mediante la investigación científica y

tecnológica y el cultivo de las artes y de las letras; b) Formar a los profesionales, técnicos e investigadores necesarios para el país, munidos de valores trascendentes para contribuir al bienestar del pueblo; c) Poseer y producir bienes y prestar los servicios relacionados con sus fines...", entre otros.

Que lo más importante resulta cuando la Ley 136/93, en su artículo 5° aclara: "La autonomía reconocida por esta ley a las universidades implica fundamentalmente la libertad para fijar sus objetivos y metas, sus planes y programas de estudio, de investigación y de servicios a la colectividad, crear unidades 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". Así, entonces, debemos remitirnos a la Resolución N° 5224–00–96, del Consejo Superior Universitario, que sancionó el Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción.

El Estatuto vigente de la Universidad Nacional de Asunción, en su Art. 1° taxativamente dice: "La Universidad Nacional de Asunción es una Institución de Derecho Público, Autónoma, con personería jurídica y patrimonio propio". En cuanto a los "fines (Art. 2°) expone: a) El desarrollo de la personalidad humana inspirada en los valores de la justicia, la democracia y la libertad; b) La enseñanza y la formación profesional superior; c) La investigación en las diferentes áreas del saber humano; d) El servicio de la comunidad en los ámbitos de su competencia; e) El fomento y la difusión de la cultura universal y, en particular, de la nacional; f) La extensión universitaria; g) El estudio de la problemática nacional".

Esta última concepción normativa constituye la aplicación del Constructivismo Social de Seminovich Vygotsky, en que para la sustancia educativa, se destaca lo social, tanto en el origen y desarrollo de la conciencia humana, como en el carácter de los procesos educativos. Lo social como epítome de lo humano y como esencia de la investigación y extensión universitaria.

Como vemos, la vertiente constitucional del Art. 79, es desarrollada plenamente por los Estatutos vigentes. El artículo 5°, manifiesta: "La autonomía implica la plena capacidad de la Universidad Nacional de Asunción para dictar los estatutos y normas que la rijan, determinar sus órganos de gobierno, elegir autoridades, ejercer las funciones de docencia, investigación y extensión, y las actividades administrativas y de gestión que en consecuencia sean desarrolladas".

Que como puede verse, la Autonomía deviene originariamente de la Constitución Nacional, no de la ley ordinaria, pues esta no puede adaptarse a ella, y queda vedada la posibilidad de ser alterada por otra ley (Debería modificarse la Constitución Nacional del año 1992).

La Autonomía como institución jurídica en el Derecho Administrativo: La necesidad de limitar los excesos del soberano (Poder Público, Estado), ha instaurado el ideal democrático, con las distintas formas de limitar ese poder. Tanto la seguridad como la previsibilidad Jurídica, reclaman límites de la competencia de los órganos del Estado. Entendida según Tomas Hutchinson, como la "aptitud legal de obrar por parte de los mismos, constituyen garantías esenciales para el administrado. Así mismo, esa relimitación hace a la instauración del sistema de toma de decisión y gestión, acordes con una escala de valores dominantes", que en este caso emergen de la propia Constitución Nacional de 1992. Y prosigue Tomás Hutchinson: "...la elección de un sistema universitario autónomo, no refleja tan solo un modelo educativo Es muestra, principalmente, de una concepción del rol del conocimiento de cara a quienes ejercen el poder, así como entraña una decisión acerca de cual de los términos de la educación debe primar ante una tensión que parece inevitable..."; se refiere a la institucionalidad creada, cuando se la desconoce (Colección de Análisis Jurisprudencial, Elementos de Derecho Administrativo, La Ley, págs. 254 y sgtes. Bs As., Rca. Argentina 2003).

Carlos Sánchez Viamonte es de parecer que "La Autonomía Universitaria, consiste en que cada Universidad Nacional se dé su propio estatuto, es decir sus propias instituciones internas o locales, y se rija por ellas, elija sus autoridades, designe a los profesores, fije el sistema de nombramientos y disciplina interna. Todo esto sin interferencia alguna de los poderes constituidos que forman el gobierno del orden político (Ejecutivo y Legislativo). No es posible decir lo mismo respecto al Poder Judicial, porque no escapa a la jurisdicción ninguno de los problemas jurídicos institucionales que se puedan suscitar en la Universidad". Obra citada *up-supra*.

En consecuencia, cuando se trata de Universidad Nacional de Asunción, la única forma de crear facultades, institutos superiores y filiales, como las supresiones de las mismas, deben surgir de la potestad del Consejo Superior de la UNA (ello constituye una facultad exclusiva y excluyente). No es facultad de otra institución del Estado, o poder del mismo, pues atentaría contra la "libertad de enseñanza y de cátedra", reconocida a las "Universidades" como piedra angular de su autonomía. El Poder Legislativo no puede

exceder sus facultades “regulatorias”, fuera de la Constitución Nacional, pues la interpretación de la misma es atribución del Poder Judicial.

Fallos de la Corte Suprema de Justicia

Existen numerosos fallos de la máxima autoridad judicial, consagrando la “Autonomía Universitaria”. Este conjunto constituye ‘jurisprudencia” de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

a) Acuerdo y sentencia N° 148 del 13 de julio de 1995.
b) Acuerdo y sentencia N° 373 del 22 de noviembre de 1995.
c) Acuerdo y sentencia N° 153 del 25 de junio de 1998.
d) Acuerdo y sentencia N° 441 del 18 de diciembre de 1998.
e) Acuerdo y sentencia N° 1064 del 27 de julio del 2004.

En esta última resolución de la Corte Suprema, se deja claramente establecido que la autonomía no se limita a cuestiones académicas, al decir: “La Ley N° 136 del 29 de marzo de 1993, de Universidades, es una Ley, y como tal modificable, restringible, ampliable y derogable. Sin embargo, cuando una ley, y este es un caso, reglamenta una o más disposiciones constitucionales, puede obviamente ser modificada, restringida, ampliada y hasta derogada, pero nunca para sustituirla por otra que contraríe o desnaturalice el mandato constitucional (Art. 137 C.N). En este sentido opino que el Art. 1° de la ley de la Función Publica, en lo específico, es inconstitucional respecto a la Universidad Nacional de Asunción, y lo es porque la UNA es Pública y Autónoma, y la Autonomía Universitaria no puede entenderse con sentido estricto, esto es, en el aspecto meramente académico”. Es decir, se extiende a todo el patrimonio cultural, científico, técnico, humano financiero, inmobiliario, necesarios para el cumplimiento de sus fines.

Como ya se había visto, el Art. 79 de la Constitución Nacional infiere que por consecuencia de la autonomía establece sus Estatutos y formas de gobierno.

Patrimonio de la Universidad

Atento al Estatuto de la Universidad Nacional de Asunción, aprobado por el Acta N° 4 A.S. N° 4/12/8/2005, Resolución N° 13-00-2005, Art. 133, que dice: “El Patrimonio de la Universidad Nacional de Asunción se compone de: a) El fondo que se integre con las asignaciones destinadas a constituir-

lo; b) Los bienes, muebles e inmuebles que le pertenezcan; c) Los bienes que se le otorguen por herencia, legados a donaciones; d) Toda clase de valores que se incorpora a su patrimonio por cualquier titulo; e) el producto obtenido de la enajenación de los bienes, muebles e inmuebles excluidos del servicio, conforme a las leyes; f) La suma global que anualmente se le destine en el presupuesto general de la nación para el mantenimiento e incremento de sus servicios; g) Las regalías, frutos, rentas e intereses de los bienes que forman su patrimonio; h) Los aranceles universitarios; i) Los derechos y cuotas que por sus servicios recaude". Como puede apreciarse, el concepto global del Presupuesto General de Nación, concedido a la Universidad Nacional de Asunción, forma el Patrimonio como un todo intangible. Es pues, uno de los fundamentos de la autonomía universitaria. Lo contrario es hacerla depender de intereses grupales, regionales, políticos; practicas que no serían aconsejables.

Recientemente, una ley, la N° 3208/07, en su Art. 2° dispone con carácter de inconstitucionalidad lo siguiente: "Integrarán el patrimonio de la Universidad Nacional de Villarrica del Espíritu Santo, los bienes muebles e inmuebles y los rubros presupuestarios que le son asignados, necesarios para la realización de sus fines que actualmente se encuentran usufructuando y que constituyen patrimonio de la Universidad Nacional de Asunción, Filial Villarrica". En puridad de verdad, se está disponiendo de toda la filial de la Universidad Nacional en Villarrica. Dicha determinación constituye una confiscación, sin ninguna compensación al patrimonio de la Universidad Nacional de Asunción.

Es por esta situación que la Universidad Nacional de Asunción ha deducido "acción de inconstitucionalidad" en contra del Art. 2° de la Ley N° 3208/07 "Por el cual se crea la Universidad Nacional de Villarrica del Espíritu Santo". A la vista, que le fuera corrida a la Fiscalía General del Estado, en dictamen N° 929 del 2 de agosto de 2007, se lee: "Por otro lado, es importante referirnos también a la personería jurídica de la Universidad Nacional de Asunción. En ese sentido, el Código Civil, en el Art. 91, el cual fuera actualizado por Ley N° 388/94, establece en el inc. e) Que las universidades son personas jurídicas, en este caso de derecho público. Pues bien, el extinto Prof. Villagra Maffiodo, en su ya clásica obra "Principios de Derecho Administrativo", apunta: "La personalidad jurídica es de carácter eminentemente patrimonial, pero se la otorga a ciertas instituciones administrativas con el objeto de garantizar su autonomía. Es el caso de la Universidad Nacional, que tiene la función de reglamentar la enseñanza superior, la que no podría cumplir sin un patrimonio propio, capacidad para contratar, etc. dentro de la persona del

Estado. Véase Villagra Maffiodo, Salvador. Principios de Derecho Administrativo, Editorial El Foro. Asunción, 1981, pág. 138.

Ante el concepto de Patrimonio Propio, se tiene al acto administrativo consecuente a la Ley N° 3208/07, que: a) ¿Cuál seria el efecto de legalidad de la cesión o transferencia de bienes inmuebles de la Universidad Nacional de Asunción a la otra Universidad Pública, apropiándose de toda la infraestructura física de las filiales de distintas unidades académicas?; b) Se ajusta a derecho ¿que funcionarios nombrados al desempeño de funciones "publicas" de la Universidad Nacional de Asunción", pasen a cumplir funciones en otra universidad pública a crearse?

Obviamente, las mutaciones constitucionales en su proyección siguen ocurriendo por la actividad parlamentaria, pues una nueva ley con N° 3315 fue promulgada el 19 de setiembre de 2007. La misma "aprueba la Carta Orgánica de la Universidad Nacional de Villarrica del Espíritu Santo, creado por Ley N° 3208/07". Y, en consecuencia, la Universidad Nacional de Asunción, el 10 de octubre de 2007, deduce Acción de Inconstitucionalidad contra los artículos 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108 y 109 de la ley N° 3315/07, por ser violatorios de los artículos 79, 46, 47, 74 y 137 de la Constitución Nacional vigente.

La Ley N° 3315/07 pretende ejecutar la Ley N° 3 208/07, que crea la Universidad Nacional de Villarrica del Espíritu Santo, en donde por el Art. 2° despojaba los recursos patrimoniales de la Universidad Nacional de Asunción en beneficio de la nueva entidad. Contra esta disposición legal se había deducido con anterioridad una acción de inconstitucionalidad, que radica en tramite; y la Corte Suprema de Justicia, había dictado el A.I N° 1089 del 3 de julio del 2007 (Sala Constitucional), donde se disponía la SUSPENSIÓN de los efectos jurídicos del precitado Art. 2° de la Ley N° 3208/07.

Ante la situación señalada, presenciamos claros atentados a principios y garantías constitucionales, y por ello carecen de validez y no pueden producir efectos jurídicos contra la Universidad Nacional de Asunción (Art. 137 de la Constitución Nacional vigente).

Así pues, entendemos que la acción legislativa, aun con la misión de descentralizar la Educación Universitaria Pública, no debe anarquizar el orden constitucional por una desprolija labor legislativa. Pues en este caso, la Universidad Publica debe crearse como lo fue por ejemplo la Universidad

Nacional de Concepción, y sin afectar recursos patrimoniales, y de ninguna clase, en relación a otra Universidad (Universidad Nacional de Asunción).

Obviamente, la interpretación que hace el Parlamento Nacional resulta contraria a la que los constituyentes de 1992 dieron a la Autonomía Universitaria, pues como se hace, puede generar inclusive responsabilidades internacionales (Mercosur) del Estado, por incumplimiento de obligaciones exigidas a través de Convenios que ordenan asegurar los derechos de la Autonomía Universitaria.

LOS CONTRATOS BANCARIOS EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO (*)

Por Aldo Rodríguez González (**)

Antecedentes

El Código de Comercio Argentino, adoptado por la República del Paraguay en virtud de una ley del año 1891, no regulaba la materia relativa a los contratos bancarios.

Ello nada tiene de sorprendente, si consideramos que el movimiento tendiente a regular en leyes especiales la materia bancaria, recién adquirió vigencia después de terminadas las dos guerras mundiales. Greco, citado por el maestro nacional Jorge H. Escobar, en su obra "Contratos Bancarios", señala que la falta de regulación hasta la época antes citada no se debe a que se desconociera en el pasado la gran relevancia jurídica de la materia bancaria, sino porque se presuponía que sus relaciones e instituciones podían encuadrarse en el esquema de las figuras tradicionales.

Con esa convicción, la doctrina realizaba constantes esfuerzos para resolver todas las cuestiones derivadas de las actividades bancarias, en el marco de los contratos comunes del Derecho Mercantil o del Derecho Civil.

(*) El presente trabajo lo realizo en ocasión de cumplirse veinte años de vigencia del Código Civil Paraguayo, y reeditando una exposición que me cupo realizar con tal motivo en la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, el día jueves 5 de julio de 2007.

(**) Profesor Asistente de Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Sin embargo, no pasaría mucho tiempo para que los estudiosos del Derecho Bancario profundicen el estudio sistemático de los contratos celebrados en dicho ámbito, con lo que se ha podido apreciar las peculiaridades que los mismos poseen, como ser vocabulario y elementos técnicos, implicancias económicas y otros.

Hemos hecho breve referencia al Código de Comercio, al inicio, pero entrando en un mayor detalle, vemos que algunos contratos y operaciones bancarias eran regulados por dicho cuerpo legal como materias propias del comercio en general, pero no de los Bancos en particular.

Tal el caso de los contratos y letras de cambio, vales, billetes, pagarés y otros papeles de comercio al portador, cuenta corriente bancaria y cheques. También existían algunas disposiciones sobre ciertos aspectos de la actividad de los Bancos Públicos, préstamos y depósitos.

El entonces vigente Código de Comercio no contenía pues principios ni normas ordenadas sistemáticamente, referentes a las actividades bancarias.

Leyes bancarias

Numerosos investigadores compatriotas han efectuado trabajos serios acerca de la creación y desaparición de Bancos, en el período comprendido entre 1870 y 1930, aproximadamente. Todos coincidieron en señalar la numerosa cantidad de leyes que fueron dictadas para autorizar la apertura de distintos Bancos, que por una u otra razón, salvo raras excepciones, operaron durante poco tiempo y terminaron su actividad con la liquidación de sus operaciones.

Hasta el año 1943, la República del Paraguay carecía de un sistema orgánico, de una legislación referente a creación, funcionamiento, operativa y control de los Bancos. Ante dicha ausencia de regulaciones, el gobierno del General Higinio Morínigo, entonces en funciones, realizó contactos con el Sistema de la Reserva Federal de los Estados Unidos, lo que posibilitó la llegada al país de dos técnicos de gran envergadura, como el Dr. Robert Triffin y el economista argentino Raúl Prebisch, quienes terminaron siendo los creadores del nuevo régimen monetario y bancario de la República del Paraguay.

Así, el Decreto – Ley Nº 5130 de fecha 8 de setiembre de 1944 dispuso la creación del Banco del Paraguay, institución concebida con carácter múlti-

ple, ya que era al mismo tiempo Banco Central y Banco Comercial, encargado de la emisión monetaria, por una parte, y de los negocios comerciales, por la otra.

Y el Decreto – Ley Nº 5286 de fecha 27 de setiembre de 1944, estableció el régimen bancario de la República del Paraguay, y dispuso que "… *toda persona o entidad pública o privada, que desarrollase dentro del territorio de la República negocios que consistan principalmente en el préstamo de fondos obtenidos del público en forma de depósitos, títulos y otras prestaciones, será considerada como Banco …*".

A pesar de que ambas disposiciones normativas cubrieron un vacío legal en una materia tan importante, todavía no regulaban jurídicamente las operaciones bancarias y los contratos bancarios propiamente dichos, pero sí lo referente a la organización de los Bancos y a la protección a depositantes y acreedores de estas instituciones.

Posteriormente, los acontecimientos históricos ocurridos en el país en el año 1947, acompañados de una severa crisis económica, derivaron en la necesidad de reestructurar el sistema bancario vigente. En ese contexto, se dictó el Decreto – Ley Nº 18 de fecha 25 de marzo de 1952, que creó el Banco Central del Paraguay, en lugar del Banco del Paraguay, que a la vez pasaba a constituirse en Banco Comercial; y el Decreto – Ley Nº 20 de fecha 25 de marzo de 1952, que estableció una nueva ley de Bancos, en reemplazo de la anterior, fijando condiciones y requisitos necesarios para la constitución y funcionamiento de los Bancos, pero omitiendo –al igual que la anterior normativa– la regulación de las operaciones y contratos bancarios. Sin embargo, dicho Decreto – Ley Nº 20 contenía un Capítulo denominado "Operaciones bancarias", pero se limitaba a autorizar a los Bancos a efectuar operaciones de carácter bancario u otros negocios que en forma ordinaria realizan las empresas bancarias.

El Decreto – Ley Nº 20 estuvo en vigencia durante poco más de 20 años, hasta que fue sancionada y promulgada la Ley Nº 417 del año 1973, conocida como "Ley General de Bancos y Otras Entidades Financieras". Este nuevo cuerpo normativo reglamentó el funcionamiento de nuevos tipos de empresas financieras como los Bancos Hipotecarios, Bancos de Inversión y Bancos de Fomento; dispuso que las personas o entidades dedicadas en forma habitual a la intermediación financiera, se sometan a sus disposiciones, a las de la Ley Orgánica del BCP y a las del Código de Comercio; fijó normas técnicas y financieras a las cuales debían adecuarse las entidades, pero una

vez más, omitió regular las operaciones y contratos bancarios en particular, limitándose a enumerar las que cada clase o tipo de entidad financiera podía realizar.

La última etapa de nuestra reseña histórica en materia de leyes bancarias, es la que se inicia con la sanción y promulgación de la actual Ley de Bancos Nº 861/96, vigente hasta la fecha con algunas modificaciones. Esta nueva ley de bancos constituye toda una novedad con relación al sistema establecido por la Ley Nº 417/73, vigente hasta el año 1996. En efecto, la Exposición de Motivos del proyecto aprobado luego como Ley Nº 861/96 "General de Bancos, Financieras y Otras Entidades de Crédito", expresa en una de sus partes cuanto sigue: "…*se pretende cambiar la orientación general de la banca actual, segmentada y clasificada en banca comercial, de inversión y fomento, empresas financieras, sociedades de ahorro y préstamo para la vivienda por el concepto moderno de banca múltiple como un cambio significativo en la estructura de la banca …*".

La novedad de dicho sistema consiste en la regulación de dos tipos de entidades, a saber, Bancos y Entidades Financieras, teniendo los primeros una mayor esfera de actividades sobre la base del concepto de "Banca múltiple". También se contempló en la ley la posibilidad de incluir en sus disposiciones a aquellas personas físicas o jurídicas que actúan en el mercado financiero y de crédito con recursos financieros propios, que no realicen intermediación financiera, pero por el volumen de sus operaciones o su incidencia en la política monetaria, exista mérito para su inclusión.

En lo que respecta a contratos y operaciones bancarias, por una parte, los artículos 40 y 73, respectivamente, contienen el catálogo de operaciones que pueden realizar los Bancos y las Financieras, con sujeción a las regulaciones vigentes y a las resoluciones que en el futuro pueda emitir el Banco Central del Paraguay. Por otra parte, el artículo 4º faculta solo al BCP, previo dictamen de la Superintendencia de Bancos, a "… *expedir resoluciones que incorporen nuevas operaciones, negocios y servicios en dicho sistema …*" (se refiere al sistema financiero).

Para concluir el presente título, mencionamos que si bien la Ley Nº 861/96 enumera las operaciones que los Bancos y Financieras están autorizados a realizar, no regula cada tipo de contrato u operación bancaria, sino que remite los mismos a las regulaciones vigentes y a las resoluciones futuras que pueda dictar la Banca Central. Esto concuerda con lo dispuesto en el Art. 1º, última parte, que señala: "… *El sistema financiero se rige por las disposicio-*

nes de la presente ley, de la Ley Orgánica del Banco Central del Paraguay, las del Código Civil y demás disposiciones legales vigentes, en el orden de prelación enunciado…".

Código Civil Italiano del año 1942

Este magnífico cuerpo legal, promulgado en el año 1942, tiene el mérito de ser pionero en la regulación de los Contratos Bancarios, a los cuales dedica el Título III del Libro Cuarto, desde el artículo 1834 al 1860.

Partimos de la base de que la actividad bancaria se materializa a través de operaciones y/o contratos. El Código Civil Italiano utiliza en forma equivalente las expresiones "operaciones bancarias" y "contratos bancarios". En efecto, los artículos 1852 y 1857, por ejemplo, hablan de "operaciones bancarias", refiriéndose en realidad a "contratos bancarios".

El Código Italiano regula, por una parte, los contratos típicos de la empresa bancaria, que podemos llamar fundamentales; y por la otra, los contratos que no son típicos pero que se vinculan sin embargo con la actividad profesional del Banco, a los que podemos denominar accesorios.

Los contratos fundamentales implican la realización de la función típica del Banco, que es intermediar en el crédito. Por un lado está el depósito bancario, donde el Banco es deudor del cliente que efectúa el depósito; por otro lado, están la apertura de crédito, el anticipo bancario y el descuento bancario, en los cuales el Banco es acreedor del cliente que realiza dichas operaciones crediticias.

El cuerpo legal al que hacemos referencia, también regula los contratos accesorios, que son aquellos en que el Banco ni otorga ni recibe crédito, sino que presta servicios. Podemos citar, por ejemplo, el depósito de títulos en administración, el depósito en custodia, depósito cerrado, servicio de cajas de seguridad y otros.

La influencia del Código Civil Italiano de 1942 en la regulación de los contratos bancarios en nuestro país es innegable, tanto al incorporarse sus disposiciones al Anteproyecto del Dr. Luis De Gásperi, como también en su posterior inclusión en el Código Civil sancionado y promulgado en 1985.

Anteproyecto de Código Civil del Dr. Luis De Gásperi

Por Decreto Ley Nº 200 del año 1959, fue constituida la Comisión Nacional de Codificación, bajo la presidencia del Dr. J. Eulogio Estigarribia, teniendo como miembros a respetables juristas nacionales como los Doctores Luis Martínez Miltos, Luis De Gásperi, Juan José Soler, Alfonso Capurro, Luis María Argaña, Ramiro Rodríguez Alcalá, Sigfrido Gross Brown, Ramón Silva Alonso, Juan Carlos Mendonça y otros notables compatriotas eruditos de la ciencia jurídica. El fin principal de la creación de dicha Comisión fue emprender la tarea de dotar a la República del Paraguay de Códigos propios, ya que hasta ese momento regían en el país códigos y leyes extranjeras adoptadas en su oportunidad.

En su sesión plenaria de fecha 27 de setiembre de 1959, la Comisión aprobó la propuesta efectuada por el Dr. De Gásperi, consistente en la unificación del derecho privado nacional, incorporándose al Código Civil los contratos del Derecho Mercantil, con exclusión de las normas reguladoras de la navegación fluvial y aérea, así como la materia relativa a la quiebra comercial y el concurso civil de acreedores.

La Comisión Nacional de Codificación encomendó al Dr. Luis De Gásperi la elaboración del anteproyecto de Código Civil, culminando dicho jurista la tarea en el año 1962, año en que presentó ante la Comisión su Anteproyecto conformado por 3.597 artículos, con la novedad de la unificación del derecho civil y comercial en materia de contratos y obligaciones.

El anteproyecto del Dr. De Gásperi incorporó la regulación de los contratos bancarios, en base a los preceptos del Código Civil Italiano, con la particularidad de que el Congreso Nacional aprobó sin mayores modificaciones el articulado referente al tema, al sancionar el Código Civil de 1.985.

Código Civil Paraguayo

Fue sancionado por el Congreso Nacional como Ley Nº 1183/85 de fecha 18 de diciembre de 1985, y promulgado por el Poder Ejecutivo de la Nación en fecha 23 de diciembre de 1985, estableciéndose en su artículo 2813 su entrada en vigencia a partir del 1º de enero de 1987.

En la Exposición de Motivos del Código Civil, se hace mención a la incorporación de los contratos bancarios, regulados en cinco secciones, que estaban deficientemente contemplados en el Derecho Mercantil entonces vi-

gente, con lo que nuevamente se incluye una materia representativa del adelanto observado en el derecho italiano de la época contemporánea. Los depósitos bancarios, la apertura de crédito, el anticipo y el descuento bancario constituyen, en ese orden, las cinco secciones antes mencionadas.

El Código Civil, siguiendo al Código Italiano de 1942, desconoce a la cuenta corriente bancaria como contrato autónomo nominado, a diferencia de los otros contratos antes citados. Solo considera la cuenta corriente bancaria como un pacto accesorio de ciertas operaciones.

Con la incorporación de los contratos bancarios al Código Civil de 1985, se ha dado un paso fundamental en materia de regulación de dichos institutos, pues como hemos visto en la reseña histórica efectuada en esta misma exposición, las diversas leyes bancarias y el mismo Código de Comercio no lo hicieron así.

Breve referencia a cada uno de los Contratos Bancarios regulados en el Código Civil Paraguayo

DEPÓSITO BANCARIO

Caracterización

En virtud de este contrato, el cliente deposita sumas de dinero en un Banco, y esta entidad adquiere dichas sumas en propiedad, obligándose a restituirlas en la misma especie de moneda, ya sea al vencimiento del plazo convenido o a petición del depositante, con observancia del período de preaviso fijado contractualmente.

Lugar de operaciones

Salvo disposición en contrario, en el contrato de depósito bancario los ingresos y cobros se realizan en los locales habilitados al efecto por el Banco.

Prueba resultante de anotaciones en la libreta

Toda vez que el Banco expida a su cliente una libreta de depósitos de ahorro, deben anotarse en ella todos los ingresos y cobros. Dichas anotaciones hacen plena prueba en las relaciones entre el Banco y el depositante, siendo nulo todo pacto en contrario.

Responsabilidad del Banco por pagos al poseedor

La libreta de depósito puede ser pagadera al portador, en cuyo caso, el Banco se libera si realiza sin dolo una prestación respecto del poseedor de la libreta, aun no siendo este el depositante. Esta misma regla rige en caso que la libreta pagadera al portador se encuentre a nombre de determinada persona o individualizada en otra forma.

Depósitos efectuados por menor que ha cumplido 18 años

El Código Civil, en su Art. 1407, faculta a realizar válidamente depósitos al menor que ha cumplido 18 años, como así también cobros sobre dichos depósitos, salvo oposición del representante legal.

Esta disposición quedó desactualizada, pues en virtud de la Ley Nº 2169/03, la mayoría de edad ha quedado fijada en dieciocho años.

Depósito de títulos en administración

Si el banco acepta este tipo de depósitos, está obligado a custodiar los títulos, exigir sus intereses o dividendos, verificar los sorteos para la atribución de premios o el reembolso de capital, cuidar los cobros por cuenta del depositante, y en general, cuidar los derechos inherentes a los títulos, debiendo acreditar al depositante las sumas cobradas.

El Banco tiene derecho a ser reembolsado de los gastos necesarios, y también a una retribución fijada en forma convencional.

Si se pacta a favor del Banco la exoneración de observar la debida diligencia en la administración de los títulos, dicho pacto es nulo.

Depósito en cajas de seguridad

En este tipo de depósito, el Banco es responsable, salvo caso fortuito, por la idoneidad y seguridad de los locales, y por la integridad de las cajas fuertes.

Puede darse el caso de que la caja esté habilitada por varios titulares, caso en el cual cada uno de ellos está autorizado a abrirla, salvo pacto en contrario.

En caso de fallecimiento del único titular, o de uno de los titulares si son varios, si el Banco recibe la comunicación respectiva, solamente podrá permitir la apertura de la caja con acuerdo de todos los derecho habientes, o de acuerdo a las modalidades que el juez establezca.

En caso de vencimiento del contrato, el Banco debe intimar de modo fehaciente al titular, y luego de seis meses a partir de la intimación, puede solicitar al juez la apertura de la caja, acto que se debe realizar ante un notario designado por el juez, con las precauciones de rigor.

Si existen deudas del titular de la caja por el servicio, es posible proceder a la venta de la parte de las cosas depositadas en la caja, que sean necesarias para cubrir tales obligaciones.

APERTURA DE CRÉDITO BANCARIO

Caracterización

En virtud de este contrato, celebrado entre un Banco y un cliente, el primero se obliga a tener a disposición de este último una suma de dinero, sea por tiempo determinado, sea por tiempo indeterminado.

Forma de utilizar el crédito

Puede convenirse que el cliente utilice el crédito más de una vez, y además, mediante devoluciones parciales, restablezca su disponibilidad original. Puede convenirse también otra modalidad.

Los ingresos y los cobros se deben realizar en los locales que a tal efecto habilite el Banco, salvo pacto en contrario.

Garantías otorgadas por el cliente

El Banco puede exigir al cliente una garantía personal, real, o de otro tipo. Dicha garantía subsistirá hasta el final de la relación contractual entre las partes, y no puede extinguirse mientras no finalice esa relación, aun cuando en un momento dado el cliente no adeude nada al Banco.

Si en un momento dado la garantía llega a ser insuficiente, el Banco tiene derecho a exigir al cliente el refuerzo de la misma o la sustitución del garante.

Si el cliente no accede al requerimiento del Banco, puede ocurrir que: i) la entidad bancaria reduzca el crédito en proporción a la reducción de la garantía; o ii) que el Banco se separe del contrato.

Finalización del contrato

Si el contrato es por plazo determinado, el Banco no puede separarse del mismo antes del vencimiento sino por justa causa, salvo pacto en contrario. La separación tiene por efecto la suspensión inmediata de la utilización del crédito; sin embargo, el Banco debe otorgar al cliente un plazo razonable de al menos 30 días, para la restitución de las cantidades que fueron utilizadas y sus accesorios respectivos.

El contrato también puede ser de plazo indeterminado, en cuyo caso cada una de las partes podrá separarse con un preaviso acorde al plazo fijado en el contrato. Si en este nada se estableció, dicho plazo será de 30 días.

ANTICIPO BANCARIO

Caracterización

Es un contrato en el cual el cliente constituye una prenda sobre títulos o mercaderías, pero sin que el Banco pueda disponer de las cosas recibidas en prenda si es que ha emitido un documento en el cual se han individualizado dichas cosas. Si existe un pacto en contrario, este debe probarse por escrito.

Seguro para mercaderías

En el anticipo bancario, el Banco tiene el deber de proveer el seguro de las mercaderías dadas en prenda, por cuenta de su cliente, el contratante, toda vez que por la naturaleza, valor o ubicación de tales mercaderías, el seguro responda a las precauciones ordinarias, normales, o de uso.

Derechos del Banco

Derecho a la restitución de las sumas anticipadas, con sus accesorios legales.

Derecho al reembolso de los gastos que demande la custodia de las mercaderías y de los títulos, salvo que el Banco haya adquirido la disponibilidad de los mismos.

Derecho del cliente

Aun antes del vencimiento del contrato, el cliente contratante puede retirar en forma parcial los títulos o las mercaderías dadas en prenda, previo reembolso proporcional de las sumas anticipadas por el Banco y de los gastos en que este incurrió para la custodia de aquellos bienes.

El cliente no podrá ejercer ese derecho, si el crédito subsistente a su favor llegare a resultar insuficientemente garantizado.

Disminución del valor de la garantía. Potestad del Banco

Puede darse el caso que, en el curso del contrato, el valor de la garantía disminuya en relación al que tenía al momento de la celebración de aquel.

Si la disminución es de por lo menos la décima parte, el Banco tiene la potestad de exigir al deudor un suplemento de garantía de acuerdo a la costumbre, con apercibimiento al cliente de que, de no darse dicho suplemento, se procederá a la venta de los títulos o de las mercaderías prendadas.

En caso de que el cliente no atienda el requerimiento del Banco, este tiene la potestad de proceder a la venta, en la misma forma que la prevista para la venta de la cosa dada en prenda.

Además de lo anterior, si con el producido de la venta el Banco no obtiene la totalidad de la suma que le adeuda el cliente, aquel tendrá derecho al reembolso inmediato de la diferencia necesaria para alcanzar dicha suma.

Prenda irregular. Disponibilidad a favor del Banco

Otra variante de éste contrato es el caso de la llamada prenda irregular, es decir, cuando el cliente otorga prenda sobre depósitos de dinero, mercaderías o títulos que no fueron individualizados, o por los cuales otorgó al Banco la facultad de disponer.

En este tipo de prenda, el Banco únicamente está obligado a restituir la suma o la parte de las mercaderías o de los títulos que exceden el monto de los créditos garantizados. Este excedente se determina en relación al valor que tienen las mercaderías o los títulos al tiempo de vencimiento de los créditos.

OPERACIONES BANCARIAS EN CUENTA CORRIENTE

Naturaleza jurídica

La cuenta corriente constituye un contrato típicamente bancario, por ende, comercial, en virtud a lo que disponen la Ley Nº 1034/83 (Art. 71, inc. c) y el Código Civil (Art. 1013, inc. d). Una de las partes, como en los demás contratos bancarios, necesariamente debe ser un Banco legalmente autorizado a operar.

En la ejecución de éste contrato surgen características de otros tipos contractuales, como el mandato, el depósito y la cuenta corriente mercantil. Sin embargo, la cuenta corriente bancaria se sobrepone a todos ellos, configurando un contrato autónomo.

Disponibilidad del cuentacorrentista

En caso de que el depósito, la apertura de crédito, el anticipo bancario u otras operaciones sean ajustados en cuenta corriente, el cuentacorrentista tiene el derecho de disponer en cualquier momento de las sumas resultantes de su crédito, salvo su deber de respetar el plazo de preaviso que eventualmente se pueda pactar.

Compensación de saldos

Puede suceder que entre el Banco y el cuentacorrentista existan varias relaciones o varias cuentas, inclusive en diferentes monedas. En estos casos, los saldos activos y pasivos se deben compensar recíprocamente, salvo que las partes estipulen lo contrario.

Solidaridad

La cuenta corriente puede estar abierta a nombre de varias personas, con facultad para todas ellas de realizar operaciones, inclusive en forma separada. En éste caso, por imperio de la ley se establece que dichas personas tendrán la calidad de acreedores o deudores solidarios, según el caso, de los saldos existentes en la cuenta respectiva.

Terminación del contrato

Cuando la operación ajustada en cuenta corriente es por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse del contrato, para lo cual debe dar aviso de ello a la otra parte en un plazo de treinta días.

Responsabilidad del Banco

El Banco responde, de acuerdo a las reglas del mandato, por la ejecución de los encargos que llegare a recibir del cuentacorrentista o de otro cliente.

En caso de que el encargo deba cumplirse en una plaza donde no existen filiales del Banco, este tiene la potestad de encargar la ejecución a otro Banco o corresponsal suyo situado en dicha plaza.

Aplicación de las normas sobre cuenta corriente

Dichas normas se aplicarán, en caso necesario, a las operaciones bancarias ajustadas en cuenta corriente.

DESCUENTO BANCARIO

Caracterización

Por el contrato de Descuento Bancario, el Banco anticipa al cliente titular de un crédito no vencido contra tercero, mediante la cesión de dicho crédito, el importe del mismo, previa deducción de los intereses.

Derecho del Banco

Si el cliente endosa al Banco una letra de cambio o un pagaré bancario, en caso de falta de pago el Banco tiene derecho a reclamarle la restitución de la suma anticipada.

Descuento de letras documentadas

En esta modalidad de descuento bancario, el Banco que descuenta letras documentadas, tiene sobre la mercadería el mismo privilegio del mandatario mientras el título representativo de ella se encuentre en su poder.

Leyes complementarias al Código Civil Paraguayo

Nuestro Código Civil, cuyo vigésimo aniversario de vigencia celebramos en esta ocasión, ha regulado varios contratos bancarios, pero no la totalidad de ellos. La regulación de las operaciones y contratos bancarios no quedó agotada con el Código Civil.

Con posterioridad a la vigencia del mismo, el Congreso Nacional ha sancionado leyes especiales reguladoras de otras figuras contractuales, como ser: la Ley Nº 921/96 "De negocios fiduciarios"; la Ley Nº 1284/98 de "Mercado de valores"; la Ley Nº 1295/98 "De locación, arrendamiento o leasing financiero y mercantil"; en materia de cheques, la Ley Nº 805/96, a la vez modificada en virtud de la Ley Nº 2835/05; en materia de tasas de interés, tema muy vinculado a las operaciones de crédito bancario, la Ley Nº 2339/03 ha modificado el Art. 44 de la Ley Orgánica del Banco Central del Paraguay.

Por otra parte, el Banco Central del Paraguay, como ente de derecho público dotado de autonomía normativa, también ha establecido a través de Resoluciones del Directorio, el marco regulador de algunos contratos bancarios, como ser las operaciones con tarjetas de créditos, las emisiones de cédulas o letras hipotecarias

No me referiré en el presente artículo a dichas normativas y tipos contractuales, pues mi objetivo solamente fue desarrollar en líneas generales los contratos bancarios regulados en el Código Civil Paraguayo, en ocasión del vigésimo aniversario de este cuerpo legal.

RASGOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SISTEMA UNIVERSAL Y SISTEMAS REGIONALES

Por Elodia Almirón Prujel (*)

Concepto

Un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos es aquel formado por un conjunto de normas sustantivas, orgánicas y procesales, que tienden a la protección de tales derechos en el seno de una organización internacional, bien de tipo universal o regional.

Normas sustantivas son aquellas que reconocen los derechos objeto de tutela (por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); orgánicas, las referidas a la integración y funcionamiento de los órganos y mecanismos de control creados para la protección de tales derechos (como los Estatutos de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos); y procesales, las que guían los procedimientos establecidos a tal efecto (los Reglamentos de Comisión y Corte Interamericanas, por ejemplo).

Características

Sistemas insertos en organizaciones internacionales intergubernamentales

La protección internacional de los Derechos Humanos es el máximo exponente del proceso de humanización del derecho internacional, que se pro-

---

(*) Doctora en Derecho, Profesora Adjunta de la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

duce principalmente tras la segunda guerra mundial. Asimismo, está ligada al fenómeno de institucionalización de la sociedad internacional, a través de organizaciones internacionales (OOII).

Los sistemas internacionales de protección se desarrollan en el seno de organizaciones internacionales, que pueden ser definidas como "asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros". Las OOII son sujetos del derecho internacional, es decir, tienen capacidad de asumir derechos y obligaciones internacionales, pero con una competencia de carácter funcional, limitada a las atribuciones que reciben de los Estados que las conforman.

La proliferación de OOII tras la segunda guerra mundial ha sido enorme, y las posibilidades de clasificación son múltiples, siendo relevantes las siguientes: la que las agrupa en organizaciones de tipo universal (Naciones Unidas) y regional (Organización de los Estados Americanos, Consejo de Europa, Organización de la Unidad Africana, Liga de Estados Árabes y Comunidad de Estados Independientes).

Otro rasgo que las asemeja es que, en su mayoría, se trata de organizaciones de fines generales; al contrario de aquellas que asumen fines específicos. Aunque también se constata una tendencia a la humanización de otros tipos de OOII, como es el caso de la Unión Europea, una organización de integración, que también cuenta con un sistema de protección de derechos fundamentales en su seno.

En la actualidad, sólo la región Asia-Pacífico no cuenta aún con un sistema de protección de Derechos Humanos propio, aunque desde hace tiempo se intenta su creación.

Subsidiariedad

Todos los sistemas internacionales de protección se crean para ser subsidiarios de la protección de derechos que los Estados deben proporcionar en el ámbito interno; es decir, para actuar solo en el caso de que el Estado incumpla sus obligaciones de respetar y garantizar el derecho consagrado internacionalmente.

La subsidiariedad ha sido plasmada en los tratados internacionales, a través de la regla de agotamiento de los recursos internos.

Esta característica supone también que los sistemas internacionales son complementarios e interactivos con los nacionales, pues coadyuvan a los Estados a garantizar los derechos de su ciudadanía, cuando el sistema interno falla en la tutela que debe proporcionar.

Responsabilidad estatal

Los sistemas internacionales de protección están inscriptos en OOII integradas por Estados soberanos. Estos son los sujetos que contraen obligaciones internacionales al hacerse parte de los tratados de Derechos Humanos, y a ellos cabe exigir el respeto y garantía de los derechos reconocidos para con todas las personas sometidas a su jurisdicción.

De ahí que el sujeto pasivo de los procedimientos y mecanismos internacionales sea el Estado, pues técnicamente es el sujeto que puede llegar a violar Derechos Humanos y a ser declarado responsable por un órgano internacional de protección.

Y es importante precisar que esto es así técnicamente, porque existe una clara tendencia a considerar a ciertos Agentes No Estatales (por ejemplo, grupos terroristas) como violadores de Derechos Humanos, y si bien no puede objetarse el acierto sustantivo de tal noción, en la práctica no puede exigirse a esos agentes responsabilidad en el seno de un sistema internacional de protección, pues estos sistemas integrados por Estados sólo pueden establecer la responsabilidad estatal.

Cosa distinta es que esos agentes, en principio extraestatales, actúen en realidad por cuenta y con la aquiescencia del Estado (por ejemplo, paramilitares), o ante la pasividad de este (como ocurre con casos de violencia contra las mujeres), en cuyo caso un Estado podrá llegar a ser considerado responsable de conductas que de entrada no son estatales o lo son de manera encubierta.

Multiplicidad de técnicas y órganos de protección

La protección internacional de Derechos Humanos se realiza a través de distintos órganos y técnicas de control.

Pese a resultar la óptima, la menos común a los sistemas es la técnica de control judicial, a través de una Corte o Tribunal. Únicamente los sistemas interamericano y europeo son los que cuentan por el momento con sendos tribunales internacionales de Derechos Humanos.

Lógicamente, cada sistema se ha dotado de las técnicas y órganos de control que han generado consenso suficiente entre los Estados que los han creado, y el control judicial parece haber resultado demasiado comprometido para con la responsabilidad estatal. Los órganos de tipo administrativo, o cuasi-judiciales (Comisiones o Comités) de control, gozan de mayor aceptación en los diferentes sistemas y actualmente todos, excepto el europeo que tiene un único Tribunal, cuentan con este tipo de órganos.

También existen otras instituciones (unipersonales o colegiadas) que cumplen funciones de vigilancia y protección: Relatorías, Personas Expertas, Grupos de Trabajo, etc. Una figura compartida por varios sistemas es la del Relator o Relatora de carácter temático o para determinados grupos de personas. Por ejemplo las Relatoras sobre Mujeres de Naciones Unidas, de la Organización de la Unidad Africana y de la Organización de los Estados Americanos.

En cuanto a procedimientos de control, el examen de quejas individuales e interestatales es común a varios sistemas, como lo es también el examen de informes estatales.

Por último, cabe señalar que en la actividad de los sistemas internacionales de Derechos Humanos conviven tres dimensiones convergentes: de prevención de las conductas que puedan atentar contra los Derechos Humanos; de promoción de su disfrute y observancia; así como de protección ante sus violaciones.

Especificidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) forma parte del Derecho Internacional Público (DIP), pero es una rama autónoma y específica de ese *cus-corpus iuris*. Los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos tienen una característica que los diferencia del resto de la normativa internacional: su objeto y fin es la protección de los Derechos Humanos de las personas, lo que los hace notablemente diferentes de otro tipo de tratados.

Esta especialidad se detecta claramente en relación a la interpretación y aplicación de la normativa internacional de Derechos Humanos, que tiene ciertas peculiaridades en relación con otro tipo de instrumentos, pues además de la regla general de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, existen reglas propias del DIDH.

Un buen ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 29 del Pacto de San José, relativo a las normas de interpretación de la Convención.

Este artículo es una herramienta hermenéutica de enorme importancia, porque limita las posibilidades interpretativas que puedan restringir los derechos reconocidos en el Pacto de San José, al tiempo que amplía favorablemente sus posibilidades de aplicación e interpretación.

En realidad, este artículo está consagrando en el Pacto el "principio pro persona", conocido también como "principio pro homine", (como lo denominamos resulta lingüísticamente más inclusivo). Dicho principio informa toda la protección internacional de los Derechos Humanos.

Sistema Universal de protección de los Derechos Humanos

La protección de Derechos Humanos en Naciones Unidas es compleja y diversa. En su seno conviven dos subsistemas protectivos, uno de naturaleza convencional –que, como su propio nombre indica, tiene su base en tratados o convenciones– y otro de naturaleza extraconvencional –es decir, sin base en tratados–.

Mecanismos convencionales

En el plano convencional, son los dos Pactos de 1966, uno sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el otro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los que vienen a proveer de algunos mecanismos protectores a muchos de los derechos que la Declaración Universal se limitaba a reconocer. Tras estos dos instrumentos generales, se han seguido adoptando Convenciones sobre Derechos Humanos de carácter específico.

De las convenciones universales de Derechos Humanos nueve se han dotado de órganos y mecanismos de control, a saber: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos

Sociales y Culturales; Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid; Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes; y Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Actualmente están en funcionamiento seis Comités, que vigilan las convenciones respectivas: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Derechos Humanos –órgano de vigilancia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos–, Comité contra la Tortura, Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

Las quejas individuales solo pueden ser presentadas ante el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité CEDAW, el Comité Contra la Tortura y el Comité de Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.

En todos los casos la posibilidad otorgada a los/as denunciantes individuales de dirigirse a tales órganos es de carácter facultativo, esto es, requiere un acto de voluntad adicional por parte del Estado. También en todos los supuestos se requiere a los/as denunciantes que ostenten la calidad de víctima, el procedimiento es contradictorio frente al Estado denunciado y confidencial.

Mecanismos extra convencionales

En la órbita de los mecanismos extra convencionales de Naciones Unidas que sirven a la protección de los Derechos Humanos, también se estudian comunicaciones individuales.

Los órganos que intervienen en su análisis son la Comisión de Derechos Humanos, creada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) en 1946, y el órgano subsidiario de aquella: la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos –antes llamada Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías–, nacida en 1947.

La base jurídica de actuación de dichos órganos son las resoluciones del ECOSOC 1235 (XLII), de 6 de junio de 1967; y 1503 (XLVIII), de 27 de mayo de 1970. Se trata de dos procedimientos no convencionales; uno es de naturaleza confidencial (1503) y el otro de carácter público (1235).

Los procedimientos públicos especiales de la Comisión, nacidos de la evolución del procedimiento 1235, son los que conocen de más vigencia y aplicación en la actualidad. Tales procedimientos han sentado las bases de un sistema de protección internacional flexible y novedoso, en que reglas "sagradas" del Derecho Internacional clásico y convencional, tales como el consentimiento del Estado y el agotamiento de los recursos internos, ya no son obstáculo para la presentación de reclamaciones individuales en la esfera internacional. Existe un gran número de procedimientos y mecanismos extra convencionales. En conjunto se denominan Procedimientos Públicos Especiales y han sido puestos en manos de personas expertas que actúan a título personal e integran grupos de trabajo, o que trabajan de manera individual bajo las figuras de: representantes, expertos o expertas, y relatores o relatoras especiales.

Sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos

La protección regional de los Derechos Humanos puede ser definida como aquella que nace y se desarrolla en el marco de una organización internacional intergubernamental de carácter regional.

Al día de hoy la región Asia/Pacífico no cuenta con tal protección, pero sí existen proyectos para instaurarla. También es cierto que en otras zonas del mundo la protección de Derechos Humanos existe en la letra, pero no en la práctica, o es más débil y menos conveniente para las víctimas que la que se proporciona en Naciones Unidas.

Existe un sistema árabe, enmarcado en la Liga de Estados Árabes (LEA), constituida en 1945. La primera intención de atender la cuestión de los Derechos Humanos se da con la creación de la Comisión Regional Permanente Árabe para los Derechos Humanos, por la Resolución 2443 (XLVII), de 3 de septiembre 1968. Pero esta Comisión solo desempeña funciones promocionales. El 15 de septiembre de 1994 se adoptó en El Cairo la Carta Árabe de Derechos Humanos, por el Consejo de la Liga de Estados Árabes. Dicho instrumento no se encuentra en vigor; es más, no cuenta a la fecha con ninguna de las siete ratificaciones que precisa para ello; por tanto el Comité de Exper-

tos que crea, no ha entrado en funciones. La debilidad del sistema es evidente.

El sistema africano se da en el marco de la Organización de la Unidad Africana (OUA), nace en Addis-Abeba (Etiopía) en 1963. En su seno se adopta la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, el 27 de julio de 1981 –entró en vigor el 21 de octubre de 1986–, en Nairobi (Kenya).

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos está compuesta por once comisionados o comisionadas, elegidos por los Estados miembros de la OUA, y tiene su sede en Banjul (Gambia). Sus funciones fundamentales son la promoción y protección de los Derechos Humanos, junto a la interpretación de la Carta Africana.

El 9 de junio de 1998 se adoptó en Ouagadougou (Burkina Faso) un Protocolo a la Carta Africana, sobre la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En el mismo se permite a individuos y organizaciones no gubernamentales introducir demandas directamente ante la Corte, a condición de que el Estado demandado haya declarado su aceptación de tal posibilidad.

Aún no se produjo la entrada en vigor de dicho Protocolo, que necesita 15 ratificaciones. Son pues realmente importantes los pasos que se están dando para la creación de un sólido sistema de protección de los Derechos Humanos en África.

Otro sistema es el de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), organización internacional nacida tras el desmoronamiento de la Unión Soviética, que adoptó la Convención de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes, en Minsk (Bielorrusia), el 26 de mayo de 1995.

Dicho instrumento integra el Estatuto de la Comisión de Derechos Humanos de la CEI, en el que se otorga a personas individuales y organizaciones no gubernamentales la posibilidad de dirigir peticiones individuales a dicho órgano.

Como afirma Antônio Cançado Trindade, esa Comisión no puede considerarse como un órgano de control independiente e imparcial, toda vez que sus miembros actúan representando a los Estados y son nombrados por los mismos de manera directa, sin atender a reglas de elección que aseguren un mínimo de autonomía en el desempeño de sus funciones.

El sistema europeo nace y se desarrolla en el Consejo de Europa (1949) y su principal instrumento en materia de Derechos Humanos es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), que fue suscrito en Roma en 1950 y entró en vigor en 1953. Es una carta típica de derechos civiles y políticos, y en su redacción original previó un mecanismo orgánicamente trial de protección, puesto que confería a la Comisión Europea de Derechos Humanos, al Comité de Ministros del Consejo de Europa y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, facultades en tal sentido. Ese mecanismo también era potencialmente jurisdiccional en su inicial formulación, porque el asunto planteado podía llegar al Tribunal Europeo, si tras el trámite ante la Comisión, esta o el Estado demandado lo elevaban ante el mismo.

El CEDH ha sido completado, bien ampliado, bien reformado, mediante la adopción de doce Protocolos, algunos de carácter sustantivo, otros de naturaleza procesal. Entre estos últimos destaca sobremanera el Protocolo número 11. El Protocolo 11 al Convenio Europeo que enmienda el sistema de forma verdaderamente revolucionaria. El actual mecanismo del Consejo de Europa supuso, principalmente, la desaparición de la Comisión y el antiguo Tribunal, junto con la función decisoria del Comité de Ministros, y la creación de un nuevo y único órgano de funcionamiento permanente que los sustituye: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, sito en Estrasburgo), al que los particulares tienen acceso directo y condición de parte, a lo largo de todo el proceso.

El TEDH está facultado para entender de las demandas presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación de los derechos que el CEDH y sus Protocolos contemplan, conforme el artículo 34 del actual Convenio. Además, tiene competencia para conocer demandas entre Estados y la posibilidad de emitir opiniones consultivas.

La larga historia y sofisticación del sistema europeo le hacen ser punto de referencia obligado cuando se prepara un caso. Para darnos una idea de su consideración, precisar que con frecuencia encontramos referencias a su jurisprudencia de parte de otros órganos internacionales, como las mismas Comisión y Corte Interamericanas.

Por último, señalar que en la actividad de los sistemas internacionales de Derechos Humanos conviven tres dimensiones: la prevención de las conductas que puedan atentar contra los Derechos Humanos; la promoción del

reconocimiento, disfrute y observancia de los Derechos Humanos; y la protección de los derechos cuando los mismos resultan violados. Estas tres dimensiones interactúan y convergen en todos los sistemas internacionales de Derechos Humanos.

DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DEL VICEPRESIDENTE

Por Luis Lezcano Claude (*)

Introducción

En este trabajo hacemos una propuesta de clasificación de los deberes y las atribuciones del Presidente de la República y una referencia crítica a algunos de los mismos. En idéntica forma analizamos el tema en relación con el Vicepresidente.

Se puede apreciar que al Presidente le han sido cercenadas importantes facultades, como la de dictar decretos con fuerza de ley, la de disolver el Congreso, la de intervenir en forma determinante en la integración del Poder Judicial y otras que delineaban una estructura gubernativa con fuerte predominio del Poder Ejecutivo, en el marco del sistema de preponderancia presidencialista consagrado por la Constitución de 1967.

Sin embargo, este órgano sigue teniendo una enorme gravitación derivada, entre otras razones, del carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas que tiene el Presidente de la República, de su control de la Policía Nacional, de su amplia facultad de nombramiento, del manejo directo o indirecto de un gran aparato burocrático, de su facultad de ejercer la administración del país con posibilidad de controlar en buena medida la ejecución presupuestaria, etc.

Las atribuciones reconocidas al Vicepresidente determinan que el debate sobre el tema oscile entre la necesidad de reestructurar la vicepresidencia, si es que se desea mantenerla y la idea de suprimirla.

(*) Profesor Asistente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Disposición constitucional

Artículo 238 Cn. *De los deberes y de las atribuciones del Presidente de la República.*

Son deberes y atribuciones de quien ejerce la presidencia de la República:

1) representar al Estado y dirigir la administración general del país;

2) cumplir y hacer cumplir esta Constitución y las leyes;

3) participar en la formación de las leyes, de conformidad con esta Constitución, promulgarlas y hacerlas publicar, reglamentarlas y controlar su cumplimiento;

4) vetar, total o parcialmente, las leyes sancionadas por el Congreso, formulando las observaciones u objeciones que estime convenientes;

5) dictar decretos que, para su validez, requieren el refrendo del Ministro del ramo;

6) nombrar y remover por sí a los ministros del Poder Ejecutivo, al Procurador General de la República y a los funcionarios de la Administración Pública, cuya designación y permanencia en los cargos no estén reglados de otro modo por esta Constitución o por la ley;

7) el manejo de las relaciones exteriores de la República. En caso de agresión externa, y previa autorización del Congreso, declarar el Estado de Defensa Nacional o concertar la paz; negociar y firmar tratados internacionales; recibir a los jefes de misiones diplomáticas de los países extranjeros y admitir a sus cónsules y designar embajadores, con acuerdo del Senado;

8) dar cuenta al Congreso, al inicio de cada período anual de sesiones, de las gestiones realizadas por el Poder Ejecutivo, así como informar de la situación general de la República y de los planes para el futuro;

9) es Comandante en jefe de las Fuerzas Armadas de la Nación, cargo que no se delega. De acuerdo con la ley, dicta los reglamentos militares, dispone de las Fuerzas Armadas, organiza y distribuye. Por sí, nombrar y remover a los comandantes de la Fuerza Pública. Adopta las medidas nece-

sarias para la defensa nacional. Provee, por sí, los grados en todas las armas, hasta el de teniente coronel o sus equivalentes y, con acuerdo del Senado, los grados superiores;

10) indultar o conmutar las penas impuestas por los jueces y tribunales de la República, de conformidad con la ley, y con informe de la Corte Suprema de Justicia;

11) convocar a sesiones extraordinarias al Congreso, a cualquiera de las Cámaras o a ambas a la vez, debiendo estas tratar solo aquellos asuntos sometidos a su respectiva consideración;

12) proponer al Congreso proyectos de ley, los cuales podrán ser presentados con solicitud de urgente consideración, en los términos establecidos en esta Constitución;

13) disponer la recaudación e inversión de las rentas de la República, de acuerdo con el Presupuesto General de la Nación y con las leyes, rindiendo cuenta anualmente al Congreso de su ejecución;

14) preparar y presentar a consideración de las Cámaras el proyecto anual de Presupuesto General de la Nación;

15) hacer cumplir las disposiciones de las autoridades creadas por esta Constitución, y

16) los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución.

Clasificación

Los deberes y las atribuciones del Presidente de la República pueden ser clasificados del siguiente modo:

a) Referentes al cumplimiento de la Constitución y las leyes

– El Presidente de la República debe cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes (Art. 238, inc. 2, Cn.). A continuación se reitera que debe controlar el cumplimiento de las leyes dictadas por el Congreso (Art. 23 8, inc.3, Cn.).

Más adelante se establece que debe hacer cumplir las disposiciones de las autoridades creadas por la Constitución (Art. 238, inc. 15, Cn.).

b) En el procedimiento legislativo

Participa en el proceso de formación de las leyes (Art. 238, inc. 3, Cn.).

– Goza de la facultad de iniciativa legislativa, es decir de proponer al Congreso proyectos de ley (Art. 203 Cn. y Art. 238, inc. 12 Cn.) (1). Tiene, en exclusividad, la iniciativa en cuanto a *preparar y presentar a consideración de las Cámaras el proyecto anual de Presupuesto General de la Nación* (Art. 238, inc. 14 Cn. y Art. 216 Cn.).

– En cuanto a la etapa de tratamiento de los proyectos de ley, el Poder Ejecutivo puede solicitar a las Cámaras se dé tratamiento de urgencia a determinados proyectos de ley que les envíe (Art. 238, inc. 12, Cn. y Art. 210 Cn.).

El Poder Ejecutivo puede retirar los proyectos de ley que hubiera enviado al Congreso o puede desistir de ellos, salvo que ya hubiesen sido aprobados por la Cámara de origen (Art. 212, Cn.).

– El Presidente de la República puede *vetar, total o parcialmente, las leyes sancionadas por el Congreso, formulando las observaciones u objeciones que estime convenientes* (Art. 238, inc. 4, Cn.). La Ley Suprema usa también las expresiones *objeción parcial* (Art. 208 Cn.) y *objeción total* (Art. 209 Cn.).

– Le corresponde también promulgar como ley todo proyecto sancionado por el Congreso (Arts. 238, inc. 3; 204, 207, 213 Cn.). Está prevista también la promulgación automática, la cual se opera cuando el Poder Ejecutivo, dentro de los plazos previstos en la Constitución, no objeta y devuelve a la Cámara de origen un proyecto de ley ya sancionado (cf. Art. 205 Cn.). La fórmula para la promulgación de las leyes es la siguiente: “Téngase por ley de la República, publíquese e insértese en el Registro Oficial” (Art. 214 Cn.).

– Finalmente, el Presidente de la República debe ordenar la publicación de las leyes que promulgare, dentro de los cinco días (Arts. 238, inc. 3;

(1) En nuestra opinión, los proyectos de ley que el Poder Ejecutivo fuere a presentar al Congreso, deben ser necesariamente considerados por el Consejo de Ministros, en virtud de lo dispuesto en el Art. 243, inc. 1.

204 Cn.). A ello se refiere la segunda parte de la fórmula mencionada en el párrafo precedente. Asimismo, si se produjere la promulgación automática, se debe disponer la publicación de la ley (Art. 205, *in fine*, Cn.). La Ley Suprema incluso prevé el caso de que "el Poder Ejecutivo no cumpliese el deber de hacer publicar las leyes", al establecer que dicha omisión debe ser suplida por el Presidente del Congreso o por el Presidente de la Cámara de Diputados (cf. Art. 213).

Participación del P. E. en el procedimiento legislativo

– Iniciativa legislativa general

– Iniciativa exclusiva para Presupuesto General de la Nación - Solicitud de tratamiento de urgencia de proyectos presentados

– Retiro o desistimiento de proyectos presentados

– Veto u objeción parcial

– Veto u objeción total

– Promulgación de proyectos sancionados por el Congreso

– Publicación de las leyes

c) De carácter legislativo

– El acto legislativo típico del Poder Ejecutivo es el decreto. El Presidente de la República tiene la facultad de *dictar decretos que, para su validez, requieren el refrendo del Ministro del ramo* (Art. 238, inc. 5, Cn.).

– Igualmente está investido de la facultad de reglamentar las leyes dictadas por el Congreso, lo que hace por medio de decretos (Art. 238, inc 3, Cn.).

– Participa en la primera fase de la formación de los tratados internacionales. En efecto, la negociación y la firma de los mismos están a cargo del Poder Ejecutivo (Art. 238, inc. 7, Cn.). También la fase de la ratificación, por canje o depósito, está en sus manos.

– Asimismo, dicta los reglamentos militares (Art. 238, inc. 9, Cn.).

d) De nombramiento

– El Presidente de la República está investido de la facultad de nombrar y remover por sí: a) a los ministros del Poder Ejecutivo, b) al Procurador General de la República, y c) a los funcionarios de la Administración Pública, cuya designación y permanencia en los cargos no estén reglados de otro modo por la Constitución o por la ley (Arts. 238, inc. 6, y 245 Cn.).

– Asimismo, nombra y remueve por sí a los comandantes de la Fuerza Pública (Art. 238, inc. 9, Cn.).

– Provee, por sí, los grados en todas las armas, hasta el de teniente coronel o sus equivalentes (Art. 238, inc. 9, Cn.).

– Con acuerdo del Senado, provee los grados superiores en las Fuerzas Armadas y en 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 en la Policía Nacional (Arts. 238, inc. 9; y 224, inc. 2, Cn.).

– Con acuerdo de la Cámara de Senadores, designa a los embajadores y ministros plenipotenciarios (Arts. 238, inc.7; y 224, inc. 3).

– De la terna propuesta por el Consejo de la Magistratura, nombra al Fiscal General del Estado, con acuerdo del Senado (Art. 269 Cn.).

– Nombra al representante del Poder Ejecutivo en el Consejo de la Magistratura (Art. 262, inc. 2, Cn.).

e) Relacionados con la Fuerza Pública y en materia militar

– El Presidente de la República es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (Art. 238, inc. 9, Cn.).

– Dicta los reglamentos militares (Art. 238, inc.9, Cn.).

– Le corresponde disponer, organizar y distribuir las Fuerzas Armadas (Art. 238, inc.9). Para la salida al exterior de fuerzas armadas nacionales, el Poder Ejecutivo debe contar con la autorización del Congreso (Art. 183, inc. 3, Cn.). Para el envío de fuerzas militares paraguayas permanentes al exterior, necesita la autorización de la Cámara de Senadores (Art. 224, inc. 5, Cn.).

– En caso de agresión externa, y previa autorización del Congreso, está facultado para declarar el Estado de Defensa Nacional o para concertar la paz (Art. 238, inc.7, Cn.). Esta disposición es congruente con la renuncia a la guerra proclamada por el Paraguay, aunque admitiendo la legítima defensa (cf. Art. 144 Cn.). El contenido efectivo de esta facultad consiste en adoptar las medidas necesarias para la defensa nacional (Art. 238, inc.9, Cn.).

– Puede nombrar y remover, por sí, a los Comandantes de la Fuerza Pública (Art. 238, inc.9). En cuanto a la Policía Nacional se establece la dependencia jerárquica de esta respecto del órgano del Poder Ejecutivo encargado de la seguridad interna (Ministerio del Interior), (cf. Art. 175).

– Provee los grados militares y policiales en la forma indicada más arriba (Arts. 238, inc.9; y 224, inc.2, Cn.).

f) En materia de relaciones exteriores

– El Presidente de la República está investido de la atribución de *representar al Estado* (Art. 238, inc.1, Cn.).

– Le corresponde *el manejo de las relaciones exteriores de la República* (Art. 238, inc. 7, Cn.).

– En la forma indicada más arriba, puede declarar el Estado de Defensa Nacional o concertar la paz (cf. Art. 238, inc.7, Cn.).

– La negociación y la firma de tratados internacionales está a su cargo (cf. Art. 238, inc.7, Cn.). Luego de su aprobación por el Congreso, le corresponde la ratificación de los mismos.

– Recibe a los jefes de misiones diplomáticas de países extranjeros y admite a sus cónsules (cf. Art. 238, inc. 7, Cn.).

– Designa a los embajadores y ministros plenipotenciarios, con acuerdo del Senado (Arts. 238, inc.7; y 224, inc. 3).

g) Relacionados con el Poder Legislativo

– El Presidente de la República puede ausentarse del país hasta por cinco días, dando aviso al Congreso y a la Corte Suprema de Justicia. Si la ausencia tuviera que ser por más de cinco días, debe solicitar permiso al Con-

greso (cf. Art. 183, inc.2, Cn.). En este punto existe una contradicción con la norma que establece que la autorización debe ser concedida por la Cámara de Senadores (cf. Art. 233 Cn.). A nuestro criterio debe prevalecer la disposición mencionada en primer lugar.

– Al inicio de cada período anual de sesiones, es decir el 1 de julio de cada año, el Presidente debe informar al Congreso sobre las gestiones realizadas por el Poder Ejecutivo, sobre la situación general de la República y sobre los planes de gobierno para el futuro (cf. Arts. 202, inc.15; y 238, inc.8, Cn.).

– Por decreto, puede convocar a sesiones extraordinarias al Congreso, a cualquiera de las Cámaras o a ambas a la vez En estas sesiones solo pueden ser tratados los asuntos que motivaron la convocatoria y las sesiones se clausurarán una vez agotado el estudio de dichos asuntos (cf. Arts. 238, inc.11; y 184 Cn.).

– Le corresponde preparar y presentar a consideración de las Cámaras el proyecto anual de Presupuesto General de la Nación (Arts. 238, inc.14; y 216). En la presentación de este proyecto de ley el Poder Ejecutivo tiene iniciativa exclusiva.

– Debe rendir cuenta anualmente al Congreso sobre ejecución del Presupuesto General de la Nación (cf. Arts. 238, inc.13; y 202, inc.20, Cn.).

– El Poder Ejecutivo participa también en el proceso de formación de las leyes en la forma que se ha indicado más arriba.

h) Relacionados con el Poder Judicial

– El Presidente de la República puede *indultar o conmutar las penas impuestas por los jueces y tribunales de la República, de conformidad con la ley, y con informe de la Corte Suprema de Justicia* (Art. 238, inc. 10, Cn.).

El indulto consiste en liberar al favorecido con la medida, del cumplimiento total o parcial de la pena impuesta en virtud de una sentencia judicial firme. La conmutación consiste en sustituir una pena impuesta por sentencia judicial firme, por otra menor.

El indulto y la conmutación son facultades privativas del titular del Ejecutivo que, en ciertos aspectos, son discrecionales, y en otros, regladas.

Son discrecionales en cuanto corresponde al Presidente de la República, y solo a él, la decisión de ejercerlas o no; y también la decisión de quienes serán los beneficiados con una eventual medida, entre los que se encuentren en situación de ser indultados o de que sus penas sean conmutadas.

Las citadas facultades son regladas en cuanto deben ser ejercidas "de conformidad con la ley", es decir, en la forma y en los casos que la norma secundaria lo permite. Además, se debe contar con un "informe de la Corte Suprema de Justicia".

El indulto solo puede ser concedido al condenado que haya cumplido por lo menos la mitad de la pena (cf. Ley Nº 1285/98, Art. 1º).

En cuanto a la conmutación de penas, cada caso en que ella es posible debe estar expresamente establecido en la ley. Esta debe decir que tal pena puede ser conmutada por tal otra. Resulta absurdo considerar la conmutación de penas como una facultad de ejercicio absolutamente discrecional, en el sentido de que libremente se pueda sustituir "una pena más grave por otra más leve", pues ello implicaría reconocer al Presidente de la República el carácter de "Juez Supremo", por encima de cualquier órgano jurisdiccional. En la actualidad, no existe posibilidad de ejercicio de esta facultad, pues en la ley no está previsto ningún caso de conmutación de penas. Anteriormente estaba prevista la posibilidad de conmutación de la pena de muerte por el máximo de pena privativa de libertad.

El informe que la Corte Suprema de Justicia debe remitir al Poder Ejecutivo a los efectos de eventuales indultos o conmutaciones de penas, debe ajustarse al procedimiento previsto en la ley. Al respecto, la Ley N° 609, "Que organiza la Corte Suprema de Justicia", dispone en su artículo 15, inciso e, lo siguiente: "Competencia. Son deberes y atribuciones de la Sala Penal los siguientes: ... e) Elevar dictamen al pleno de la Corte para que ésta informe al Poder Ejecutivo sobre los casos previstos en el Artículo 238, inciso 10) de la Constitución ...".

La conmutación y el indulto no son facultades jurisdiccionales del presidente. No implican interferencia del Poder Ejecutivo en la órbita de la actividad jurisdiccional, pues las mencionadas facultades se ejercen después que la actividad de los órganos del Poder Judicial haya concluido al dictarse la sentencia definitiva. Al adoptar una de estas medidas, el Poder Ejecutivo no juzga nada, no modifica el proceso, ni afecta la cosa juzgada, solo se limita a

no ejecutar la pena o a substituirla por otra menor. El fallo judicial subsiste en cuanto a la reincidencia, la indemnización y las costas.

– El Poder Ejecutivo presta su acuerdo a los designados por la Cámara de Senadores como ministros de la Corte Suprema de Justicia (Art. 264. inc.1, Cn.).

i) De carácter económico-administrativo-financiero

– Al Presidente de la República le corresponde *dirigir la administración general del país* (Art. 238, inc. 1, Cn.).

– Dispone la recaudación e inversión de rentas de la República de acuerdo con el Presupuesto General de la Nación y con las leyes, y rinde cuenta anualmente al Congreso de su ejecución (Art. 238, inc. 13, Cn.). El Congreso puede aprobar o rechazar la ejecución presupuestaria, en todo o en parte, y previo informe de la Contraloría General de la República (cf. Art. 202, inc. 20, Cn.).

– Cuando el Estado por sí mismo se encarga de la explotación de bienes de su dominio privado (cf. Art. 178 Cn.), la actividad efectiva será desarrollada con intervención del Poder Ejecutivo.

– Le corresponde también al Presidente de la República la contratación de empréstitos, estando dicho acto sujeto a la aprobación o el rechazo de las Cámaras del Congreso (Arts. 178 y 202, inc.10, Cn.).

– En caso de emergencia nacional, el Poder Ejecutivo, con acuerdo de la Cámara de Senadores, puede resolver que la Banca Central del Estado acuerde créditos para financiar el gasto público, al margen del Presupuesto General de la Nación (cf. Art. 286 Cn.).

– El Poder Ejecutivo recibe la rendición de cuentas de la Banca Central del Estado, sobre la ejecución de las políticas a su cargo (cf. Art. 287 Cn.).

j) De intervención

– El Presidente de la República puede disponer la intervención de departamentos y municipalidades, previo acuerdo de la Cámara de Diputados, en los casos previstos en el artículo 165, Cn. La intervención solo puede durar noventa días, como máximo.

Está claramente establecido que la facultad de intervención corresponde al Poder Ejecutivo, de modo que si el mismo no la ejerce, la Cámara de Diputados no puede, por sí sola, disponer intervención alguna. En efecto, su facultad consiste, nada más, en dar o no su acuerdo a la decisión adoptada por el órgano ejecutivo.

k) Referentes al Estado de Excepción

– El Poder Ejecutivo puede declarar el Estado de Excepción. El Congreso debe aprobar o rechazar la medida dentro de las 48 horas, o de los ocho días, si hubiere sido adoptada durante el receso parlamentario (cf. Art. 288, 1er. y 3er. pfos., Cn.).

– Durante la vigencia del Estado de Excepción, el Poder Ejecutivo puede ordenar por decreto: i. la detención de las personas indiciadas de participar en alguno de los hechos que motivaron la adopción de la medida; ii. su traslado de un punto a otro de la República; y iii. la prohibición o la restricción de reuniones públicas y de manifestaciones (cf. Art. 288, 5° pfo., Cn.).

– Está obligado a informar de inmediato a la Corte Suprema de Justicia sobre los detenidos y sobre el lugar de su detención o traslado (cf. Art. 288, 7° pfo., Cn.).

– Al finalizar el Estado de Excepción debe informar al Congreso, en un plazo no mayor de cinco días, sobre lo actuado durante la vigencia de aquel (cf. Art. 288, último pfo., Cn.).

l) Referentes a la reforma y la enmienda de la Constitución

– El Presidente de la República puede solicitar (facultad de iniciativa) la reforma o la enmienda de la Constitución (cf. Arts. 289 y 290 Cn.).

m) Otros

– El Presidente de la República está investido de la facultad de convocar al Consejo de Ministros (cf. Art.243 Cn.).

– El titular del Ejecutivo debe enviar a la Contraloría General de la República la liquidación del Presupuesto General de la Nación, correspondiente al año anterior, dentro de los cuatro meses del año siguiente (cf. Arts. 282 y 283, inc. 2, Cn.).

Limitación. En virtud de lo dispuesto en el Art. 238, inc. 16 (*los demás deberes y atribuciones que fije esta Constitución*), los deberes y las atribuciones del Presidente de la República no pueden ser otros que los establecidos en el propio artículo 238 y en otros artículos de la Ley Suprema. En consecuencia, no está autorizada la ampliación de los mismos por medio de disposiciones de la ley secundaria.

DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL VICEPRESIDENTE

Disposiciones constitucionales

Artículo 227 Cn. *Del Vicepresidente*

Habrá un Vicepresidente de la República quien, en caso de impedimento o ausencia temporal del Presidente o vacancia definitiva de dicho cargo, lo sustituirá de inmediato, con todas sus atribuciones.

Artículo 239 Cn. *De los deberes y de las atribuciones del Vicepresidente de la República.*

Son deberes y atribuciones de quien ejerce la Vicepresidencia de la República:

1) sustituir de inmediato al Presidente de la República, en los casos previstos por esta Constitución;

2) representar al Presidente de la República nacional e internacionalmente, por designación del mismo, con todas las prerrogativas que le corresponden a aquél, y

3) participar de las deliberaciones del Consejo de Ministros y coordinar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo.

De acuerdo con la Constitución de 1870, el Vicepresidente ocupaba la presidencia del Senado (y por ende la del Congreso), mientras no hubiera necesidad de sucesión presidencial. La Constitución de 1992, con buen criterio, no le otorga tal función. En efecto, no se puede imponer al Congreso como presidente del mismo a un funcionario electo para desempeñar funciones en el ámbito del Poder Ejecutivo.

– La atribución más importante del Vicepresidente –aunque de ejercicio eventual–, es la de substituir al Presidente de la República en caso de falta definitiva de este. La substitución será de inmediato y –lo que resulta obvio en este caso– con todas las atribuciones del titular pues, en realidad, el Vicepresidente se convierte en Presidente.

– En caso de falta temporal del Presidente de la República, o como dice la Constitución, *en caso de impedimento o ausencia temporal,* igualmente lo substituye de inmediato y con todas las atribuciones de aquel.

– Le corresponde también representar al Presidente de la República nacional e internacionalmente, por designación del mismo y con todas sus prerrogativas.

– Asimismo, es atribución suya la de participar de las deliberaciones del Consejo de Ministros.

– La más relevante atribución del Vicepresidente, mientras no asuma la presidencia, es la de coordinar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. La trascendencia del ejercicio de la misma dependerá de la importancia que el Presidente dé a la intermediación del Vicepresidente y a la actividad que éste sea capaz de realizar. La facultad es amplia e indefinida, pero indudablemente incluye su participación en todas las etapas del proceso de formación de las leyes en que el Ejecutivo tenga intervención. Por tanto, el Vicepresidente debe tener conocimiento de los proyectos de ley preparados por el Poder Ejecutivo y participar en su discusión en el seno del Consejo de Ministros. Es más, sin desconocer que el veto es atribución privativa del Presidente, es necesaria la consulta con el Vicepresidente.

En sede parlamentaria, el Vicepresidente debe tomar conocimiento de todos los proyectos de ley existentes y el estado de su tratamiento, en particular de los presentados por el Poder Ejecutivo.

La experiencia con los vicepresidentes que hemos tenido bajo el régimen de la Constitución de 1992, no ha sido positiva. El modo en que está legislado el cargo de Vicepresidente, concediéndole escasas atribuciones y colocándolo en una situación de gran dependencia del Presidente de la República en cuanto al mayor o menor protagonismo que pudiera tener en el ejercicio de funciones gubernativas, pueden convertirlo en irrelevante. Como se ha apuntado, solo dos de las atribuciones del Vicepresidente son realmente significativas: sustituir en forma definitiva al Presidente de la República y

coordinar las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo. La primera no pasa de ser algo así como un derecho en expectativa, el cual puede que nunca se haga efectivo; la segunda no puede ejercerse sino existiendo una relación con el Presidente caracterizada por la proximidad, la coincidencia de criterios y un amplio espíritu de colaboración. Dándose estos presupuestos, quizás también cobraría cierta relevancia la participación del Vicepresidente en las deliberaciones del Consejo de Ministros, órgano en el cual necesariamente deben discutirse los proyectos de ley del Ejecutivo (como competencia de dicho cuerpo está el "considerar las iniciativas en materia legislativa"), (Cf. Arts. 239 y 243 Cn.).

CADUCIDAD DE INSTANCIA DESPUÉS DE LA SENTENCIA

Por Carmelo A. Castiglioni (*)

Planteamiento de los problemas a analizar: Son muchas las situaciones que se presentan casos muy particulares sobre el tema de la caducidad de instancia, especialmente, aquellas que se dan después de dictarse sentencia. Son frecuentes los casos en que los jueces proceden a declarar la caducidad de instancia después de haber dictado sentencia definitiva, solo por falta de notificación. Pero, el caso más llamativo es una nueva situación procesal, que la creatividad de los colegas abogados introdujo en el debate, cual es la caducidad de la concesión de los recursos. Todos estos temas, por su frecuencia y por la forma en que suele resolverse, ameritan algunas reflexiones que analizaremos puntualmente.

CADUCIDAD DE INSTANCIA DESPUÉS DE DICTARSE SENTENCIA, PERO SIN NOTIFICARSE LA MISMA

1. Introducción

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, nacional y extranjera, continúan vacilantes ante el problema planteado con la declaración de caducidad dispuesta, por el mismo órgano que la dictó, después de dictarse sentencia definitiva. Primero, hay que distinguir varios casos: a) el caso en que se notificó a las partes la sentencia definitiva; b) aquel otro caso en que no se notifi-

(*) Profesor Asistente de la materia de Derechos Intelectuales en Facultad de Derecho de la UNA, Profesor del curso de Pos grado de la Carrera de derecho en la Universidad del Norte, Actual miembro del Tribunal de Apelación Civil y Comercial Quinta Sala de la Capital.

có la sentencia definitiva; y c) aquel que se notificó y se recurrió de nulidad y apelación y quedó en secretaría durante seis meses.

La caducidad sería un medio fácil de revertir una sentencia adversa y debe atenderse en no caer en arbitrariedades trasgrediendo el espíritu de la norma que la regula.

El problema que ocasiona esta situación hace que la decisión sobre el problema requiera una serena y reflexiva decisión por su implicancia.

La situación, además, puede presentarse en muchas clases de situaciones obscuras y nuestra justicia necesita una imagen de transparencia y la solución que se le dé a este problema incidirá en ello.

¿Qué pasaría en el caso, cuando el juicio llegue al estado de resolución y el ingenuo demandante se ponga a esperar la sentencia mientras que el mismo día en que se puso en ese estado ya se la dictó y que por un descuido quede perdido en algún cajón sin haberse notificado?

¿En qué situación pondríamos al abogado y ni qué decir al justiciable, que recurre ante la secretaría del Juzgado a pedir noticias de su expediente y se le informe que está en el despacho siendo que durante ese tiempo ya le estaba corriendo el plazo de caducidad después de dictarse sentencia definitivas es que esto se puede? La caducidad de instancia no puede correr desde que se llama “Autos para sentencia” y menos aún después de haberse dictado la misma .Empero, muchos no comparen esta idea.

¿Qué pasaría con aquel abogado que litiga de buena fe frente a aquel otro que, con una sentencia adversa que solo para dejar sin efecto la sentencia lo hace desaparecer durante seis meses, o hace simplemente desaparecer la notificación realizada? Esto no es nada improbable. Esto no es un trámite normal ni procesal, pero sabemos que existe.

Lo primero que debemos tener en cuenta para estos casos es que el principio de buena fe consagrado en el Art. 51 del C.P.C. establece el deber de actuar en el juicio con buena fe. Es cierto que en Art. 54 del mismo cuerpo legal parecería limitar este principio con unas enunciaciones taxativas. Pero la buena fe es un valor genérico y no puede reducirse a aquellos que enuncia la ley. El concepto de buena fe necesita ser reelaborado por su implicancia procesal y atacar las picardías procesales. Por otra parte, el Art. 372 del Código Civil también enuncia: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El

ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley." Es interesante para el caso que nos ocupa, la parte de dicho Art.372 en donde dice: "Cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos". Este pensamiento es valioso para solucionar estos temas, pues el fin que justifica la caducidad de instancia es castigar la negligencia o el desinterés del actor. Por tanto, no es solo cuestión de plazo, sino que no se altere el fin que se tuvo para prever la caducidad de instancia.

Por otra parte la caducidad de instancia después de dictarse sentencia definitiva, se podría prestar a muchas situaciones injustas y en principio no corresponde dictar la caducidad porque ya concluyó el proceso, si es que quedó firme la misma.

Conceder la caducidad en esa situación, antes que nada, plantearía un problema de moralidad. Dirán algunos seguidores de Kelsen que la moral nada tiene que ver con el derecho, pero, sin entrar a discurrir sobre este problema, simplemente basta tener en cuenta que desde que la buena fe adquirió carta de ciudadanía en nuestro derecho positivo, la moral es fundamento de ciertos aspectos del derecho, por lo menos en donde se exige la buena fe. Y esta buena fe merece ser protegida, porque es el comienzo de la prevalencia lo justo en el derecho, en vez de las formas.

El problema requiere ser resuelto con algún rigor y fundado en la razón del derecho, para lo cual debemos respaldarnos en la teoría y ajustarlo a la normativa vigente. El tema da para mucho, pero por lo menos nos proponemos insertarnos en el debate que ocasiona el problema y asumir alguna postura sobre el mismo desde el punto de vista teórico.

2. Planteamiento del problema de la caducidad de instancia después de dictarse sentencia

La aparente laguna legislativa sobre la materia, y fíjense que decimos aparente ,porque creemos que no existe tal vacío legal, pero esto nos lleva a buscar solución en otras fuentes, dado que de hecho se plantea esta situación y en la jurisprudencia no existe uniformidad de criterios en la solución.

a) *El problema desde el punto de vista teórico*: Desde este punto de vista, se plantea el problema de si la instancia abarca la notificación de la sentencia inclusive. Para ello debemos precisar qué entendemos por "instancia". Una vez aclarado el concepto, debemos establecer hasta qué momento del proceso se extiende la "instancia".

Roberto G. Loutay, F. Ranea y Julio Ovejero dicen que es: "el ejercicio de la acción en juicio desde la contestación hasta la sentencia definitiva".

En tanto que Lino Palacio lo define como "el conjunto de actos procesales que se realizan desde una petición inicial que abre un grado de jurisdicción o una etapa incidental del proceso, hasta la notificación del pronunciamiento que acoja o deniegue esa petición".

Por lo pronto, podemos decir que esta palabra tiene muchos sentidos y uno de los caminos para solucionar el problema es dilucidar el sentido de la palabra "instancia" para la caducidad.

Instar es requerir o insistir en un pedido, e instancia, entonces, es espacio de tiempo entre la acción instaurada y la decisión del Juzgado y ya no integra la instancia, aunque sí el proceso.

b) *Desde el punto de vista legal*: El problema desde el punto de vista legal, como apuntáramos, es el vacío legal. Sin embargo en la sistemática de las normas de caducidad existen algunos elementos que pueden ayudar a integrar la norma que falta.

c) *Algunas hipótesis de solución.*

3. La interpretación del Art. 163 C.P.C. y su relación con las normas que hacen referencia a la caducidad

El Art. 163 C.P.C. ayuda a solucionar el problema planteado en la doctrina, puesto que sería una dificultad insalvable el texto de dicho norma, en cuya virtud, "*Pronunciada*" la sentencia el juez pierde competencia sobre el proceso y por tanto se cierra la instancia y desde luego no puede volver a reabrirlo *motu proprio*. Si de alguna manera el Juzgador de Primera Instancia no retiene su competencia, el mismo no puede válidamente declarar la caducidad de su propia sentencia sin arriesgar una nulidad.

Si diéramos por cierto lo que dice Lino Palacio en cuanto que la instancia alcanza la notificación de la sentencia definitiva y basado en ello, le diéramos posibilidad al juez de rever su propia sentencia definitiva para declarar la caducidad, nos encontraríamos con una contradicción. La sentencia es una forma de concluir el proceso. Es la forma regular de hacerlo. La caducidad también es una forma de concluir el proceso. Si el juez después de dictar sentencia definitiva declara la caducidad, sin anular su propia sentencia defi-

nitiva, estaría concluyendo dos veces el proceso, lo cual es un absurdo. Esto nos lleva a concluir que una vez dictada sentencia definitiva sin estar notificada la misma, significa que aún no está firme y, por tanto, la competencia del juez aún subsiste y podría declarar la caducidad de la instancia, si es que se constata que el plazo de caducidad venció antes de dictarse sentencia. Esto es así, en razón de que no estando cerrado el proceso, la caducidad podría ser declarada de oficio, porque la caducidad se opera de derecho por el solo transcurso de tiempo y la inactividad de las partes y, además, porque no puede cubrirse con actos posteriores, en este caso, para declarar la caducidad, antes el juez debería necesariamente anular su propia sentencia definitiva. Lo cual es también un tema discutible. Pero en la hipótesis de que no se haya notificado, es factible. En el caso de que la sentencia quedara consentida y ejecutoriada, significa que ya entró en autoridad de cosa juzgada y ya no puede retrotraerse ni reabrirse el proceso, aun cuando hubiese vencimiento del plazo de caducidad. La cosa juzgada es una medida se seguridad para la estabilidad de los derechos y es también de orden público y no pueden reabrirse procesos fenecidos. Declarar la caducidad después de quedar firme la sentencia, sería reabrirse el proceso.

Pero, tampoco puede hacerlo el juez de la Instancia Inferior, cuando se planteó recurso de nulidad y apelación y se concedió el recurso, pues, el juez de primera instancia ya perdió competencia y el tribunal aún no lo tiene. En este caso, no corresponde declarar la caducidad de los recursos porque en este ínterin no existe instancia sino un trámite administrativo y ni la primera ni la segunda tienen competencia para declarar ninguna caducidad.

4. Validez y eficacia de la sentencia

Desde otra perspectiva, debemos atender un problema arduo en la teoría del derecho, cual es el debate sobre la validez y la eficacia de la norma. Esta distinción es conducente a la solución del problema, porque lo válido no puede desarticularse por el mismo juez que dictó la sentencia, al que solo le falta eficacia, cual es realizar la notificación. ¿Puede el mismo juez rever su propia sentencia?

La falta de notificación de la sentencia definitiva tiene que ver con la eficacia de la misma, no con su validez.

Si es que la constitución de la instancia se hace a los efectos de resolver un caso, por lo que al dictarse sentencia definitiva ya no hay instancia, pues se ha dispuesto una norma válida, en todo caso persiste el proceso pero no la

instancia, pues el juez que la dictó no puede modificarla válidamente por sí mismo. La caducidad de instancia después de dictarse sentencia es una modificación de la sentencia dictada por el mismo, lo cual pervierte de un modo importante los principios del derecho procesal, especialmente el de preclusión.

5. El problema de dictar la caducidad de la propia sentencia plantea problemas prácticos y éticos

La posibilidad de que el juez pueda dejar sin efecto su propia sentencia definitiva plantea el problema procesal, de si el mismo todavía tiene competencia para anularla o revocarla a la luz de lo que establece el Art.163 C.P.C. Esta competencia la tiene solo del Tribunal de apelación y el juez no puede por la vía de la reposición revocarla por contrario imperio, pues no es una resolución de mero trámite, sin embargo, si alguna de las partes plantea recursos de nulidad y apelación, ya pierde competencia.

6. No existe la caducidad de los recursos

¿Qué pasa con la etapa intermedia entre la concesión de los recursos de nulidad y apelación, y el expediente queda en Primera Instancia? En primer lugar, no existe la caducidad de los recursos y, por otra parte, en ese ínterin no hay instancia, porque la de primera concluyó con la sentencia definitiva, en tanto no suba el expediente al Tribunal de Apelación tampoco se formó la instancia en esta etapa del proceso. Incluso, la segunda instancia se abre recién que la parte apelante esté notificada de la primera resolución.

7. Conclusiones

a) La caducidad de instancia después de dictarse sentencia es improcedente, porque dictada la misma, ya no hay nada que instar, pues la notificación es solo una cuestión que hace a la eficacia de la sentencia, pero no sobre la existencia de la instancia que quedó agotada.

b) El propósito de la instauración de un proceso es que se dicte sentencia; por lo tanto dictada la misma, ya no tiene objeto el proceso y no hay nada que instar y, por tanto, es incongruente disponer la caducidad de la instancia, porque al juez le está vedado revocar su propia sentencia definitiva, más aún si ya fue notificada y consentida o si fuese recurrida. Si la sentencia definitiva no fue a Estadística tal vez, por una economía procesal podría admitirse la posibilidad de que el juez, al advertir que transcurrió el plazo, pueda dejar sin

efecto su sentencia definitiva, porque está dentro de su ámbito privado, pero si la misma tomó estado público, no puede hacerlo. Lo que no puede hacer es declarar la caducidad sin anularse la sentencia definitiva.

c) La instancia no es lo mismo que el proceso, pero en una sentencia no notificada ya no hay instancia aun, cuando continúa el proceso.



EL CONTRATO DE TRANSPORTE MULTIMODAL

Por Víctor Alfonso Fretes Ferreira (*)

1. Introducción

Estamos en una economía globalizada y las exigencias del mercado requieren un trasportador moderno y competitivo que garantice la participación de los productos en condiciones de competitividad en los mercados. El transportador tradicional, cuya fortaleza económica se centra en el número de vehículos que posee y en las rutas en que presta el servicio, no tiene alternativa; si no se transforma, desaparecerá. El transportador moderno, que se requiere actualmente, centra su fortaleza en el conocimiento del mercado, conocimiento de las operaciones de carga, conocimiento y destreza en los trámites documentarios y es un asesor y cómplice de sus clientes. El éxito del transportador moderno depende del éxito de sus clientes.

2. Definición

EL Transporte Multimodal es el porte de mercancías por dos modos diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un único Contrato de Transporte Multimodal, desde un lugar en que el Operador de Transporte Multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.

3. Condiciones

Ese trasporte mixto o combinado (realizado por dos o más medios de traslación) puede conformar un trasporte "multimodal" cuando resulte una sola operación jurídica, dándose las siguientes condiciones:

(*) Profesor Asistente de Derecho Marítimo – Filial Quiindy.

1) se concierte como una sola operación fáctica;

2) se emita un solo documento de porte por toda la operación, aplicándose una sola tarifa, y

3) una sola persona asuma la responsabilidad por todo el transporte, sin perjuicio de extenderla a otras más.

4. El Operador del Transporte Multimodal

El Operador de Transporte Multimodal (OTM) es la persona que celebra un Contrato de Transporte Multimodal y asume la responsabilidad de su cumplimiento en calidad de porteador.

5. Situación actual

El Transporte Multimodal, no solo es una expresión moderna del transporte, sino que principalmente es una forma eficiente y adecuada, a los nuevos requerimientos del mercado, de trasladar las mercancías entre un origen y un destino.

En este mundo vertiginoso, es necesario agilizar en lo más posible todas las actividades. Es por ello que a modo de evitar complicaciones innecesarias, los dueños de mercaderías generalmente optan por contratar los servicios de un Operador de transporte, que realice todas las operaciones necesarias, sin que el dueño intervenga en ningún momento. De ahí la imagen gravital en la actualidad del Operador de Transporte Multimodal, ya que, el agente es el responsable de toda la operación desde el origen de la mercancía hasta su destino final.

Aunque el trasporte multimodal se aplica, casi en exclusividad, a la carga unitarizada en contenedores, podría darse también con cargas fraccionadas o surtidas y, aunque en menor escala, con cargas a granel trasladadas por buques, aeronaves, camiones, ferrocarriles y ductos, siempre que se haga como una sola operación, con la emisión de un solo documento de porte y bajo un solo responsable durante toda la travesía.

6. El documento del Transporte Multimodal

La constatación por las compañías navieras de la conveniencia de extender su actuación como a las fases anterior y posterior al transporte maríti-

mo determinó la introducción en los conocimientos de cláusulas en las que el emisor realiza el transporte por medio diferente al marítimo. En tal caso el documento pasa a ser –a pesar de que en ocasiones se conserve la denominación through Bill of Lading– el título probatorio de un contrato de transportes realizado por diversos medios físicos, es decir, del transporte multimodal (MT). Los documentos que emitan los nuevos empresarios y Operadores del Transporte Multimodal (MTO) recibirán la denominación de Documentos del Transporte Multimodal (MTD).

El desarrollo del Transporte Multimodal se debe principalmente a la aparición de nuevas formas de embalaje ("containers") y de vehículos que permiten la conexión de los transportes realizados por diferentes medios. Pero junto al referido dato técnico, la moderna significación del MT se explica por el cambio estructural del mercado europeo del transporte. La progresiva liberalización del mismo y la desaparición de los contingentes y otras barreras nacionales pueden provocar la aparición de un mercado altamente competitivo, en el que solo puedan actuar operadores capaces de integrar los diferentes medios de transporte.

Gran parte de los problemas que presentan los nuevos documentos emitidos por los MTO se relacionan con la ausencia de un régimen jurídico unitario aplicable al MT en su totalidad.

Indudablemente, los problemas que estos títulos plantean, dependen de la existencia de una pluralidad de sujetos que intervienen en la ejecución del contrato de transporte. Por esta razón, las conclusiones que se extraigan en relación con el MDT serán, en gran medida, aplicables al conocimiento directo. Pero, por otro lado, el transporte multimodal presenta una problematicidad propia relacionada con la pluralidad de regímenes legales de responsabilidad previstos para cada fase del transporte unimodal, y con la necesidad de delimitar con carácter previo cuál es el concepto de porteador en el contrato de transporte. Ambas circunstancias influirán en el valor "comercial" que se deba atribuir a los documentos típicos de este tráfico.

Las principales dificultades que entraña esta pluralidad normativa surgen a la hora de determinar el régimen de responsabilidad aplicable.

Quien contrata un servicio de transporte multimodal es consciente de que si hubiera llegado a un acuerdo diferente para cada fase, las mercancías quedarían sometidas a diversos regímenes de responsabilidad. Ahora bien, la finalidad económica perseguida con el MT es prescindir de esa pluralidad de

contratos. No resulta fácil, sin embargo, que a la unidad contractual se corresponda un único régimen legal. En cualquier caso, la respuesta a la cuestión de la normativa aplicable depende de cómo se delimite el ámbito de aplicación de los diversos regímenes jurídicos unimodales. Esta delimitación puede responder a diversos esquemas.

El primero, y de más sencilla compresión, es el que somete cada una de las fases del MT al régimen legal específicamente previsto para la misma. Este es el puro sistema de red (network), cuyos inconvenientes derivan de la excesiva aleatoriedad e inseguridad que entraña, ya que, al no establecerse un único tipo de responsabilidad para todo el viaje, el régimen aplicable al contrato depende de la fase en que se ha producido el daño. Además es incapaz, por sí solo, de permitir la determinación del régimen jurídico aplicable cuando no sea posible la localización del daño en una fase concreta. Surge, así, un problema de prueba en el que el MTO pretenderá demostrar que el daño se produjo en la fase en donde el régimen de responsabilidad es menos riguroso. En caso de que no fuera posible esa prueba, se habría de aplicar el régimen más riguroso. Pero, por otro lado, no resulta sencillo determinar cuál es el modelo más oneroso para el porteador, ya que el cúmulo de variantes y circunstancias a tener en cuenta (presupuestos de responsabilidad, régimen de la carga de la prueba, la existencia y extensión de una limitación legal máxima de la deuda) dificultan en gran medida aquella investigación.

Por estas razonas, en algún sector de la doctrina se ha propugnado el establecimiento de un régimen unitario de responsabilidad para todo el transporte multimodal, que atienda las peculiaridades propias de este tipo de transporte. Las dificultades para alcanzar este objetivo son abundantes. Estos obstáculos provienen, sobre todo, del recelo de los porteadores a someterse eventualmente a un régimen de responsabilidad más rígido que el aplicable a aquella fase en que efectivamente se produjo el daño, cuando se conocía aquel dato. No obstante, también se alegan razones de índole técnico-jurídica. Se afirma que un régimen unitario chocaría con la aplicación de la mayoría de los convenios internacionales unimodales. Pero este argumento no es aceptable, ya que el carácter imperativo de aquellos tratados supone únicamente la prohibición de que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes excluyan su aplicación. Cuando se propone la elaboración de un régimen legal unitario para el transporte multimodal, el supuesto de hecho sobre el que se aplicaría es, por definición, un transporte en que se conjugan varios medios físicos. De esta forma, en caso de aprobarse esta nueva normativa, ello habría de suponer automáticamente la reducción del ámbito de aplicación de la normativa establecida en los Convenios unimodales.

Por otro lado, en caso de inclinarnos por la elaboración de un régimen unitario, en un plano de política jurídica, el problema estribaría en determinar qué tipo de régimen habría de considerarse el más apropiado. Si se opta por un sistema similar al del transporte marítimo, en el que el régimen de responsabilidad aplicable al porteador resulta tradicionalmente poco riguroso, se situará a los expedidores en peor situación que aquella en la que se encontrarían de haber contratado el transporte correspondiente a las fases no marítimas. Por el contrario, la agravación del régimen de responsabilidad encontrará la oposición de las compañías navieras (hoy por hoy, principales empresas de transporte) y, en general, serias dificultades para su aprobación.

En los formularios de las empresas de transporte, se prevé habitualmente la aplicación del régimen legal de responsabilidad correspondiente a cada fase a los daños sufridos durante la misma. Para solventar los supuestos en que no es posible la localización del daño, se establece un régimen aplicable subsidiariamente.

En relación con el régimen específicamente previsto para los daños "no localizables" se aprecian, a su vez, dos opciones. Por un lado, puede existir una remisión a un régimen conocido y extendido en el tráfico, que en la generalidad de los casos suele ser el de las Reglas de La Haya-Visby. Pero, por otro lado, la remisión puede realizarse a un régimen unitario prerredactado por el emisor del título para el supuesto en que no pudiera determinarse en qué fase se produjeron los daños.

En esta misma línea la Convención de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal distingue la relación existente entre el MTO y el cargador, y aquella que une al MTO con los porteadores que ejecutan cada una de las fases. A la segunda relación se aplican las normas unimodales. Por el contrario, el contrato entre el transportista multimodal y el expedidor queda sometido a un régimen de responsabilidad conocido como "sistema de red" (network) corregido" (artículo 19). El MTO responde, en principio, conforme al régimen aplicable a cada fase. Sin embargo, para los supuestos en que el daño no estuviera localizado en ninguna de las fases concretas del trayecto, se fija un nuevo régimen de responsabilidades uniforme. A pesar de sus limitaciones, la entrada en vigor de este Convenio supondría un importante avance en la consecución de un régimen jurídico aplicable a esta nueva forma de transporte. En efecto, en un gran número de casos cabría esperar la aplicación del régimen previsto para los daños no localizados, ya que la extensión del transporte en "containers" cerrados dificultará en la generalidad de los casos la prueba relativa al momento en que se ha producido el daño.

8. Transporte Multimodal

EL Transporte Multimodal es el porte de mercancías por dos modos diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un único Contrato de Transporte Multimodal, desde un lugar en que el Operador de Transporte Multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.

El Operador de Transporte Multimodal (OTM) es la persona que celebra un Contrato de Transporte Multimodal y asume la responsabilidad de su cumplimiento en calidad de porteador.

La gran diferencia del Transporte Multimodal con los contratos tradicionales, es que en esta modalidad de contratar el servicio de transporte, el generador de la carga o expedidor, hace un solo contrato con un operador de transporte que asume la responsabilidad tanto de la coordinación de toda la cadena entre el origen y el destino de la mercancías, así como de los siniestros que pudieran presentarse a la carga y los siniestros a terceros o a los bienes de terceros que la carga pueda ocasionar.

Los servicios que pueden incluirse en un Contrato de Transporte Multimodal pueden iniciarse con el recibo de la mercancía en la bodega del productor y entregarse en las instalaciones del vendedor que pueden ser sus puntos de distribución final en diferentes locales o almacenes.

Adicionalmente, el Operador de Transporte Multimodal puede comprometerse a brindar un servicio de abastecimiento a su cliente en forma regular y justo a tiempo. Este es el único contrato de transporte que incluye el justo a tiempo.

Ante un siniestro, en cualquier lugar o momento del recorrido de las mercancías, el expedidor o dueño de la carga tiene un solo interlocutor que le responde por la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías.

El Transporte Multimodal, no solo es una expresión moderna del transporte, sino que principalmente es una forma eficiente y adecuada, a los nuevos requerimientos del mercado, de trasladar las mercancías entre un origen y un destino.

El gran alcance del Transporte Multimodal es lograr que la combinación de modos de transporte sea competitivo frente al transporte unimodal,

segmentado o combinado, y logre transformar en una realidad la complementariedad de los modos de transporte. Por esta razón la implementación del Transporte Intermodal es un requisito para hacer posible el Transporte Multimodal.

Los múltiples contratos que es necesario hacer en una operación de transporte internacional tradicional, ha obligado a que el industrial se distraiga de sus actividades fundamentales para atender los requerimientos del transporte. El Transporte Multimodal permite a los industriales trasladar sus mercancías, desde el origen hasta el destino final con un solo contrato de transporte, con atenciones técnicas de la carga, menores costos de transporte, en la cantidad adecuada y con la frecuencia requerida.

Algunos de los contratos y actividades que es necesario realizar técnicamente en el transporte internacional de una mercancía, son: el embalaje, la consolidación de contenedores adecuadamente estibados, la transferencia intermodal, el transporte efectivo por los diferentes modos, cargue y descargue, almacenamiento, trámites e inspecciones aduaneras. Todas estas actividades pueden estar a cargo y bajo la responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal.

El transportador tradicional no requiere conocer la normatividad a nivel mundial, ni sus diferencias, ni ser experto en los desarrollo del mercado. Por el contrario, esto es un requerimiento del OTM, quien debe ser un experto en todas y cada una de ellas. El capital mas importante del OTM, es tener conocimiento e información actualizada del mercado, y una red de comunicaciones y agentes que soporte las operaciones y le permita ofrecer servicios eficientes.

El movimiento de grandes volúmenes de carga de comercio internacional se hace principalmente a través del transporte marítimo, lo que obliga a que las mercancías deban trasladarse hasta el puerto para su embarque o desde el puerto hasta los centros de consumo. Los traslados internos se pueden hacer por uno o varios modos de transporte dependiendo de las alternativas existentes, la vocación de la carga y la vocación de los modos de transporte.

En condiciones normales el transporte incluye un riesgo, pero este se incrementa en la medida en que aumentan los intercambios modales. Hay dificultades para determinar la ubicación del actor responsable del daño sufrido en el transporte de las mercancías cuando han intervenido múltiples operadores. El Transporte Multimodal pone en cabeza del OTM la responsa-

bilidad total, ante el usuario, en el transporte de las mercancías, desde su origen hasta su destino final.

El OTM asume frente al usuario una responsabilidad total por el movimiento de la mercancía desde el origen hasta el destino. Es decir, que independientemente del trayecto (marítimo, ferroviario, carretero, fluvial o aéreo) donde haya ocurrido el daño o la pérdida de la mercancía, el OTM es quien debe responder frente al usuario, por dichas eventualidades, salvo las circunstancias exonerativas establecidas en la normatividad.

El concepto de tiempo y de justo a tiempo se introduce en las nuevas formas de contratar el servicio de transporte desde la bodega del industrial o del vendedor en el país de origen hasta la bodega del comerciante o del comprador en el país de destino. Los negocios se hacen en un momento determinado, el industrial necesita programar el consumo de materias primas. Los equipos y maquinarias deben estar en el momento de la puesta en marcha de una explotación minera o industrial, el día siguiente puede ser demasiado tarde.

La certeza de un transporte "justo a tiempo", permite programar los inventarios y contar con los equipos, materias primas o productos terminados en el lugar indicado, en la cantidad requerida y en el momento oportuno, disminuyendo así los costos de producción y comercialización al evitar, entre otros, las grandes instalaciones de almacenamiento, los tratamientos y atención a mercancías especiales. Tanto las deficiencias como los excesos incrementan los costos, bajan el rendimiento y pueden afectar la calidad del producto.

Las relaciones de competitividad en que se enfrentan los productos de diferentes países del mundo, requieren de una mayor especialización de las diferentes actividades económicas y de servicios, para aumentar calidad, oportunidad de la producción, oportunidad en la entrega y menores costos.

El trasporte de mercaderías puede llevarse a cabo mediante más de un transportador, presentándose en general dos situaciones básicas: a) que el cargador celebre distintos contratos de trasporte con diversos trasportadores, en cuyo caso cada contrato mantendrá su independencia respecto de los demás; y b) que el cargador celebre con el primer transportador un contrato único a cumplirse por medio de otros trasportadores, pero asumiendo aquél la Obligación de entregar la mercadería en destino.

Este último caso puede suponer la utilización de un mismo medio de transporte en todos los contratos (buque) o de distintos medios de trasporte (ferrocarril, buque, aeronave), pero amparada la operación total por un solo documento: el conocimiento directo. En estos trasportes acumulativos, nos hallamos con un primer transportador que recibe la mercadería y se obliga en forma indivisible a entregarla en destino, para cuyo cometido actúa como comisionista de transporte al celebrar con el siguiente transportador el contrato mediante el cual este continúa con el cumplimiento de la obligación. El transportador intermedio se obliga a trasportar la mercadería entre el lugar en que la recibe del anterior transportador y el lugar en que la entrega al siguiente, que si es el último transportador, completa la ejecución del contrato único entregando la mercadería al destinatario.

Los problemas más interesantes que plantea esta modalidad se ubican en el cuadro del régimen de la responsabilidad.

Cabe señalar que si bien la práctica de los trasportes acumulativos se conoce y lleva a cabo desde hace mucho tiempo, un nuevo elemento tecnológico ha introducido recientemente una forma distinta de trasporte que ha planteado agudos problemas en el plano económico, comercial, técnico, bancario, aduanero, jurídico, etc., y que requiere una normativa apropiada. Nos referimos al empleo de containeres.

Los sistemas legales tradicionales en materia de comercio y trasporte internacionales resultan insuficientes por cuanto no han sido concebidos para este nuevo tipo de actividad, particularmente porque los puntos de transferencia de riesgos de vendedor a comprador y los puntos de control del contenido del container por parte del transportador, han sido modificados. Ante la multiplicación de lo problemas emergentes se impone dictar normas adecuadas, tanto internacionales como nacionales.

7. Ventajas que ofrece el Transporte Multimodal

El Transporte Multimodal presenta beneficios para el país, para los transportadores y para los usuarios. Algunos de estos beneficios son:

Para el país

Descongestión de los Puertos Marítimos; Menores costos en el control de las mercancías; Mayor seguridad del recaudo de los tributos; Autocontrol del contrabando; Reducción en costos de recaudos de Tributos Aduaneros;

Mayor competitividad de nuestros productos en los mercados Internacionales; y Menores precios de las mercancías importadas.

Para el OTM y el transportador efectivo

Programación de las actividades; Control de la carga de compensación; Carga bien estibada (evita siniestros); Programación del uso de vehículos de transporte; Programación de Ingresos; Continuación de Viaje hasta el destino final; A diferencia del Tránsito Aduanero, el OTM no requiere de una SIA para solicitar la Continuación de Viaje; el OTM es DECLARANTE; Reconocimiento del Documento de Transporte Multimodal como documento aduanero; Tratamiento preferencial en aduanas de ingreso y de paso; la carga amparada por un Documento de Transporte Multimodal debe ser autorizada para continuar viaje el mismo día que se solicita.

Para el usuario

Menores costos en operación total de transporte; Menores Tiempos de Viaje; Programación de los despachos y tiempos de viaje; Programación de inventarios; Certeza en el cumplimiento de la operación; Tener un solo interlocutor con responsabilidad total; Atención técnica de manejo de la carga; Menores riesgos de pérdida por saqueo o robo; y Capacidad de negociación (grandes generadores).

8. Diferencia entre el Transporte Unimodal y el Multimodal

El transporte Unimodal, es el que permite el traslado de mercancías de un lugar a otro, utilizando un solo modo de transporte, mientras que el Transporte Multimodal, es el porte de mercancías por dos medios diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un único contrato de Transporte Multimodal, desde un lugar en que el Operador de Transporte Multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega.

Existen varias diferencias entre estos dos tipos de transporte, como la forma del contrato, es decir, que el Transporte Unimodal se realiza a través de un solo medio de transporte, y en el Transporte Multimodal, se realiza por medio de dos o más medios de transporte. Pero la diferencia más importante radica en la responsabilidad por la carga, ya que, el Operador del Transporte Unimodal, es responsable por la carga solamente durante la duración del transporte efectivo, es decir, se inicia y termina con el viaje; mientras que el Operador del Transporte Multimodal asume la responsabilidad tanto de la coordi-

nación de toda la cadena entre el origen y el destino de las mercancías, así como de los siniestros que pudieran presentarse a la carga y los siniestros a terceros o a los bienes de terceros que la carga pueda ocasionar.

9. Conclusiones

La autonomía del Transporte Multimodal y su relación con la autonomía de los Transportes Unimodales

Lo que se trata de averiguar ahora es si el contrato de Transporte Multimodal es autónomo o es una categoría inserta en el del contrato de transporte en general. Para llegar a una construcción adecuada, primeramente se revisará la autonomía de los transportes unimodales, para luego llegar a lo que corresponde al Transporte Multimodal.

Para empezar a hablar de autonomía es necesario, primero ver las varias facetas que reúne una disciplina jurídica. Así podemos decir que la autonomía puede ser: legislativa, jurisdiccional, didáctica, científica. En referencia a la primera, tenemos que se refiere a la que se traduce en la normativa, es decir, tuvo un desarrollo normativo, que se traduce en Códigos y Leyes. La segunda se refiere a la posibilidad de solucionar conflictos, lo que implica a su vez la existencia de órganos con competencia exclusiva en la materia (jueces, funcionarios). La tercera es la relacionada con la enseñanza, es decir que tenga un programa propio en el currículum educativo. En cuanto al último tipo de autonomía, esto implica una sistematización, de modo que el que busca una solución debe hallarlo en ese mismo sistema de normas y de acuerdo con sus propios principios.

La autonomía del transporte

Se entiende que existe transporte cuando se provoque el desplazamiento de personas o cosas desde un punto a otro distante de aquel primero. Esta actividad puede asumir diversas aristas o vertientes, de acuerdo a que asuma un carácter mercantil, o sea, tenga un carácter habitual y repetitivo, y que tenga un fin lucrativo. Además, está la diferenciación entre los transportes realizados por los diversos medios, es decir, terrestre, fluvial, aéreo, etc., los cuales tienen ya que tienen sus propias reglas y principios.

Este contrato tiene caracteres, los cuales son: consensual, oneroso, bilateral, accesorio, no solemne, "*sui generis*" y de adhesión. Podría decirse que el contrato de transporte, como figura contractual, tiene una parte idénti-

ca y común, y sin importar la especificidad del transporte, estos son el expedidor, o cargador y el destinatario o consignatario, respectivamente. Sin embargo las especificidades difieren de acuerdo a que se trate de un porteador terrestre marítimo o aéreo. La diferencia entre éstos no radica solo en el tipo de transporte empleado, sino en las diferentes características y los riesgos implicados. Lo que se puede acotar es la existencia de una obligación de resultado de parte del transportador, cual es el de entregar las mercaderías a destino, entregándoselos al consignatario en las mismas condiciones que la recibió. De acuerdo a lo antedicho, podría resultar que la naturaleza jurídica del contrato de transporte es una locación de obra. Se podría concluir que el contrato de transporte tiene caracteres del derecho común, pero sin que resulte necesaria la introducción de ésta en el sistema del derecho marítimo o del derecho aeronáutico.

El contrato de Transporte Multimodal insertado como especie dentro del género contrato de transporte

El contrato de transporte multimodal, podría entenderse como una variante del contrato de transporte en general, porque se encuadra dentro de la familia general de los contratos de transporte. Sin embargo, el Operador de Transporte Multimodal tiene una obligación de resultado, que asume en cada uno de los modos que seleccionó para lograr el resultado, una obligación de ejecución y resultado. El ejecutor en cada etapa sin embargo, mantiene sus responsabilidades sin variación.

Se ha dicho con criterio casi uniforme en doctrina que el Transporte Multimodal es, aquél que se realiza en virtud de un contrato, utilizando por lo menos dos medios de transporte. En este punto es importante tomar lo que dijo el Prof. Selvig, –citado en el informe de la UNCTAD– al respecto de este tipo de transporte: i) es un tipo nuevo de contrato de transporte, que hay que distinguir de los diversos contratos de transporte unimodales; ii) que su construcción no justifica la descomposición del contrato multimodal en varios contratos modales, uno para cada uno de los tramos del transporte multimodal; y iii) que el contrato de transporte multimodal queda afuera del régimen de los contratos de transporte por un modo determinado. El convenio que lo reglamenta no es incompatible con los convenios unimodales existentes. (Informe de conferencia de las Naciones Unidas para la elaboración de un Convenio sobre Transporte Multimodal Internacional, documento TD/MT/CONF/12Add.1 del 15 -I-1980, Págs. 16 y sgts.).

El contrato de transporte multimodal se ubica dentro del contrato de transporte en general, pero con las especificidades que implica el tipo de transporte multimodal.

Así podemos decir, que este tipo de contrato está constituido por las modernas tecnologías de unitarización de cargas, lo cual significa una particularización de este tipo de contratos, sin embargo, hay quienes dicen que la presencia de un contenedor no es suficiente para configurar un transporte multimodal, del mismo modo también se dice que puede haber transporte multimodal cuando hay transporte de un bulto aislado.

El empresario de transporte u operador de transporte multimodal (OTM) tiene sus propias características debidas a la fenomenología propia del contrato, sin embargo, no alcanzan para darle una autonomía científica.

De todo lo expuesto, se puede llegar a una aproximación del real alcance del contrato multimodal, en cuanto a que es un nuevo tipo de contrato y que tiene ciertas características de especialidad, sin embargo no reúne las condiciones para ser considerada autónoma, ya que participa de los caracteres del contrato de transporte en general.

Bibliografía

Arbolelya, Bernardino. "*Multimodalismo: Situación en el MERCOSUR*", Bs. As. 1997.

Ravina, Arturo O. "*La Autonomía del Régimen de Transporte Multimodal*", IAES, Bs. As. 1997.

Ravina, Aruturo O.; Héctor A. Zucchi. "*Régimen de Transporte Multimodal*", Abeledo-Perrot, Bs. As. 1999.

Romero Basaldúa, Luis C. "*Derecho Marítimo*". Edit. Marcos Lener, Córdoba, 1996.

Romero Basaldúa, Luis C. "*Responsabilidad del Transporte de Mercaderías por Agua*", Edit. Marcos Lerner, Córdoba, 1985.

Vidal Sola. "*El Conocimiento de Embarque en el Transporte Internacional*". Barcelona, 1955.

ALUMNOS CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES EN LA FACULTAD DE DERECHO

Por Juan Carlos Paredes Bordón (*)

En la ceremonia de graduación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, correspondiente a los graduados de la Promoción 2005, uno de los instantes más emotivos, fue sin duda cuando Alejandro Encina, recibía el diploma que lo acredita como Abogado, y en su silla de ruedas iba a brindárselo a su padre, el respetado y apreciado Prof. Dr. Alejandro Encina Marín.

Si bien la discapacidad motora de Alejandro no es de nacimiento, sino consecuencia de un accidente ya en su vida adulta, esa imagen quedó grabada en mi mente, y retrotrajo a mi memoria la presencia de otros alumnos con discapacidad que han pasado, y otros que están cursando sus estudios actualmente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA.

En particular, y porque me tocó ser docente de ambos, recuerdo a Benicio Díaz, joven no vidente, y de Marlene Ledesma Céspedes, alumna de la Filial de San Juan Bautista Misiones, con discapacidad motora, y dificultades en comunicación oral y escrita, y también Teodoro Urbieta, con quien incluso me toca compartir espacios en el Frente Paraguayo por la Discapacidad. Aunque sé que han existido y existen probablemente otros casos.

Me pregunté si la admisión de alumnos con estas características, fue resultado de un acto deliberativo de la Facultad, o si los mismos sencillamente se presentaron al examen de admisión, lo superaron y fueron inscriptos sin objeción alguna.

Como padre de un chico con necesidades educativas especiales, portador del Síndrome de Down, cursando este año 2007 el quinto grado en escue-

(*) Profesor Asistente de Derecho Mercantil II. Filial San Juan Bautista.

la regular, el tema de la integración educativa, concepto hoy día superado por el de educación inclusiva, reviste para mí un particular interés, y no puedo dejar de pensar en lo que ocurre cuando personas con necesidades educativas especiales, llegan a golpear las puertas de la Universidad para cursar sus estudios.

La Educación en la diversidad, la atención las particulares características de determinadas personas, es un imperativo que inclusive a nivel mundial se ha venido desarrollando a partir del reconocimiento de que las diferencias o desigualdades, antes que obstáculos, deben ser vistos como motivos de enriquecimiento en la educación.

Si bien en general las convenciones y normas internacionales, como por ejemplo: las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, del año 1994, se refieren a la educación inicial y básica, nada impide trasladar la problemática y las resoluciones al ámbito universitario.

De esta forma, personas con discapacidad motora, sensorial o cognitiva, o provenientes de etnias culturales diferentes, o aun anteriormente discriminadas por razones de religión, de sexo, o de opciones sexuales, se han venido integrando a las instituciones educativas, primarias, secundarias, y por qué no también en las terciarias.

La Constitución Nacional consagra la igualdad de las personas, sin distinción ni discriminación; su derecho a acceder a los beneficios de la cultura, entre ellos la educación, y que el Estado promueva esta integración, eliminando los obstáculos que se interpongan a ello, y considerando no discriminatorias las medidas que se adopten en beneficio de ellos.

Ello surge de los siguientes artículos constitucionales:

“Art. 46. Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que los mantengan o las propicien. La protección es que se establezcan sobre desigualdades injustas, no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”.

Es importante resaltar el ultimo párrafo del artículo 46, porque el mismo se halla en concordancia con la *Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con dis-*

capacidad, aprobada por nuestro país por medio de la Ley 1925/02, Art. 2 b, que señala que *no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad*.

"Art. 47: El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1,... 2,... 3,... 4: la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura".

"Art. 58: Se garantizará a las personas excepcionales la atención de su salud, de su educación, de su recreación y de su formación profesional para una plena integración social. El Estado organizará una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, a quienes prestará el cuidado especializado que requieran. Se les reconocerá el disfrute de los derechos que esta Constitución otorga a todos los habitantes de la República, en igualdad de oportunidades a fin de compensar sus desventajas".

"Art. 73: Del derecho a la educación y de sus fines: Toda persona tiene derecho a la educación integral y permanente, que como sistema y proceso se realiza en el contexto de la cultura de la comunidad. Sus fines son el desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad y la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos, el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos; la afirmación del compromiso con la Patria, de la identidad cultural y la formación intelectual, moral y cívica, así como la eliminación de los contenidos educativos de carácter discriminatorio. La erradicación del analfabetismo y la capacitación parta el trabajo son objetivos permanentes del sistema educativo."

"Art. 74: Del derecho de aprender y de la libertad de enseñar: se garantiza el derecho de aprender y la igualdad de oportunidades al acceso de los beneficios de la cultura humanística, de la ciencia y de la tecnología, sin discriminación alguna."

El ejemplo de la Facultad de Derecho UNA

En cuanto se refiere a la adecuación física que facilite el acceso a personas con dificultades de desplazamiento, cabe decir que la sede central de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en Asunción, constituye un ejemplo con amplias rampas que permiten el acceso a todos sus rincones a las personas que requieren auxilio mecánico para su desplazamiento. No puede

decirse lo mismo en las demás sedes. Por ejemplo en San Juan, la remesa de Marlene da siempre clase en el mismo salón, que es el de mejor y fácil acceso para la misma, que se desplaza en silla de ruedas.

Para qué estudiar

Algunos preguntarán para qué deberíamos permitir que alumnos con discapacidades o diferentes por razones culturales estudien y se reciban de abogados o notarios públicos, si no van poder ejercer la profesión, ya que no sabemos si conseguirán la habilitación, matricula por parte de la Corte Suprema de Justicia, o ni siquiera tendrán clientes, por ejemplo.

La función de la universidad es brindar el espacio para que las personas que accedan a sus aulas adquieran el conocimiento y desarrollen las habilidades de la ciencia específica que se estudia y se aprende en ella. En nuestro caso, la ciencia jurídica.

El uso que cada egresado haga de la herramienta que adquiere en la Facultad, es una cuestión personal. Cuántos egresados conocemos que nunca ejercieron la profesión por la sencilla razón que encontraron otra actividad más interesante o lucrativa, o que de hecho, nunca pensaron en ejercer la profesión.

También existen alumnos que estudiaron, y estudian, en la Facultad de Derecho, siendo ya profesionales de otras ramas, médicos, por ejemplo, que no sabemos si dejarán de ejercer la medicina para dedicarse al derecho.

Si no nos cuestionamos la presencia de ellos en nuestras aulas, por qué deberíamos hacerlo con aquellos que tienen capacidades diferentes. Puedo decir con conocimiento de causa, que ya he visto casos judiciales llevados por Benicio Díaz, el abogado no vidente.

Las necesidades educativas especiales y la adecuación curricular

Un recurso para permitir que los alumnos con necesidades educativas especiales se integren a los centros de educación regular, lo constituye la adecuación curricular y evaluativa.

¿En qué consiste la misma?, en la facilitación de los contenidos y las exigencias del currículo a los alumnos con necesidades especiales, flexibili-

zando las exigencias para adecuarlas a las potencialidades propias del alumno, a fin de permitir su permanencia y continuidad en el aula.

Algunos colegas docentes podrían considerar esto como un factor discriminatorio con relación a los demás alumnos, a quienes se les exigiría más que a estos, rompiéndose así la uniformidad en las exigencias y los requisitos habilitantes y de promoción de cursos.

Por propia definición constitucional, esta flexibilización no es discriminación, sino compensación por la desigualdad, y precisamente el pretender igual rendimiento a diferente capacidad o potencialidad, es un factor discriminatorio para con estos alumnos con capacidades diferentes.

Si el alumno demuestra, dentro de su particular nivel de entendimiento y capacidad intelectiva, que ha comprendido y asimilado los conceptos básicos de la materia, por qué no promocionarlo. El problema es que a veces, la dificultad no está en la comprensión misma por parte del alumno, sino en la demostración de esta comprensión, es decir, en la exteriorización por parte del alumno de que ha comprendido lo necesario de la materia para aprobarla.

Nuestro deber como docentes no debe limitarse a conferenciar sobre la materia; debemos ir más allá, realmente comunicar la esencia de la asignatura, y ver que el mensaje ha llegado a destino, y para ello debemos buscar la forma de llegar al alumno, tanto para la transmisión hacia él, como para recibir del mismo el retorno de la información y el grado de conocimiento captado.

Conclusión

Si las normas constitucionales, a que hemos hecho referencia y transcripto, obligan a la sociedad en general a facilitar la integración educativa y a permitir que los beneficios de la cultura lleguen y beneficien a todos, la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, como institución de enseñanza y estudio precisamente de esas normas, debe ser ejemplo, de hecho lo es, en la aceptación de estudiantes con necesidades educativas especiales. Lo cual no significa, ni debe significar una carta blanca para la incorporación de estos alumnos, sino simplemente señalar que los mismos deben ser aceptados, evaluados y promovidos, teniendo en consideración sus limitaciones, y buscando la manera de compensarlas.

CONSIDERACIONES SOBRE ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD PLANTEADAS CONTRA LA LEY 2421/04 DE REORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE ADECUACIÓN FISCAL Y LA GARANTÍA CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL RESPECTO A ENTIDADES AFECTADAS A LA PRODUCCIÓN DE MATERIALES GRÁFICOS DE RELEVANCIA EDUCATIVA

Por Gonzalo Esteban Sosa Nicoli (*)

Con la implementación de la Ley 2421/04 "De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal", modificatoria de la Ley 124/92 "Que Establece el Nuevo Régimen Tributario", se han planteado nuevas interrogantes en lo que respecta a los alcances de aquella. Una de las cuestiones puntuales que mucho se ha venido dando en nuestros tribunales, específicamente canalizada por las acciones de inconstitucionalidad, es la situación de las instituciones dedicadas a ciertas actividades de lo que la Carta Magna da en llamar de Difusión Cultural y su relación con el Impuesto al Valor Agregado y el Impuesto a la Renta.

La Constitución Nacional de la República del Paraguay, establece en su artículo 83. "De la difusión y de la exoneración de los impuestos. Los objetos, las publicaciones y las actividades que posean valor significativo para la difusión cultural y para la educación no se gravarán con impuestos fiscales ni municipales. La ley reglamentará estas exoneraciones y establecerá un régi-

(*) Auxiliar de Cátedra de Derecho Tributario, Asunción. Encargado de la Cátedra de Derecho Tributario, Filial Quiindy.

men de estímulo para la introducción e incorporación al país de los elementos necesarios para el ejercicio de la artes y de la investigación científica y tecnológica, así como para su difusión en el país y el extranjero".

Claramente surge del texto legal la intención del legislador de otorgar una inmunidad impositiva al universo de actividades que comprenden la precitada Difusión Cultural.

El presente análisis se centra en las acciones planteadas por instituciones, cualquiera sea su denominación, encaminadas en la producción de materiales gráficos de relevancia educativa. De una minuciosa lectura de las mismas, surgen ciertos aspectos de fondo como de forma a tener en cuenta. Así, abocándonos primeramente a las cuestiones procesales, debemos inicialmente recordar las prescripciones del Código de Procedimientos Civiles que en el artículo concerniente a nuestro tema expresa: Art. 552 "Requisitos de la Demanda. Al presentar su escrito de demanda a la Corte Suprema de Justicia, el actor mencionará claramente la ley, decreto, reglamento o acto normativo de autoridad impugnado, o, en su caso, la disposición inconstitucional. Citará además, la norma, derecho, exención, garantía o principios que sostenga haberse infringido, fundando en términos claros y concretos la petición".

Surgen entonces los tres pasos iniciales, cuales son la mención expresa de la norma atacada, la norma de rango constitucional vulnerada y la última y no menos importante, la fundamentación de la demanda. Si bien prima facie, surge casi en forma inconsciente este esquema en la mente de quien prepara este tipo de demanda, resulta notable como aproximadamente el 50% de los casos planteados ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema adolecen del segundo, del tercero, o de ambos requisitos, decidiendo esto la suerte de la pretensión.

En materia constitucional, específicamente si versa sobre acciones vinculadas al mundo impositivo, es cuando aumenta el protagonismo de la fundamentación discriminada, detallada y pormenorizada de los elementos que hacen a la pretensión de inconstitucionalidad. Con relación al tema en cuestión, no basta a la vista del juzgador la mera invocación de la supuesta violación del precepto constitucional trascripto, acompañada de un rosario de artículos constitucionales que poco y nada guardan relación con lo que se va a resolver, para finalmente hacer una somera y poco clara relación de hechos en los cuales figura solapadamente el agravio real del accionante.

Los agravios a ser expresados por una entidad como la citada al inicio del presente trabajo, que se vieran afectadas por las disposiciones de la ley modificatoria, deben forzosamente establecer en forma concreta el artículo impositivo que pretende gravar sus actividades, no de una manera eventual o hipotética, sino indiscutiblemente real, ya que de lo contrario se estaría recurriendo ante la Corte con el objeto de una declaración a futuro o simplemente consultiva, lo que desnaturalizaría la acción. En este sentido, es destacable señalar la obligación de un nexo efectivo entre el agravio y la garantía constitucional a invocarse, ya que en innumerables oportunidades instituciones del rubro descripto han denunciado la supuesta conculcación de artículos como el 400 Del derecho a peticionar a las autoridades, el 470 De las garantías de la igualdad; 2470 De la función y de la composición de la Corte Suprema, hasta inclusive el 2600 De los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional, articulados que bajo ningún punto de vista guardarían relación con una pretensión de declaración de inaplicabilidad de un impuesto a este tipo de entidades.

Pasando a las cuestiones de fondo y con relación al I.V.A. y su alcance sobre la producción de materiales gráficos de interés cultural, tenemos primeramente al artículo regulador que prescribe: “Impuesto al Valor Agregado. Art. 83. Exoneraciones. Se exoneran: 1) Las enajenaciones de: … f) Revistas de interés educativo, cultural y científico, libros y periódicos”. Sobre la situación planteada por la norma transcripta, surge que debido a la forma de la redacción, la misma cercena garantías consagradas en la Constitución, sobre las cuales estamos estudiando, ya que en el artículo constitucional precedentemente trascripto, se hace una mención de una serie de actividades enmarcadas dentro del contexto general de la producción de materiales gráficos culturales, que gozarán de la protección otorgada por la misma; en efecto, vemos que el artículo impugnado circunscribe la liberación impositiva únicamente a la enajenación, mientras que la norma superior establece un alcance mucho mayor, siendo su mismo título “La Difusión Cultural...”, y en testimonio de ello dispensa a las diligencias en general que acompañen y fomenten el desarrollo cultural; lógicamente comprende esto la producción, impresión, edición, distribución y comercialización de los materiales mencionados; procesos todos ellos, que comprenden realmente la mencionada “Difusión”. Debemos tener presente, que si la Carta Magna no hace distinciones ni especificaciones en este sentido, mucho menos podría un órgano de Estado llevarlas a cabo, vale decir, si la Constitución Nacional de la República del Paraguay determina que todas las actividades relacionadas con la difusión cultural no serán gravadas por tributos de tal o cual género, no existe dentro del marco legal nacional autoridad alguna que pueda colegir de manera diferente y mu-

cho menos, actuar en consecuencia sin que esto conlleve la nulidad absoluta e insanable de sus actos.

Así, surge notoria la incongruencia entre la disposición citada y los principios que integran la Carta Magna, pretendiendo así tras la restricción del campo de exenciones alcanzar las actividades que gozan de inmunidad impositiva por imperio constitucional, poniéndonos en presencia de un acto legislativo/administrativo que a todas luces no detenta otra cosa que la nulidad misma, ya que ni el poder creador de normas del Estado –ni cualquier otro– ostenta potestad suficiente a los efectos de realizar restricción, corrección, ampliación, reforma o modificación de ningún tipo sobre los preceptos constitucionales.

En este orden de ideas no resulta ocioso traer a colación las disposiciones del artículo 110 de la Ley N° 24/91 "Del Fomento Del Libro" que establece: "Las empresas editoras o impresoras que se dedican a la producción de libros amparados por esta Ley, gozaran de la exención total de los impuestos aduaneros, internos, a las ventas y todo otro gravamen que recaiga sobre todos los insumos que se utilicen para el mismo fin", disposiciones que a la fecha se hallan vigentes y congruentes con los términos constitucionales relacionados.

Seguidamente tenemos en el libro de Impuesto a los Ingresos de la Ley 125/92 modificada, Título de Impuesto a la Renta, el Art. 14 de la citada ley, que establece las exoneraciones fiscales y dispone cuanto sigue: "2) Están exonerados ... b) Las entidades de asistencia social, caridad, beneficencia, instrucción científica, literaria, artística, gremial, de cultura física y deportiva, y de difusión cultural y/ o religiosa, así como las asociaciones, mutuales, fe de raciones, fundaciones, corporaciones, partidos políticos legalmente reconocidos y las entidades educativas de enseñanza escolar básica, media, técnica, terciaria y universitaria reconocidas por el Ministerio de Educación y Cultura, siempre que sean instituciones sin fines de lucro. Se consideran instituciones sin fines de lucro aquellas en las que sus utilidades y excedentes no se distribuyen a sus asociados, siendo aplicadas al fin para el cual han sido constituidos.

A los efectos de esta Ley, las entidades sin fines de Lucro, mencionadas en los incisos a) y b), que realicen alguna actividad que se encuentra afectada por los impuestos vigentes, cuando tales actos tuviesen carácter permanente, habitual y se encuentren organizadas en forma empresarial en el sector productivo, comercial, industrial o de prestación de servicios, quedarán sujetos a

los impuestos que inciden exclusivamente sobre dichas actividades, estando exentas sus restantes actividades. Se considera que la actividad desarrollada tiene carácter permanente, habitual y está organizada en forma empresarial cuando es realizada en forma continuada mediante la complementación de por lo menos dos factores de la producción, de acuerdo con los parámetros que determine la reglamentación. Quedan excluidas de la precedente disposición y consecuentemente exoneradas del presente impuesto, las entidades sin fines de lucro que se dediquen a la enseñanza escolar básica, media, técnica, terciaria y universitaria reconocidas por el Ministerio de Educación y Cultura, así como las que brindan servicio de asistencia médica, cuando dicha prestación tiene carácter social, tomando en consideración la capacidad de pago del beneficiario, o gratuitamente.

Las entidades con fines de lucro que se dediquen a la enseñanza escolar básica, media, técnica, terciaria y universitaria quedarán sujetas al pago del Impuesto a la Renta, exclusivamente cuando distribuyan sus utilidades, en cuyo caso deberán aplicar las alícuotas establecidas en el Artículo 20 numerales 1) 2) y 3).

Las entidades sin fines de lucro exoneradas del presente impuesto tendrán, sin embargo, responsabilidad solidaria respecto de las omisiones o evasiones de impuestos que se perpetren cuando adquieran bienes y servicios sin exigir la documentación legal pertinente".

En relación a este artículo, entendemos que las actividades de las instituciones en cuestión no se encuentran alcanzadas por el gravamen, mas cabe destacar que la forma de redacción del mismo, puede prestarse a interpretaciones alejadas del sentido que realmente han trazado los legisladores. En efecto, lo que hace la normativa es reafirmar las exoneraciones establecidas en la Carta Magna; por ello, al inicio del inciso "b", comienza citando las entidades que gozan de la inmunidad fiscal y establece cuáles son las condiciones para que la administración las considere como "sin fines de lucro". No hay más que observar el contexto general del artículo en estudio, para percatarse que de sus términos surge la clara intención de allanarse a los preceptos constitucionales, aunque haciendo una (mal llamada) salvedad encaminada a delimitar claramente el otorgamiento de exenciones a actividades que efectivamente se encuentren encaminadas a la difusión cultural, independientemente de las instituciones que las realicen por el simple hecho de mencionarlo en sus estatutos. Lo que persigue la modificación realizada por la Ley 2421/04 es la salvaguarda de la correcta aplicación del precepto constitucional que desgrava aquellas actividades y establece los parámetros dentro de los cuales

debe operar la institución. Imaginemos a una fundación que se dedique a la producción, en términos generales, de materiales gráficos destinados al campo de la educación primaria. Esta actividad resulta indiscutiblemente exonerada en los términos del Art. 83 de la Constitución Nacional; mas si aquella tuviere mensualmente un sobrante de materia prima que decidiera comerciar, aun siendo una institución dedicada al desarrollo cultural se encontrará alcanzada por los gravámenes pertinentes, esto acorde a la nueva redacción que lleva la ley (125/91), Es, entonces, cuando la ley establece que quienes realicen este tipo de actividades "...quedarán .sujetos a los impuestos que inciden exclusivamente sobre dichas actividades, estando exentas sus restantes actividades". Obvia resulta esta conclusión al contemplar los términos del mismo inciso en su penúltimo párrafo cuando expresa que: "... Las entidades, sin fines de lucro que realicen alguna actividad que se encuentra afectada por los impuestos vigentes, cuando tales actos tuviesen carácter permanente, habitual y estén organizadas en forma empresarial en el sector productivo, comercial, industrial o de prestación de servicios, conforme lo expresado precedentemente, tendrán las obligaciones contables previstas en las normas reguladoras del Impuesto a la Renta y de la Ley del Comerciante, debiendo estar inscriptas en el RUC y presentar balances y declaraciones juradas de impuesto a los efectos del cumplimiento de su obligación tributaria, y en los demás casos, a los fines estadísticos y de control". Así, guiándonos por las afirmaciones vertidas en numerosas demandas, en que se manifiesta reiteradamente la finalidad educativa de las instituciones analizadas, las mismas no se encontrarían incididas por el gravamen en cuestión y, siempre que se mantengan dentro de ese marco de "difusión cultural", tendrán meras obligaciones contables con la finalidad mencionada en el in fine del inciso.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL FUNCIONARIO REGISTRADOR O INSCRIPTOR EMERGENTE DE LA FUNCIÓN DE CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS

Por Pierina Ozuna Wood de Vargas (*)

El presente trabajo está orientado en especial al tema de la responsabilidad del registrador o funcionario inscriptor de los Registros Públicos, desde la perspectiva de su función calificadora de documentos ingresados para su inscripción o anotación. No se analizarán otros supuestos de responsabilidad como el extravío de documentos, retraso de informes, etc.

Observamos con frecuencia que en nuestros Registros Públicos existen temor y desconfianza en la tarea de examinar documentos ingresados bajo su ámbito, y que ante la duda, se opta por no realizar la inscripción o anotación requerida. Entendemos que este fenómeno es consecuencia, en muchos casos, de una inadecuada interpretación de la función calificadora desempeñada por el registrador, que genera un sentido de excesiva responsabilidad del cargo, tornándolo un empleado excesivamente celoso de sus funciones, abrumado y temeroso de las posibles demandas en juicios de responsabilidad civil, administrativa y hasta penal.

En otras palabras, creemos que la vara inequívoca para medir el grado de responsabilidad del registrador ante eventuales reclamos indemnizatorios originados en errores de inscripción o anotación, la constituirá una adecuada comprensión de la tarea de calificación de documentos.

(*) Abogada y Escribana, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNA, años 1998 y 2000, respectivamente. Auxiliar de la Cátedra de Técnica Jurídica a cargo del Dr. Benito Pereira Saguier, Derecho-UNA (turno noche).

Si bien el Art. 327 del C.O.J. contiene casos específicos por los cuales deberán responder los Encargados de Sección, entendemos que una eventual demanda de daños por acciones u omisiones ilícitas (como, por ejemplo, la omisión injustificada de asentar una anotación), hace responsable tanto al Encargado de Sección como al funcionario designado para esa tarea, de conformidad a los Arts. 1833 y 1845 CC. Siguiendo esta tesitura, en adelante nos referiremos al funcionario inscriptor o al registrador, comprendiendo en forma indistinta tanto al Jefe de Sección como al funcionario del Registro designado para la tarea.

Es sabido que la responsabilidad civil del funcionario registrador variará según el tipo de Registro del cual forme parte.

Así, será mayor la responsabilidad de un funcionario que se desempeña dentro de un Registro del tipo constitutivo, en donde el registrador es responsable del nacimiento del derecho real; en este caso la tarea de calificar documentos deberá ser rigurosa y profunda. Todavía será aun mayor su responsabilidad si el registro es, además, del tipo convalidante.

Nuestro sistema de Registros Públicos es declarativo, con algunas excepciones. Al decir de Lucila Ortiz de Di Martino es: "*declarativo y de legitimación perfeccionadora, por lo que la respuesta inscriptiva debe ser más rápida y eficaz. Además, recepta solamente documentos auténticos o autenticados, es decir, parte de documentos genuinos, existiendo un encargado de presentarlos (el Notario que hace la calificación intrínseca)*" (1).

De conformidad al Art. 293 del COJ, la inscripción no revalida los actos o contratos inscriptos que sean nulos. Esta disposición proporciona a nuestro sistema la otra piedra angular sobre la cual se asienta, pues a partir de ella catalogamos a nuestro registro público como, además de declarativo, no convalidante.

Una de las ventajas del sistema declarativo es, según los autores García Coni-Frontini, la "*razonable distribución de tareas entre el autor del documento, a cargo de la calificación intrínseca, y el registrador, que puede entonces circunscribirse al examen de las formas extrínsecas de aquel, ateniéndose a lo que resulte de él y de los asientos respectivos*" (2).

---

(1) Ortiz de Di Martino, Lucila: *Manual de Derecho Registral*, Ed. Marben, año 2000, pág. 113.

Esto significa que la responsabilidad del registrador en la tarea de calificar e inscribir documentos, es mucho menor que la del Escribano otorgante o del Juez que ha ordenado la inscripción o anotación de un acto, debiéndose circunscribir el registrador a un análisis de las "formas y requisitos externos" del documento a registrar.

Compartimos el criterio de que el Registro Público no es un simple "digestor" de papeles. En este sentido cumple la relevante función de ser una especie de Juez administrativo. Es lo que se desprende del A.I. Nº 1437 del 24 de setiembre de 2007, dictado por la Sala Civil de la Excma. Corte Suprema de Justicia: "*Inmediatamente se advierte que nos hallamos ante una cuestión administrativa, dado que la negativa de inscripción se produce a tenor de lo dispuesto en el Artículo 320 del Código de Organización Judicial. Es decir, no nos hallamos ante un procedimiento contencioso, sino ante una especialísima facultad de supervisión del buen orden y legitimidad de la actuación de los Registros Públicos, confiada a los Tribunales de Apelación en lo Civil de la Capital… Es decir, el Tribunal de Apelación es la última Instancia de un procedimiento administrativo tendiente a controlar la legalidad del actuar de los registros en orden a la inscripción de títulos*".

Por este motivo no debe confundirse el rol del funcionario registrador con el de un Juez Civil, quien tiene competencia para juzgar sobre la validez de los actos contenidos en los instrumentos cuyas inscripciones requieran las partes.

Intercambiando opiniones con funcionarios del Registro de vasta experiencia e idoneidad, a menudo nos vemos enfrascados en la siguiente discusión:

¿Puede inscribirse una escritura de transferencia de inmueble formalizada entre esposos? Inmediatamente surgen tres posturas:

– La primera aconseja que el acto no se debe inscribir, porque la tarea de calificación del registrador debe alcanzar también la verificación de los presupuestos establecidos en el Art. 739 del C.C. (enajenaciones prohibidas). El fundamento de los que adhieren a esta postura es el siguiente: La compraventa entre esposos está prohibida. Entonces, por qué motivo inscribir un

(2) García Coni, Raúl – Frontini, Angel: "*Derecho registral aplicado*", 2da. Edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, año 1993, pág. 105.

acto que se anulará más tarde o más temprano, pudiendo generarse una cadena sucesiva de terceros - posibles lesionados. En otras palabras, si el Registro puede evitar un mal mayor, por qué no hacerlo.

– La segunda postura indica que la compraventa así formalizada, sí se debe inscribir, porque el Registro Público no es Juez que pueda expedirse sobre la validez o el contenido del acto sometido a su ámbito, debiendo cumplir el principio de rogación (se le ha presentado el acto para que se inscriba). La nulidad o no de una transferencia solo podrá ser declarada en juicio, y además, la inscripción no convalida ningún vicio del acto.

– Una tercera postura, ecléctica, aconseja que dependerá de lo manifiesto o no que resulte el vicio o la ilicitud. Cuando el acto es visiblemente ilegal, no se debe inscribir. El Registro analizaría así caso por caso, y dependiendo de la gravedad del vicio, procederá o no la inscripción.

Si adherimos a la primera postura; es decir, si entendemos que el registrador debe escudriñar además de las meras formalidades del título, el contenido mismo del acto, necesariamente este funcionario tendrá la responsabilidad por la inscripción, siendo pasible de una eventual demanda de daños y perjuicios por parte de quien resulte lesionado. De igual forma, si seguimos la tercera postura.

Pero creemos que tanto la primera como la tercera no se ajustan a la realidad por lo siguiente:

– En caso de denegar la inscripción, el registrador estaría colocándose en el lugar de un Juez en lo Civil. Esta no es su función.

– Se estaría convirtiendo no solo en Juez sino también en investigador. En un juicio civil se acreditará que dos personas están unidas en matrimonio recién luego de tener a la vista el correspondiente certificado; ni siquiera se podría presumir el vínculo con otros elementos (como ser el apellido utilizado o las manifestaciones de las partes). ¿De qué forma –nos preguntamos– tendría la certeza el funcionario registrador de que los contratantes de aquel acto son esposos, sin tener a mano este instrumento?; ¿acaso por una presunción de los apellidos?; o bien ante la sospecha ¿será capaz de requerir el certificado de matrimonio? Como se verá, se estaría volviendo un investigador.

– Si concordamos que el registro no puede inscribir una compraventa entre esposos en virtud del Art. 739 inc. a) del CC, tampoco podrá hacerlo en

los cinco incisos siguientes, donde los vicios pueden aparecer todavía menos ostensibles. ¿Cómo el registrador sabrá, por ejemplo, que un abogado está comprando un inmueble que fue objeto de un juicio donde alguna vez tuvo intervención?

– Por otro lado, el Art. 739 CC mencionado dispone que "*se prohíbe la compraventa*". No dice: "*No podrán inscribirse las compraventas formalizadas entre esposos…*" o bien "*Será nula la inscripción de la compraventa si …*". La ley situó la prohibición en el nacimiento mismo del acto, no en la inscripción.

Puede apreciarse a simple vista que en este caso se ven enfrentados dos extremos: por un lado, el principio de rogación, referido a que la actividad del registrador se ve impulsada a pedido de parte interesada, siendo el servicio público que brinda el Registro inexcusable, debiendo solo en casos muy especiales denegarse la prestación (3). En el otro extremo se encuentra el alcance de la función calificadora del documento presentado para su inscripción.

Se trajo a colación el ejemplo citado como una forma de intentar dilucidar si se puede responsabilizar o no al funcionario que inscriba una transferencia con estas características (suponiendo que el acto se anule posteriormente perjudicando a terceros). ¿Tiene en este caso responsabilidad civil el registrador? La negativa se impone, pues dicho funcionario no ha participado en la génesis del acto prohibido, simplemente le dio un viso más de legitimidad (como efecto de la inscripción). Antes que el inscriptor, serán responsables las partes intervinientes, el Escribano autorizante, o el Juez que aprobó la transferencia. No puede ser responsable el funcionario que dio cumplimiento a la rogación de inscripción del acto.

Lo que se quiere señalar es que faltará el nexo causal entre el acto del inscriptor y el eventual resultado dañoso que pueda resultar para un tercero. Lo que produjo el daño no habrá sido la inscripción en sí, sino el perfeccionamiento mismo de la compraventa que se da ex ante.

Para no albergar dudas, examinamos si entre los requisitos que debe contener toda inscripción (Art. 278 del COJ), se puede encontrar una solución diferente: la respuesta sigue siendo negativa. Al disponer este artículo que toda inscripción deberá contener bajo pena de nulidad la naturaleza de

(3) García Coni, ob. cit. pág. 149.

cualquier especie de derecho que se inscriba o la naturaleza del título o documentos que se inscriban, no significa a nuestro criterio que el registrador deba escudriñar y expedirse sobre la naturaleza misma del derecho. Debe limitarse a comprobar que esté enunciada la naturaleza.

Es decir, si por ejemplo, en un determinado instrumento el Escribano otorgó una transferencia de inmueble, sin especificar que ha sido una compraventa, una donación, etc.: Aquí sí, ante la omisión de haber enunciado la naturaleza de la operación, faltará uno de los requisitos del Art. 278 del COJ, debiéndose denegar la rogatoria de inscripción.

En definitiva, lo que sí puede generar responsabilidad civil del registrador es, a nuestro criterio, la negativa de inscripción o anotación de un documento que cumple todas las formalidades exigidas en la ley, so pretexto de contener vicios intrínsecos el acto o negocio jurídico que se pretende publicitar, o por haber realizado el Registrador un juicio de valor sobre la naturaleza de la operación, la competencia del Juez, etc. Verbigracia, la negativa injustificada o mal justificada de anotar un embargo que reúne todas las formalidades legales, puede generar la frustración de un crédito y con ello la responsabilidad civil del funcionario inscriptor.

El Juicio de Daños en ciertos supuestos pasa a ser sumario según el Art. 1º de la Ley 2903/06 (4).

Finalmente, no podríamos haber pasado por alto la novedosa disposición que en materia procesal introduce el Art. 1º de la Ley 2903/06, estableciendo la vía del proceso sumario en cuanto a reclamos indemnizatorios contra los funcionarios responsables de los Registros Públicos.

Entendemos que esta vía solamente podrá utilizarse en los supuestos específicos contemplados en la ley citada y que son: 1) El incumplimiento del

(4) Art. 1º. Ley 2903/06 último párrafo: "*La falta de cumplimiento del orden de prelación de los documentos que ingresen en la Dirección General de los Registros Públicos o de los plazos para que el Registro expida los certificados o registre los títulos que se hubieren presentado para tal fin, hará pasible de destitución a los funcionarios responsables, quienes responderán por los daños y perjuicios, y dará derecho a los interesados a reclamar la reparación ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la ciudad de Asunción, por la vía del proceso de conocimiento sumario*".

orden de prelación de los documentos que ingresen en la Dirección General de los Registros Públicos; y 2) El incumplimiento de los plazos para que el Registro expida los certificados o registre los títulos.

Para todos los demás casos de reclamos indemnizatorios, deberá seguir utilizándose la vía del procedimiento ordinario.

Por lo demás, es nuestra opinión que habiéndose establecido en su favor un procedimiento más breve, el lesionado podrá renunciar al mismo y entablar una demanda ordinaria aun en los casos citados, pues es la misma víctima quien ha optado por un proceso con mayor amplitud de debate y plazos más amplios para producir sus pruebas.

APLICACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES A MENORES INFRACTORES

Por Delio Vera Navarro (*)

Disposiciones del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia

El Nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia es producto de la Convención de los Derechos del Niño. Como en el nuevo paradigma del Derecho de la Infancia, el niño y el adolescente son considerados como sujetos de derechos y obligaciones, el menor de edad ya no es considerado inimputable, sino un sujeto responsable, al que se le pueden imponer sanciones, impregnadas siempre del principio educativo, teniendo en cuenta el carácter de sujetos en formación de los jóvenes.

Identificatorio de las normas del Derecho Penal Juvenil son las relativas a las sanciones y sus alternativas, enmarcadas por el fin educativo. El principio de la última ratio de la sanción penal juvenil, implica la menor restricción de derechos posibles (cuando la imposición no pueda ser evitada a través de la diversión), una graduación de las sanciones y la preferencia por las no privativas de libertad. La ejecución de la sanción privativa de libertad, a su vez, debe estar profundamente influenciada por el principio educativo del Derecho Penal Juvenil, con caracteres propios.

El Código de la Niñez y la Adolescencia regula los derechos, garantías y deberes del niño y adolescente. Con posterioridad se sancionó la Ley 2169/2003, que establece la mayoría de edad y el alcance de los términos niño, adolescente y mayor de edad, que a continuación de describe:

(*) Profesor Asistente Derecho de la Integración. Filial Coronel Oviedo.

a) Niño es toda persona humana desde la concepción hasta los 13 años de edad.

b) Adolescente es toda persona humana desde los 14 años hasta los 17 años de edad.

c) Mayor de edad es toda persona humana desde los 18 años de edad.

El principio vector de este código es el del interés superior, por cuanto toda medida que se adopte debe fundarse en ese interés superior del niño o adolescente, a los efectos de asegurar su desarrollo integral así como el disfrute pleno de sus derechos y garantías, los cuales se materializan a través del sistema de administración de justicia especializada. El conflicto que se suscita con motivo de la sanción de la ley es la reubicación de los internos de 18 años de edad en las penitenciarias de adultos, con las dificultades y consecuencias perniciosas que acarrea tal situación.

El código prevé igualmente la creación de la Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia dependiente del Poder Ejecutivo, el Consejo Nacional, los Consejos Departamentales, el Consejo Municipal y las Consejerías Municipales de la Niñez y la Adolescencia (CODENI). Esta última tiene como una de sus atribuciones apoyar la ejecución de medidas alternativas a la privación de libertad.

Infracciones penales. Medida privativa de libertad Ejecución

La responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia (14 a 17 años), por la comisión de un hecho punible, crimen o delito. Para distinguir de las sanciones impuestas a los adultos el código dispone que solo pueden imponerse medidas, no penas. En primer lugar, las socioeducativas y cuando estas no son suficientes, las correccionales y las privativas de libertad (1).

La medida privativa de libertad consiste en la internación en un establecimiento especial destinado a fomentar su educación y su adaptación a una vida sin delinquir. Solo debe dictarse como última ratio, cuando las medidas socioeducativas y las correccionales no sean suficientes para la educación del condenado (2). El plazo mínimo de duración es de 06 meses y el máximo

(1) Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 196.
(2) Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 206.

de 8 años. La duración de la medida está vinculada con la finalidad de una internación educativa a favor del condenado (3). En el caso de que el adolescente haya sido condenado a una medida privativa de libertad de hasta un año, el juez puede ordenar la suspensión de su ejecución cuando la personalidad, la conducta y las condiciones de vida del adolescente permitan esperar que éste aún sin privación de libertad puede adecuar su conducta a las normas sociales y una vida sin delinquir. También podrá suspender la ejecución, cuya duración no exceda de dos años, cuando la ejecución con miras al desarrollo del adolescente no sea necesaria (4).

La medida privativa de libertad se ejecutará, de acuerdo con las necesidades y posibilidades pedagógicas en regímenes cerrados o semiabiertos, procurando favorecer un tratamiento que permita al adolescente aprender a vivir en libertad sin la realización de hechos punibles. Con esta finalidad, se fomentan los contactos del adolescente con el ámbito exterior del establecimiento y su incorporación en programas educativos y de entrenamiento social (5).

La prisión preventiva se ordena solamente cuando con otras medidas provisorias no sea posible lograr la finalidad de educación y por el plazo máximo de 6 meses.

Los jueces de ejecución, previstos en el Código Procesal Penal, son los encargados del cumplimiento de las medidas adoptadas por los jueces penales de la adolescencia, quienes previo informe de expertos en la materia, podrán modificar, sustituir o revocar las medidas ordenadas. La vigilancia se ejerce de oficio y al menos cada tres meses (6).

Durante la ejecución de las medidas el adolescente tiene derecho a:

a) Recibir información sobre:

– sus derechos y obligaciones con relación a las personas y funcionarios que lo tuvieren bajo su responsabilidad.
– Las medidas y etapas para su reinserción social.

---

(3) Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 207.
(4) Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 208.
(5) Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 215.
(6) Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 218.

– El régimen interno de la institución y especialmente las medidas disciplinarias que pueden serle aplicadas.

b) A ser mantenido preferiblemente en su medio familiar y a que solo por excepción se ordene su privación de libertad, la que deberá cumplirse en las condiciones más apropiadas para su formación integral.

c) Recibir los servicios de salud, sociales y educativos adecuados a su edad y condiciones y a que se le proporcionen por personas con la formación profesional adecuada.

d) Comunicarse reservadamente con su defensor, el fiscal interviniente y el juez.

e) Comunicarse libremente con sus padres, tutores o responsables.

f) Que su familia sea informada sobre los derechos que a ella le corresponden, y respecto de la situación y derechos del adolescente.

g) No ser trasladado arbitrariamente del centro donde cumple la medida privativa de libertad. El traslado solo podrá realizarse por orden escrita del juez de ejecución.

h) No ser incomunicado en ningún caso, ni sometido a régimen de aislamiento, ni a la imposición de penas corporales.

i) Todos los derechos y garantías que siendo inherentes a la dignidad humana, no se hallan expresamente enunciados (7).

Los centros de reclusión solo admitirán adolescentes con orden escrita de autoridad competente y en los mismos estarán separados por edad, sexo y situación procesal: prevenidos y condenados. Los centros deben contar con personal capacitado en el área social, pedagógica y legal. La escolarización, la capacitación profesional y la recreación son obligatorias así como la atención al grupo familiar del adolescente, con el objeto de conservar y fomentar los vínculos familiares y su reinserción a su familia y la sociedad. Cada establecimiento contará con un reglamento interno (8).

(7) Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 245.
(8) Código de la Niñez y la Adolescencia, Arts. 246, 247 y 248.

Derechos de los Niños y Adolescentes procesados o condenados

Dentro de las distintas disposiciones vigentes en nuestro país, encontramos los siguientes derechos y garantías que amparan al menor, ya sea en su carácter de procesado o condenado. Seguidamente, señalaremos aquellos que consideramos más importantes:

a) A no ser recluidos con los adultos, a ser llevados ante tribunales especializados con la mayor celeridad posible para su tratamiento, el que será adecuado a su edad y condición jurídica (9).

b) A que el detenido o declarado culpable de infringir las leyes sea tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, a que se fortalezca el derecho del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, que se tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración para que se asuma una función constructiva en la sociedad (10).

c) A que la detención, encarcelamiento o prisión de un niño se utilice como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda, a que la duración de la medida privativa de libertad no supere los cuatro años en caso de delito y de ocho en caso de crímen(11).

d) A las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado y al carácter prevaleciente de los derechos del niño en caso de conflicto (12).

e) A que en el procedimiento aplicado a menores a efectos penales se tenga en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

f) Al secreto de las actuaciones en la investigación y decisión de asuntos judiciales y administrativos, que deben ser consideradas rigurosamente confidenciales y reservadas, y la prohibición de publicar por los medios de

---

(9) Constitución Nacional, Art. 21. Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 37, inc. c).

(10) Convención de los Derechos del Niño, Art. 40.

(11) Código de la Niñez y la Adolescencia, Arts. 206, 207, 233 y 251.

(12) Constitución Nacional, Art. 54.

comunicación: nombres, fotografías, o datos que imposibiliten identificarlos como autor de hechos punibles(13).

g) A la no acumulación de procesos en los que intervengan imputados adolescentes y adultos (14).

h) Al control judicial de la ejecución de medidas por el Juez de Ejecución, quien a diferencia de los adultos puede modificar, sustituir o revocar las medidas (15).

i) A la revisión de la condena aplicada antes de la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia y que supere los límites allí establecidos (16).

(13) Código de la Niñez y la Adolescencia, Arts. 27, 28 y 29.
(14) Código Procesal Penal, Art. 48.
(15) Código de la Niñez y la Adolescencia, Arts. 218 y 226.
(16) Código de la Niñez y la Adolescencia, Art. 249.

ALGUNOS ANTECEDENTES Y ASPECTOS ECONÓMICOS DE LA TIERRA SIN MAL O DEL PARAÍSO DORADO

Por Diego Alex Ramón Cubilla Ramírez (*)

En el Paraguay, desde el principio de la conquista durante la época de la colonia, entre los indígenas primitivos que deambulaban por el centro de América del Sur, circulaba el mito de la existencia de un paraíso, tierra sin mal o jardín del edén en la zona. Durante muchos siglos ha sido propagada la idea de que era un lugar de verde paisaje lleno de palmeras y flores con abundante frutales, hermosos pájaros, miel e irrigados por cuantiosos arroyos. La región Oriental exhibió este aspecto a los españoles a principios del siglo XVI, cuando vinieron explorando aguas arriba desde el Río de la Plata. Un verdadero jardín con una eterna primavera.

Recibió el calificativo del paraíso de Mahoma con la conquista del Paraguay. Según cuenta Ulrico Schmidt, cuando Juan de Ayolas fue recibido por los indios Carios Guaraní, estos dieron como presentes al capitán Juan de Ayolas seis mujeres, la mayor de 18 años de edad y a cada gente de guerra dos mujeres. Luego los españoles tomaron y tuvieron el número de mujeres indias guaraníes que quisieron, a las malas y a las buenas; en este aspecto nuestro país se hizo famoso. Sin embargo, y si bien es cierto que el Paraguay ofrecía el aspecto de un paraíso, no era el de Mahoma.

Las mujeres guaraníes estaban lejos de ser como las de un harén oriental; eran concubinas o compañeras de los españoles y madres de sus hijos, indispensables y eficientes en el hogar como en todas las tareas con énfasis

(*) Encargado de Cátedra de Derecho Administrativo, Filial Quiindy.

en el trabajo en las chacras. Eran artífices en la generación de casi toda la producción de bienes y servicios mientras que los hombres nativos preferentemente se dedicaban a la caza, la pesca y la guerra. En ese sentido y muy lamentablemente, los conquistadores se distinguieron más por su capacidad reproductiva que por su afán de trabajar, en la cual sobresalieron las nativas.

En este aspecto, cabe dignificar a las mujeres del Paraguay porque las indias guaraníes fueron las madres de los mancebos de esta tierra, las que sufrieron penurias y aportaron en el proceso de la acumulación y en la formación del Paraguay. Más tarde sus dignas sucesoras con la misma voluntad de trabajo y sacrificio, lucharon por la sobrevivencia del país cuando ya solamente quedaron cadáveres para sepultar y minas para reconstruir.

Los guaraníes vivían en una región mediterránea tal como se los creó, desnudos y sin complejos, casi aislados del resto del mundo. Una forma de vivir proverbialmente simple, natural e inocente, feliz hasta donde pueda ser en esta tierra. Por eso, llamar a esta tierra como la tierra sin mal, quizás sea la más adecuada tal como es descrita en la Biblia.

Durante la Provincia, la presencia de la Iglesia era todopoderosa, sea en la actividad religiosa, en la vida cotidiana y económica usando sus armas espirituales hasta con fines políticos. En ese sentido logró que ningún gobernador tuviera la animadversión de enfrentarlos.

El descubrimiento de los indios creó muchas dificultades a los eruditos europeos. El reto con que se enfrentaron fue dictaminar si estos fueron en realidad seres humanos o si pertenecían a una especie inferior. Los colonos españoles, funcionarios administrativos de la colonia y numerosos misioneros quienes tuvieron que tratar con la actitud a veces no civilizada de los indios, tenían sendas dudas acerca de sus cualidades racionales y laborales. Los consideraban holgazanes, depravados, taciturnos, temerosos, como un pueblo de farsantes y vagos.

Sin embargo, estaba en juego grandes intereses. La economía española utilizaba a los nativos en las mayores concentraciones de la fuerza laboral de la historia tratándolos como animales y sometiéndolos a realizar tareas forzosas sin consideración alguna de su humanidad.

Felizmente, el Papa Pablo III, dio una contestación oficial a los eruditos sobre su duda existencial de si eran en realidad seres humanos, en su Bula Papal *Sublimus Deus* 1536. El Santo Padre en esta Bula declaró enfáticamen-

te a los indígenas como seres humanos y agentes aptos para el desarrollo económico. Lastimosamente dicha Bula no recibió el permiso real (Pase Regio) para su difusión, razón por la cual no fue muy difundida en América.

Entonces, seguían siendo tratados en forma general peor que los animales, colaborando principalmente en la actividad económica con la invalorable mano de obra sobre todos en la explotación de las minas y los yerbales cuyas prestaciones de servicios eran aniquilantes. Como estos eran comprados y vendidos, muchas veces las madres mataban a sus hijos para salvarlos del cruento tormento del trabajo en las minas, los que redundaban en beneficio de la colonia española.

La encomienda fue una de las instituciones que más caracterizó a la colonización española en América. Consistía en un derecho otorgado por el Rey a favor de un súbdito español a fin de que percibiera los tributos que los indios debían pagar a la corona. Ficticiamente el súbdito español debía cuidar a los indios en lo espiritual y material, encaminarlos hacia la civilidad cristiana, pudiendo así recompensar a aquellos indígenas que habían prestado sus servicios en el establecimiento de residentes españoles en la tierra descubierta y conquistada. Ordinariamente, esta institución se prestó para los propasados abusos de los conquistadores hacia los indígenas; fue el subterfugio real de la esclavitud.

Con todas sus ramificaciones, fue la que desempeñó el mayor papel en el devenir político, económico y social del Paraguay colonial y poscolonial. Durante más de dos siglos y medio *prácticamente toda la actividad económica giraba a su alrededor* (la encomienda). Representaba la miel seductora de conquista de los españoles en el Paraguay, teniendo en cuenta que no tenía metales preciosos y que su único recurso era la tierra y el trabajo como factores de producción dentro de una naturaleza económicamente fértil y próspera. Por tanto, fue el botín por excelencia, consistía en la mano de obra forzada óptima y gratuita. Con ella se podía hacer todo, sin ella nada. Es decir era arruinada toda actividad económica.

En las reducciones no existía la propiedad privada, todo pertenecía a la comunidad, los bienes y servicios eran distribuidos de acuerdo a las necesidades familiares o personales. Dichos bienes especialmente las tierras de cultivo y su producción se dividían en tres categorías:

1a. *Tava mba'é*, las tierras cultivadas por los miembros de la comunidad sometidos al trabajo obligatorio cuya producción se almacenaba en los

depósitos comunales para la distribución de acuerdo a las necesidades y cuyos excedentes eran comercializados.

2a. El *Avá Mba'é*, eran pequeñas parcelas reservadas y destinadas para el cultivo y uso familiar.

3a. El *Tupá Mba'é*, tierras cultivadas cuya producción era destinada a Dios que cumplía una doble función: solventar los gastos del culto y financiar la ayuda social para los huérfanos, viudas, hospitales, etc., sistema muy parecido a ciertas formas socialistas utópicas. La norma de un régimen de propiedad colectiva y el número reducido de bienes propios.

Los Jesuitas adoptaron uno de los mejores *sistemas económicos* de producción y de tecnología de punta de la época. Gozaba de un sistema de producción planificada, excelente organización de sus actividades económicas ahorrando mano de obra con un costo mínimo, un sistema de trabajo colectivo y una sabia distribución de bienes y servicios en función de las necesidades sociales permitiendo el aumento agigantado, cuantitativo y cualitativo de la producción. Tenía aptitudes para instalar y almacenar productos agrícolas y la de exportar sus excedentes aumentando el nivel general de la *rentabilidad*.

El comercio mercantil era realizado de acuerdo a las normas que imponía las transacciones comerciales. Sus almacenes y depósitos tenían en los mismos lugares donde realizaban sus actividades comerciales de manera que estaban en condiciones de llevar sus productos dentro y fuera del país y recibir en los mismos lugares mercaderías que importaban o compraban localmente. Estas actividades comerciales eran factibles, porque disponían de sus propias flotas y embarcaciones. Transportaban de ida sus mercancías desde el lugar de embarque hasta el centro de comercialización y en su retorno traían las mercaderías adquiridas de esos lugares. Estaba exonerada del pago de impuestos, que mucho contribuyó a su avance económico.

Su éxito económico fue tan grande que a mediados del siglo XVIII poco antes de ser expulsados, su nivel de producción agrícola, industrial, artesanal y cultural sobrepasaba ampliamente al resto de la región. Se había formado un *imperium in imperium*. Popularizaron numerosos productos como trigo, arroz, tabaco, caña dulce, frutas y verduras. Así mismo, mejoraron en calidad y cantidad la producción de cultivos naturales como algodón, maíz, batata y mandioca. En 1645, al obtener permiso de la corona, se dedicaron a la producción de la yerba mate en gran escala explotando al principio yerbas de los

montes naturales del Mbaracayú contando con manos de obra de los nativos cuyas expediciones de explotación duraban entre ida y vuelta alrededor de seis meses.

A fin de disminuir la explotación de yerbales naturales empezaron a experimentar en viveros con plantas cultivadas que fue uno de sus grandes méritos, fueron los primeros y últimos que hasta entonces lo lograron, cuyo resultado positivo les llevó casi 70 años.

Elaboraban tres tipos de yerba: el *ka'a mini*, yerba de pura hoja sin palillo, *el ka'a mirín*: yerba de solo el limbo de las hojas que los peruanos llamaban yerba mansa y, el *ka'a guazú*, que se elaboraba de hojas sazonadas y con palos provenientes de las ramas terminales semejantes a las yerbas que se conocen actualmente. Impulsaban fuertemente la ganadería, cría de ovejas y mulas como animales de trabajo.

La actividad económica se desarrolló intensamente, la industria de la hilandería fue notable como las curtiembres, industrialización y exportación de la lana, instalación de carpintería, olerías, construcción de barcos y carretas. Impulsaron la industria de la confección como las de la hamaca, pantalones, camisas, ponchos, sombreros y los famosos *typoi* (blusas para mujeres) y polleras. Instruyeron a los nativos para su beneficio económico cómo trabajar el hierro instalando primeramente fraguas y después pequeñas fundiciones llegando a fabricar toda clase de productos de hierro como anzuelos, elementos de labranzas y armas primitivas.

En materia artesanal, abarcaron numerosos ramos desde la fabricación de instrumentos musicales tallados en madera, joyas para la iglesia, artículos de cuero, alfarería y cerámicas. Dichos productos elaborados eran de alto nivel de calidad y precisión que motivaba su impulso económico.

Prosperó la labor de la impresión cuyo trabajo de copiado quedaba a cargo de los nativos quienes sobresalieron en dicha actividad llegando a veces hasta la perfección que a veces no se podía diferenciar el original de la copia.

En el siglo XVI había comenzado el saqueo de las colonias en América con los conquistadores españoles. Transformaron a Europa en el centro de un nuevo sistema de comercio mundial proviniendo gran parte de los tesoros, de los incas, los aztecas y de las minas de México, Bolivia y Perú. Este comercio que iba prosperando a escala global, transformó totalmente la forma de hacer

negocios. Paulatinamente primero y posteriormente en forma acelerada, *el trueque fue reemplazado por la compra venta en dinero* lo que dio lugar a un sistema bancario internacional, cuyos ejecutivos se convirtieron en hombres poderosos.

Estas nuevas riquezas modificaban íntegramente la estructura de la sociedad europea. Por primera vez la gente disponía de un excedente de riquezas que podía ahorrar para futuras necesidades o invertir. Estos eran los rasgos esenciales de la economía capitalista; un gran cambio tenía que venir. El cambio producido por el crecimiento económico y las desuniones creadas en el antiguo orden, se contraponían a un sistema civil y religiosos arcaicos. A estos deben sumarse los inconvenientes creados por el fuerte aumento de la población, debido principalmente a la disminución de la mortalidad infantil. Este aumento poblacional provocó un gran éxodo del campo hacia la ciudad. Paulatinamente el Paraguay empezó a recuperarse de las secuelas dejadas por las revoluciones comuneras y la expulsión definitiva de los jesuitas.

Lastimosamente, la inmoralidad de los nuevos administradores españoles encargados de los bienes confiscados de los jesuitas, tuvo efectos desastrosos. La riqueza ganadera fue dilapidada, los yerbales saqueados, los indios fueron vendidos como esclavos a los portugueses y los talleres y pequeñas fábricas fuentes de desarrollo y de producción fueron desmanteladas.

Tres siglos más tarde, posterior a la época colonial, se presenció el atropello al continente africano por los países más civilizados de Europa en busca del nuevo dorado, minas de oro, diamantes, marfil y extracción del caucho, que fue tan rapaz y sangrienta como la española, que siendo así, cabe tener presente el pensamiento de Titus Marcius Plautos (254–184 AC) quien en su ensayo asignaría '*Homo hominis lupus*' (el hombre es un lobo para el hombre), expresa que muchas veces el hombre es para su semejante peor que las fieras, quizá la mejor definición para explicar cierto comportamiento de los seres humanos.

Diferentes etapas pasaron desde la época de la independencia hasta la actualidad. La del Dr. Francia que fue una política de autoabastecimiento por el cierre de la frontera. Sin embargo, con este aislamiento decayó el comercio exterior sobre todo para la industria de la yerba y el tabaco.

La política económica de Carlos Antonio López quien recibió un país rico en el amplio sentido de la palabra a la muerte del Dr. Francia. No hubo

deuda externa ni interna, hubo superávit. En otras palabras recibió el país en bandeja de plata.

A partir de 1845 con la reapertura de las fronteras aumentó el fomento de la producción del tabaco y de la yerba mate, aumentaron las importaciones, la balanza comercial fue favorable. Realizó gran esfuerzo para modernizar al Paraguay que instigado por su hijo el Mcal. Francisco Solano López, horrorosamente su esfuerzo se orientó hacia la militarización del país la que representó una pesada carga para la economía. Su política exterior dejó al Paraguay muy disminuido con la pérdida del valioso y estratégico territorio de las Misiones por no saber negociar con los países vecinos Brasil y Argentina.

Así mismo, la desmedida emisión de billetes en los últimos años de su mandato indicaba que las arcas del Estado estaban en una crítica situación financiera. Durante la época de Francisco Solano López cuyo padre dejó al Paraguay sin aliados ni amigos en manos de una familia corrupta sedienta de riqueza y poder, dejó un buen consejo; que los problemas pendientes con el Brasil sean resueltos con la pluma y no con la espada, pero su hijo quería implantar una monarquía absoluta hereditaria.

Francisco Solano López, tomando el buen consejo del padre, hubiera podido transformar al Paraguay pero lo convirtió en un infierno; su ambición y codicia lo llevaron a pretender ser el reconstructor del virreinato como emperador a la cabeza, según investigaciones.

La guerra de la Triple Alianza destruyó la férrea dominación de la familia López. El desastre fue tan grande que desafía la capacidad de la inteligencia humana entenderlo en su verdadera dimensión.

La producción agrícola bajó a niveles ínfimos debido a la falta de la mano de obra y la riqueza ganadera tanto pública como privada fue confiscada por la milicia de los aliados, el ferrocarril destruido, la fundición de Ybycuí, desmantelada quedando la riqueza flotando en la nada, reduciéndose el Paraguay en una mera expresión geográfica como si se tratara de una tierra árida o deshabitada como consecuencia de una administración económica desastrosa.

Las terribles secuelas económicas de la guerra causadas por el aniquilamiento de la población, la destrucción de las industrias, el exterminio de la ganadería y el descalabro financiero obligaron a los gobiernos a tomar medi-

das desesperadas que muchas veces empeoraron el escenario ante la paupérrima situación financiera del país.

El comercio paraguayo estaba paralizado, las únicas importaciones realizaban los ejércitos de ocupación; la economía floreciente del Paraguay durante tres siglos llegó al nivel más bajo de la miseria. Los indios se aprovecharon de la situación de los pueblos indefensos. Generalmente encontraban a mujeres y niños a quienes vendían al Brasil.

Durante la presidencia del Gral. Bernardino Caballero, se inició un programa de venta masiva de las tierras públicas, con esto, el Estado buscaba obtener mayores recursos para el pago de los gastos públicos lo que provocó un cambio en la vida política, social y económica del país.

Estas ventas masivas y desordenadas fueron negativas en muchos aspectos, coma la concentración de las tierras en pocas manos. Más del 70% de los hogares en el campo contaban con una jefa, porque no había hombres; lo que tornaba una situación injusta y desesperante.

En el proceso de la reconstrucción del Paraguay de la postguerra, fue fundamental la venida de familias de inmigrantes de varios países, quienes tenían la misión de la purificación y el renacimiento de la raza humana. Entre ellos la de los alemanes, australianos y otros.

En forma resumida y rescatando diferentes períodos de gobiernos y su repercusión económica, llegamos al diferendo paraguayo-boliviano que tuvo su costo financiero y que por su buena administración no se tuvo ni siquiera que recurrir al endeudamiento externo. Contribuyó a esto la mujer paraguaya que así como en la guerra del setenta volvió a empuñar el arado y la azada con heroica actitud para la producción agrícola del país, donde se mantuvieron los productos de consumo y la exportación. Favoreció a la economía paraguaya la captura de una enorme cantidad de material bélico de los bolivianos valuado en más de cien millones de dólares.

Aunque parezca una contradicción, la economía paraguaya durante el período 1904-1932, dentro del caos político fue satisfactoria. Nuevamente brilló el patriotismo de la mujer paraguaya quien heredó la pesada carga de reemplazar al compañero que estaba en el frente.

Finalmente, considerando el diagnóstico general financiero de la república en la actualidad, ¿es el Paraguay una tierra sin mal o un paraíso dorado?

Dicha incógnita nos remonta a fines de agosto de 2003, cuando al país le ha tocado y le queda la opción de poner la casa en orden y para ello hay que trabajar. En ese sentido y en toda crisis, nuestro gobernante debe demostrar al mundo que el Paraguay puede recobrar su credibilidad nuevamente. Entonces debe crear el ambiente propicio y las condiciones necesarias para que el país aprenda a vivir con sus propios recursos sin depender de la benevolencia de países extraños o de organismos financieros internacionales, pero sin dar la espalda al mundo a través de un liderazgo político real y moral, sin corrupción, sin impunidad, sin explotación de los pequeños agricultores, sin desempleo masivo, con educación y sin índice de criminalidad.

Ya en el año 1990, se le anticipó al entonces gobernante, a que cambiara el rumbo político–económico del gobierno y que en caso de estancarse en la pobreza se hundiría irrevocablemente en la miseria caminando hacia la africanización. Mirando los medios modernos sobre el Paraguay se nota numerosa similitud con los países africanos. La estructura de la gran Asunción hoy es una zona deplorable y sucia, rodeada de villas miserias y asentamientos. El alto porcentaje de pérdida del servicio de agua potable caracterizado por líquidos residuales y cloacales que se esparcen por las avenidas. Las calles asfaltadas y las empedradas presentan aspectos desastrosos, deplorables. Los cables telefónicos son como telarañas y el servicio eléctrico distinguido por sus innumerables apagones. La nula conciencia ambiental ciudadana que origina gran degradación del medio ambiente. La total incapacidad del Estado de mantener el orden público conlleva a la ausencia de garantía ciudadana. Las crisis bancarias descalabran el ámbito financiero, el hambre ha vuelto en el Paraguay como después de la guerra grande. Conciudadanos hurgan diariamente en basureros en busca de algún alimento o algo de valor. Las enfermedades aumentan debido a la pobreza y la desnutrición y, la educación es utilizada como un trampolín político.

Los desórdenes sociales están al orden del día, huelgas, manifestaciones, marchas de protestas y las invasiones de tierras. Fluyen lenguajes pesimistas de desesperación e impotencia como *¿qué le vamos a hacer*?, el *vaí vaí*, el *ñembotavy*, el *opa reí*, con los que se prueba que el optimismo y la esperanza han sido desplazados por la frustración y el pesimismo.

Cicerón expresó la importancia del Estado de derecho; *res pública, sub imperio legibus* (la república bajo el imperio de las leyes). Siendo así, es necesaria la reforma del Estado, la cual traerá enormes beneficios, la que debe contemplar mercados laborables flexibles, mínimas restricciones regulatorias impositivas y arancelarias y una economía abierta y competitiva.

La reactivación económica que en pocas palabras es el aumento de la producción de bienes y servicios en calidad, competitividad y respeto al medio ambiente. Para ello hace falta capitalizar al país promoviendo la capitalización de sus habitantes y de sus empresas.

La reforma tributaria debe ser comprendida y aplicada equitativamente a los contribuyentes, que estos sean considerados sujetos del impuesto al servicio del Estado. La reforma agraria es transcendental en el proceso de la reactivación económica y para ello es primordial la distribución de la tierra a través de un ordenamiento territorial.

Que si las autoridades no cambian sus doctrinas ideológicas y promesas políticas vacías de contenido humano y huérfanas de soluciones valederas, el paraíso dorado o la tierra sin mal, seguirá hundiéndose cada vez más convirtiéndose en la tierra del mal y sin brillo.

Que esta sucinta reseña histórica, política, económica y social del Paraguay desde el tiempo de la Colonia hasta la era contemporánea y si se quiere, actual, contribuya al lector como un elemento de juicio si así lo creyere.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN

Por Doris Raquel Paredes Martínez (*)

Estudio y análisis de los artículos constitucionales de contenido jurídico político: legalidad, igualdad, irretroactividad de la ley, el debido proceso, de garantía de la igualdad, principio de la propiedad privada.

Principio de legalidad "*Nullum tributum sine lege*".

Nadie estará obligado al pago de tributos ni a la prestación de servicios personales que no hayan sido establecidos en la Ley. No se exigirán fianzas excesivas ni se impondrán multas desmedidas. Art. 44 de la Constitución Nacional.

Principio de igualdad

Todas las personas son iguales ante la Ley. No se permitirá la discriminación de ningún tipo. Art. 46 de la Constitución Nacional.

Principio de garantía de la igualdad: Aristóteles "*Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*". Es la igualdad del tributo atendiendo a la capacidad contributiva.

El Estado garantizará a todos los habitantes de la República:

1. La igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto se allanarán los obstáculos que la impidiesen;

(*) Profesora Asistente de Economía Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

2. La igualdad ante las leyes;

3. La igualdad para el acceso de las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y

4. La igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

Principio de irretroactividad de la Ley

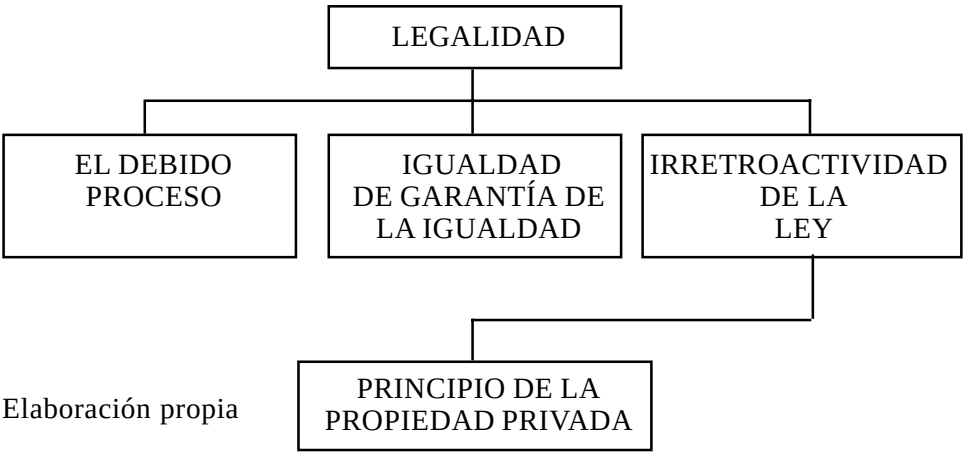
Toda Ley rige para el futuro salvo que sea más favorable para el encausado o condenado. Conforme se deduce del Art. 14 de la Constitución Nacional.

Principio del debido proceso

Toda persona tendrá derecho a un Juicio Justo, en los asuntos que afecten a su persona, su libertad y su patrimonio el Derecho a la Defensa es Inviolable. Esto se fundamenta en el Art. 16 de la Constitución Nacional.

Principio de la propiedad privada

Se garantiza la propiedad es inviolable y solo se podrá ingresar en ella por orden judicial. Se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de un interés social y económico y sólo podrán expropiarse con motivos de interés general por Ley y previa a una justa indemnización. Art. 109 de la Constitución Nacional.



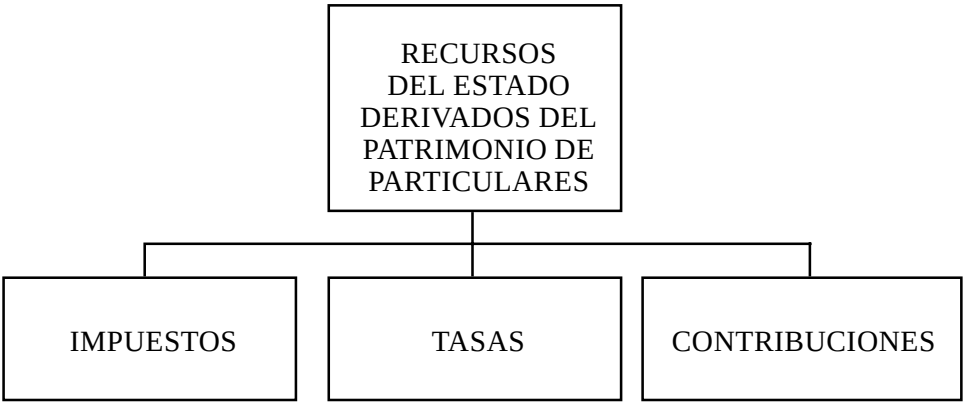
Elaboración propia

De contenido jurídico económico

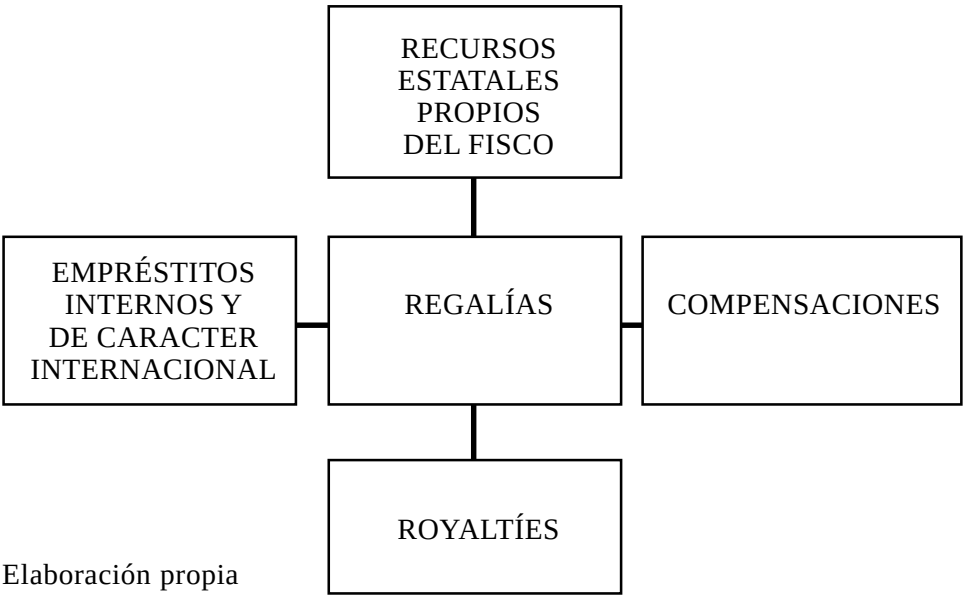
De los recursos del estado, de creación de los tributos, principio prohibición de la doble imposición, principio de la libre circulación de bienes, del dominio del estado y la capacidad contributiva.

De los recursos del Estado

El Estado para satisfacer sus necesidades económicas podrá establecer impuestos, tasas y contribuciones y determina regalías, "royalties", compensaciones u otros derechos , en condiciones justas y convenientes para los intereses nacionales; organiza la explotación de los servicios públicos y percibe el canon de los derechos que se estatuyan y percibe el canon de los derechos que se estatuyan; contrae empréstitos internos o internacionales destinados a los programas nacionales de desarrollo; regula el Sistema Financiero del país, y organiza fija y compone el Sistema Monetario. Todo esto para el cumplimiento de sus fines de conformidad al Art. 178 de la Constitución Nacional.



Elaboración propia



Elaboración propia

De creación de los tributos

La creación de los tributos de responder a principios económicos y sociales justos. Y deberán señalar la materia imponible, los sujetos obligados y el carácter del Sistema Tributario y que el tributo no debe tener carácter confiscatorio. Conforme se extrae de los Artículos 179 y 181 de la Constitución Nacional.



Elaboración propia

Principio prohibición de la doble imposición

No podrá ser objeto de doble imposición el mismo hecho generador de la obligación tributaria. En las relaciones internacionales el Estado podrá celebrar convenios que eviten la doble imposición sobre la base de la reciprocidad. Art. 180 de la Constitución Nacional.



Principio de la libre circulación de bienes

Que todo producto de fabricación nacional o toda mercadería extranjera que haya ingresado legalmente al territorio (pagando sus tributos). Podrá circular libremente por el territorio nacional.

Del dominio del Estado

El Estado podrá explotar por si o por medio de concesionarios los bienes de su dominio privado. Siendo objeto de explotación los minerales, sólidos, líquidos y gaseosos a excepción de las terrosas calcáreas o pétreas. Conforme se extrae del Art. 178 de la Constitución Nacional.

La capacidad contributiva

Es la aptitud económica del contribuyente de soportar las cargas públicas y esta capacidad está revelada en el hecho imponible: “Acontecimiento o circunstancia previstos por el legislador para el nacimiento de la obligación tributaria”.



Bibliografía

– Constitución Nacional de 1992.

– Mersán, Carlos A. Derecho Tributario.

Nota: Parte introductoria de la Tesis Doctoral de la Prof. Abog. Doris Raquel Paredes Martínez.

TRAS LA ELIMINACIÓN DE DESIGUALDADES DISCRIMINATORIAS CONTRA LAS MUJERES EN PARAGUAY (1)

Por Silvia Beatríz López Safi (*)

Sumario. 1. Prefacio. 2. Marco Regulador. 3. Conquistas en el ámbito de los Derechos de las Familias. 4. Planificación Familiar y Salud Materno Infantil. 5. Aspectos Laborales. 6. Epílogo. 7. Bibliografía. 8. Legislación y páginas consultadas.

1. Prefacio

El derecho a la igualdad fundamental de la persona humana, constituye uno de los postulados fundamentales de la Constitución Nacional de la Repú-

(*) Abogada, Notaria y Escribana Pública por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Doctoranda por la Universidad Pablo De Olavide de Sevilla (España). Master en Gobierno y Gerencia Pública. Egresada de la Escuela Judicial. Especialista en Didáctica Universitaria y en Metodología de la Investigación Aplicada por el Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción. Docente Universitaria en las Cátedras de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Americana, así como en la Cátedra de Derecho Procesal Civil I de la Universidad Americana. Docente de Posgrado en el Diplomado de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Universidad Columbia. Consultora contratada para el Apoyo al Diseño de Procesos que integra la Carrera Judicial.

(1) Ponencia remitida al XIX Congreso de la Federación Internacional de Mujeres de Carreras Jurídicas, llevado a cabo en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (Catalunya, España), los días 6, 7, 8 y 9 de setiembre de 2006.

blica del Paraguay, que desde el año 1992 ha venido proclamando dicha igualdad entre el varón y la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional.

Consecuentemente, fueron dictándose normas de inferior jerarquía en concordancia con los nuevos lineamientos trazados en la Carta Fundamental, las que serán citadas sucintamente en el presente trabajo a modo de ilustración en cuanto a los avances que se fueron dando, merced a la lucha tenaz sostenida por grupos de mujeres en pro de la conquista de sus derechos humanos.

2. Marco regulador

Como quedó de manifiesto supra la Constitución Nacional de 1992 proclamó la igualdad entre el varón y la mujer desde los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, asumiendo el Estado la responsabilidad de promover las condiciones y crear los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva, debiendo allanar en su caso, los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio a fin de facilitar la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional (2).

A dicho efecto, el Estado debe garantizar a todos los habitantes de la República la igualdad para el acceso a la justicia, la igualdad ante las leyes, la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura (3).

Asimismo, toda persona tiene el derecho a la libre expresión de su personalidad, a la creatividad y a la formación de su propia identidad, quedando garantizado el pluralismo ideológico (4).

Una de las bases de la reforma agraria y del desarrollo rural, es el apoyo a la mujer campesina y en especial a quien sea cabeza de familia; debiendo promover el Estado su participación en dichos planes, en igualdad con el varón(5).

(2) CN – Art. 48.
(3) *Ibid.* Art. 47.
(4) *Idem* Art. 25.
(5) *Ibid.* Art.115 incs. 9) y 10).

En el campo de los derechos y deberes políticos, la promoción del acceso a la mujer a las funciones públicas, ha sido uno de los logros más importantes para la misma en la República del Paraguay. Al proclamar la Carta Magna que los ciudadanos sin distinción de sexo tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes, en la forma que determinen la Constitución y las leyes, deja abierta a la voluntad de nuestro sujeto, mujer, la facultad de elegir, tal como acontece con los varones (6).

Respetando el orden de prelación de las normas jurídicas, cabe destacar que el Paraguay ha firmado y ratificado los principales instrumentos y compromisos internacionales que buscan garantizar los derechos de las mujeres; entre los que citamos la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas, que el Paraguay ratificó en 1986, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), ratificada en 1995. A eso se suman compromisos asumidos en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993), la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y la Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

Otro de los principales instrumentos que integran el plexo normativo, es la Ley No. 1/92 de "Reforma Parcial del Código Civil", que ha introducido modificaciones sustanciales en el campo de los derechos de las familias.

La citada Ley implicó un avance significativo para las mujeres, pues si bien ya en el año 1954 se había dictado la Ley No. 236 "De los Derechos Civiles de la Mujer"; esta reconocía a las féminas la capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes concedían a los varones(7), pero con efectos limitados en varios aspectos que serán señalados *infra*.

En el ámbito laboral, la Ley No. 213/93 "Código Laboral", y la Ley No. 496/95 "Que modifica, amplía y deroga artículos de la Ley No. 213/93 ..."; constituyen los instrumentos que reglamentan lo consignado en la Constitución Nacional, específicamente en lo tocante al trabajo de mujeres en los artículos 128 a 136.

(6) *Idem* Art. 117.
(7) Ley Nº 236/54 – Art. 1º.

Por su parte, desde 1998 está en vigencia el Código Penal, con más sombras que luces respecto a los derechos de la mujer; calificando la violencia doméstica como un delito aunque con limitaciones importantes como la habitualidad, la violencia física y la convivencia, que lo vuelve un derecho ilusorio (8). Asimismo, el Código Penal trata específicamente varios delitos sexuales que afectan principalmente a las mujeres. Así se contempla la figura del acoso sexual, que hasta ahora solo se hallaba presente en el Código Laboral, se introducen las figuras del abuso sexual de niños, de personas bajo tutela y el incesto, se penaliza el incumplimiento del deber legal alimentario, se incluye y penaliza la trata de personas (9).

Se cuestionan varios aspectos del Código Penal en relación a las mujeres; por ejemplo, que el castigo exigido por la violencia ejercida dentro del hogar es solo de multa y no penitenciaria. Además, el hecho que la violencia ejercida en el ámbito familiar para configurar un delito, deba ser habitual, física y realizada por parte del conviviente; es atentatorio de los derechos humanos en general, y de los derechos de las mujeres en particular, puesto que este flagelo afecta en especial a las mujeres.

3. Conquistas en el ámbito de los Derechos de las familias

Uno de los espacios más importantes de conquista para los derechos de las mujeres, sin duda, constituye el de las familias.

Desde la aparición de la Constitución Nacional de 1992, se ha establecido una protección concreta a las mujeres, en su individualidad o como esposas, como integrantes de familias constituidas de hecho o en el carácter de concubinas, así como a las mujeres cabeza de familia y de prole numerosa, con un apoyo especial a la mujer campesina.

Queda explicitado en la Carta Fundamental que en la formación y desenvolvimiento de las familias, el varón y la mujer tienen los mismos derechos y obligaciones (10) Asimismo, la Ley de Reforma consagra como uno de los principios centrales para la aplicación e interpretación de la Ley, la igualdad de los cónyuges; principio de orden público que no podrá ser modificado por

---

(8) CP – Art. 229.

(9) Soto, Clyde, Centro de Documentación y Estudios (CDE), Informe DDHH en Paraguay, Asunción, Paraguay, 1997.

(10) *Ibid.* Art. 50.

convenciones particulares, excepto cuando la Ley lo autorice expresamente. Esta igualdad del marido y la mujer en el hogar, en cuanto a los deberes, derechos y responsabilidades, es independiente de su aporte económico al sostenimiento del hogar común, debiéndose recíprocamente respecto, consideración, fidelidad y asistencia (11).

Esto último condice con la disposición según la cual la atención y el cuidado del hogar constituyen una función socialmente útil y de responsabilidad de ambos cónyuges, atendiendo a que, cuando uno de ellos se dedique con exclusividad a la misma, la obligación de sostener económicamente a la familia recaerá sobre el otro sin perjuicio de la igualdad de sus derechos, y de la colaboración que mutuamente se deben (12). El hecho de que anteriormente las mujeres se ocuparan mas bien del trabajo como "amas de casa", y no fuera del hogar, impulsó el dictamiento de esta disposición a fin de que las mismas pudieran estar amparadas, por más que el otro fuera quien introducía el dinero al hogar. Sabemos que el trabajo de amas de casa es bastante pesado, y aún en la actualidad, por más que en su mayoría las mujeres se encuentren trabajando a la par que sus maridos fuera del hogar, ello no implica que las mismas no continúen cumpliendo el rol de amas de casa. Es decir, el doble trabajo es por hoy la constante que impera en nuestra sociedad.

Al respecto, señalamos que uno de los principales avances para las mujeres significó la autonomía en la elección de cualquier profesión o industria lícitas para efectuar trabajos fuera de la casa o constituir sociedades para fines lícitos (13), en consideración a las restricciones impuestas desde la Ley No. 236/54, que aún con las conquistas logradas para ellas, cercenaba a la mujer ese derecho disponiendo la necesidad de contar con la conformidad de ambos cónyuges, para que la misma pueda válidamente realizar la mayoría de los actos que, por supuesto en la actualidad puede llevarlos a cabo por su sola voluntad, sin asentimiento del otro, dentro de los límites autorizados para ambos por las normas vigentes en la materia. Así, el ejercicio de la profesión, industria o comercio por cuenta propia, o efectuar trabajos fuera de la casa común; dar sus servicios en locación; constituir sociedades colectivas, de capital e industria o en comandita civiles o comerciales; aceptar donaciones y también herencias sin beneficio de inventario (por el actual Código Civil ya

(11) Ley Nº 1/92 – Arts. 2º y 6º.
(12) *Ibid.* Art. 9º.
(13) *Idem* Art. 7º.
(14) CC – Art. 2.468.

se presume la aceptación de herencias a beneficio de inventario (14)); renunciar a las herencias o legados que le sean deferidos; disponer a título gratuito por actos entre vivos, de los bienes que ella administre conforme a sus bienes reservados (15).

No menos importante se presenta la administración de los bienes de la comunidad, que conforme a la Ley de Reforma corresponde a ambos cónyuges conjunta o indistintamente; y en caso de que uno no pudiera prestar su consentimiento o se negare injustificadamente a hacerlo, el otro podrá requerir autorización al Juez, quien la concederá previa justificación de la necesidad del acto (16) Anteriormente, por la Ley No. 236/54 el marido era el administrador legítimo de todos los bienes de la comunidad, sean propios o gananciales, salvo los casos en que ese derecho se acordara a la esposa (17); es decir, cuando la mujer era nombrada curadora del marido o a este se le declaraba ausente, ocasión en que la citada tenía los mismos derechos y responsabilidades que el esposo, como también respecto a sus bienes reservados (18).

En ese mismo contexto, la Ley de Reforma preceptúa que la representación de la comunidad conyugal corresponde a ambos cónyuges (19). Significativo igualmente constituye el uso del apellido por parte de la mujer casada, la que podrá usar o no el apellido de su marido a continuación del suyo propio, lo que no implica cambio de nombre de ella, que es el que consta en la partida del Registro Civil. Asimismo, el marido tendrá la misma opción de adicionar el apellido de la esposa al suyo propio (20). En este sentido, anteriormente la mujer al contraer matrimonio, tomaba el apellido de su marido precedido de la partícula “de” a continuación del suyo propio, salvo que por sus obras científicas, literarias o artísticas o por la dirección u organización de alguna industria o hacienda, comercial o financiera, hubiese ganado reputación que le asegure nombradía, beneficios económicos o una clientela que podría disminuir o perderse por el cambio de su nombre; situación que generaba la posibilidad de renunciar de hecho al cambio (21). Este estado de cosas conllevaba la cosificación de la mujer, a diferencia del marido que no sufría ese cambio de nombre por haber contraído matrimonio.

(15) Ley Nº 236/54 – Art. 7º.
(16) Ley Nº 1/92 – Art. 40.
(17) Ley Nº 236/54 – Art. 33.
(18) *Ibid.* Arts. 36 y 37.
(19) Ley Nº 1/92 – Art. 38.
(20) *Idem* Art. 10.
(21) Ley Nº 236/54 – Art. 17.

Actualmente la norma establece que en ningún caso el no uso por parte de la esposa del apellido marital podrá ser considerado como ofensivo por el marido (22).

Asimismo, 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, el que adoptado para el primer hijo, será mantenido para todos los demás (23).

No obstante, encontramos un tratamiento diferenciado no existiendo acuerdo entre los padres tratándose de hijos matrimoniales, habiendo decidido el legislador que en estos casos, los citados llevarán en primer lugar el apellido del padre (24), evitando con ello que el disenso traiga como consecuencia la promoción de un juicio por ante el Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, por la disputa suscitada en torno a dicho orden.

Nos preguntamos entonces si la proclamación de igualdad en el artículo 48 de la Constitución Nacional, se ve cercenada por esa disposición, cediendo paso al terreno ganado por las mujeres en la lucha por la igualdad de sus derechos; tornándose en consecuencia inconstitucional la solución dada por el legislador.

En cuanto al domicilio, los cónyuges deben acordar el lugar en que harán vida en común, gozando ambos de autoridad propia y consideraciones iguales en el mismo (25). Notamos aquí otra diferencia con el régimen anterior, en que la elección del domicilio conyugal, si bien debía hacerse en lo posible por acuerdo de ambos cónyuges, en caso de disenso, prevalecía la decisión del marido (26).

Ahora bien, la producción de efectos similares a los del matrimonio en el caso de las uniones de hecho o concubinarias, en atención a las características de la población paraguaya, con un índice muy alto de uniones en este sentido, ha contribuido a brindar seguridad a las mujeres, tanto desde los derechos generados con la prole como también con los bienes que pudieran ser adquiridos durante la unión.

---

(22) Ley Nº 1/92 – Art. 11.
(23) *Ibid.* Art. 12.
(24) Ley Nº 985/96 – Art. 1º.
(25) *Idem* Art. 13.
(26) Ley Nº 236/54 – Art. 18.

La importancia asignada a este tema en particular se denota con la protección desde la Carta Fundamental, mediante la consideración atribuida por el Convencional Constituyente, al sentar las bases con vistas a la producción de efectos similares al matrimonio, tratándose de uniones de hecho entre el varón y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, dentro de las condiciones que establezca la ley (27).

Producto de la reglamentación obrante en la Ley de Reforma, encontramos diversos artículos que desglosan lo dispuesto en la Constitución Nacional. No obstante, hallamos una diferencia respecto a la consideración otorgada a las mencionadas uniones de hecho; pues, si bien es cierto en la Carta Fundamental se las asimila al matrimonio, en la Ley No. 1/92 se equiparan los efectos a un matrimonio legal cuando se procede a su inscripción después de diez años de unión bajo las condiciones expresadas (28); es decir, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimentes(29).

Estimamos más apropiada la referencia a las uniones concubinarias como similares en sus efectos a las uniones en matrimonio (tal como se concibe en la Carta Magna), que la consideración de las citadas uniones concubinarias como equiparadas a los matrimonios legales, conforme a la redacción dada en la Ley de Reforma; ya que en el primer caso se reconoce una semejanza o parecido de una cosa con otra, y en el segundo, una comparación de dos cosas “iguales”, lo que no es posible atendiendo al carácter del matrimonio, derivado de las formalidades requeridas para su celebración. Recordemos que el matrimonio es un acto solemne, pues debe estar revestido de la forma exigida por la ley para su validez y eficacia.

Por otro lado y en cuanto a la creación de una comunidad de gananciales producto de dichas uniones de hecho, a modo de las constituidas en un matrimonio; ello es posible a partir de los cuatro años consecutivos de unión(30), o a partir de la fecha de nacimiento del primer hijo (31).

---

(27) CN – Art. 51 – 2º párrafo.
(28) Ley Nº 1/92 – Art. 86.
(29) *Ibid.* Art. 83.
(30) *Idem* Art. 84.
(31) *Ibid.* Art. 85.

En efecto, con lo descrito vemos que la Ley No. 1/92 de "Reforma Parcial del Código Civil" se ha erigido en un instrumento de primera mano a fin de efectivizar los derechos y garantías proclamados desde la Carta Magna.

Otro logro significativo es el compromiso asumido por el Estado desde la Constitución Nacional, en cuanto a la promoción de políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas que atenten contra su solidaridad (32), lo que ha dado como resultado la sanción de la Ley No. 1600/2000 contra la Violencia Doméstica, a través de la cual se presta una protección de carácter urgente a las víctimas de estos hechos, donde es bien sabido que el índice es altamente mayoritario respecto a las mujeres(33).

4. Planificación familiar y salud materno infantil

La planificación familiar y la salud materno infantil, si bien es cierto se hallan reconocidas por el Estado como derechos de las personas a decidir libre y responsablemente el número y la frecuencia del nacimiento de sus hijos, recibiendo en coordinación con los órganos pertinentes, educación, orientación científica y servicios adecuados en la materia, así como el establecimiento de planes especiales de salud reproductiva, y salud materno infantil para la población de escasos recursos (34); vemos que ello no condice con lo que acontece en la realidad, al observar el número de mujeres y niños que fallecen anualmente por falencias en el sistema (35).

---

(32) CN – Art. 60.

(33) En la investigación realizada por el Centro de Documentación y Estudios (CDE) con el apoyo del Centro del Fondo de Igualdad de Género (FIG) de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (ACDI), una de las indagaciones versa acerca de la percepción de la población acerca de quiénes serían las principales víctimas de violencia en la casa y en la familia, sobre la base de sus experiencias en hechos concretos. Al respecto las personas dijeron conocer casos relacionados con distintas formas de violencia doméstica e intrafamiliar, indicando a las mujeres como principales víctimas de estos hechos, con una amplia diferencia en la violación o el abuso sexual (92%), en la violencia física (76%) y en situaciones de violencia psicológica o emocional (71%). Soto, Clyde; González, Myriam y Elías, Margarita, Encuesta Nacional sobre Violencia Doméstica e Intrafamiliar, CDE con el apoyo de ACDI, Asunción, Paraguay, 2003. P. 98.

(34) *Idem* Art. 61.

(35) La tasa de mortalidad infantil para el período 1999-2004 (marzo 1999 a febrero 2004) es de 29 muertes por cada 1.000 nacidos vivos. Centro

La Salud Materno Infantil se desarrolla con el componente de Planificación Familiar oficialmente en el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social desde el año 1972. El Plan Nacional de Salud Reproductiva 1997-2001 fue elaborado por el MSPyBS, y aprobado por el Consejo Nacional de Salud Reproductiva, con lo que el citado Ministerio asume la responsabilidad y cumple con el mandato de establecer lineamientos de políticas a ser implementadas por el Sistema de Salud, en coordinación con los otros sectores involucrados. Sin embargo, este Plan no fue difundido de manera satisfactoria ni fue utilizado en el nivel operativo como base para la definición de actividades y proyectos. El Consejo Nacional de Salud Sexual y Reproductiva ha establecido posteriormente el Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2003 – 2008. Este Plan recibió un fuerte apoyo a nivel político siendo aprobado no solo por Resolución Ministerial del MSPyBS S.G. No. 223 de 28 de noviembre de 2003, sino también por Decreto del Poder Ejecutivo No. 1702 de 6 de febrero de 2004 por el cual se declara de interés nacional y se pone en vigencia dicho Plan. Las líneas de acción del plan promoverán en la población paraguaya la responsabilidad de su comportamiento sexual y reproductivo, en un marco donde sus habitantes sean tratados dignamente, sin discriminación de edad, etnicidad, o nivel socioeconómico y con respeto a los derechos sexuales y reproductivos de las personas, la equidad social y de género (36).

Además, fue aprobada la Política Nacional de Atención a la Salud Integral de la Mujer, por Resolución Ministerial No. 412 de 26 de agosto de 1999; que contempla ejes estratégicos para la atención de la mujer en todas las etapas de su vida desde la niñez hasta la pos reproductiva, incluyendo la adoles-

---

Paraguayo de Estudios de Población (CEPEP), Encuesta Nacional de Demografía y Salud Sexual y Reproductiva 2004 ENDSSR 2004, Informe Final, Agencia del Gobierno de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDD), Atlanta, Georgia, Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF), Asunción, Paraguay, 2005, P. 36.

Asimismo, un informe periodístico revela que: *"Actualmente 240 mujeres pobres mueren cada año por problemas durante el parto, porque en el país embarazarse y ser pobre es estar a un paso de la muerte"* – comunicado del Movimiento Popular Revolucionario Paraguay Pyahura. Última Hora, Asunción, Lunes 7, Agosto 2006, P. 21.

(36) Centro Paraguayo de Estudios de Población (CEPEP), *Opus cit.*, Ps. 55, 56.

cencia. Asimismo se ha establecido el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades para las Mujeres 1997-2001, y el actual II Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2003-2007, realizado por la Secretaría de la Mujer. A partir del año 2000 se ha puesto en funcionamiento la Comisión Nacional de Vigilancia Epidemiológica de la Salud y de la Mortalidad Materna, VESMM, como ente técnico de apoyo a la oficina responsable del control epidemiológico de las causas de enfermedad y muerte materna, dependiente de la Dirección General de Programas de Salud del MSPyBS; ampliado para abarcar el componente de salud y mortalidad neonatal, habiéndose apoyado la creación de Comités Regionales que han sido constituidos en las diez y ocho Regiones Sanitarias (37).

No obstante, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el 32º periodo de sesiones, del 10 al 28 de enero de 2005, al examinar los informes periódicos tercero y cuarto combinados y quinto de Paraguay (CEDAW/C/PAR/3 y 4 y CEDAW/5 y Corr.1) en sus sesiones 671a y 672ª, celebradas el 14 de enero de 2005; en sus Observaciones finales seguía preocupado por la persistencia de elevadas tasas de mortalidad materna, en particular las defunciones por abortos ilegales, el acceso ilimitado de las mujeres a la atención de salud y a los programas de planificación de la familia y la aparente necesidad desatendida de anticonceptivos. En este sentido el Comité reiteró la recomendación formulada en anteriores observaciones finales y exhortó al Estado a que actuara sin dilación y adoptara medidas eficaces para resolver el problema de la elevada tasa de mortalidad materna y para impedir que las mujeres tuvieran que recurrir a abortos peligrosos y para protegerlas de sus efectos negativos sobre su salud, de acuerdo con la recomendación 24 del Comité sobre acceso a la atención de salud y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. El Comité instó al Gobierno a que fortaleciera la ejecución de programas y políticas encaminados a brindar un acceso efectivo a las mujeres a la información sobre la atención y los servicios de salud, en particular en materia de salud reproductiva y métodos anticonceptivos asequibles, con la mira de prevenir abortos clandestinos.

5. Aspectos laborales

La Constitución Nacional de 1992 entre los motivos de no discriminación por razón del sexo, refiere el trabajo, dejando sentado de manera explícita en cuanto al trabajo de las mujeres, que los trabajadores de uno u otro

(37) *Ibid.* Ps. 57, 58.

sexo tienen los mismos derechos y obligaciones laborales; haciendo hincapié como objeto de especial protección a la maternidad, comprendiendo los servicios asistenciales y los descansos correspondientes, los que no deben ser inferiores a doce semanas. Se estatuye que la mujer no será despedida durante el embarazo y tampoco mientras duren los descansos por maternidad(38).

Entre las principales disposiciones contempladas en el Código Laboral y modificaciones, se destacan las siguientes: las mujeres disfrutarán de los mismos derechos laborales y tienen las mismas obligaciones que los varones; en el período de lactancia las madres trabajadoras tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos, los que serán considerados como períodos trabajados con goce de salarios. Al respecto, los establecimientos industriales y comerciales en que trabajan más de cincuenta trabajadores de uno u otro sexo, están obligados a habilitar salas o guarderías para niños menores de dos años, donde estos quedarán bajo custodia, durante el tiempo de trabajo de su padre o madre. Se destaca que esta disposición no se cumple a cabalidad, tal como lo expresa la norma (39).

Además, a partir de la fecha de notificación del embarazo, la mujer empleada habitualmente en trabajos insalubres, peligrosos o penosos, tiene derecho a ser trasladada de lugar de trabajo, asignándosele tareas compatibles con su estado sin reducción de salario; siendo durante este tiempo, nulo el preaviso y el despido decididos por el empleador. Si transcurrido el reposo de maternidad se encontrase imposibilitada para reanudar sus labores a consecuencia del embarazo o parto, tendrá derecho a licencia por todo el tiempo indispensable al restablecimiento, conservando su empleo y los derechos adquiridos por virtud del contrato de trabajo (40).

6. Epílogo

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el 32º período de sesiones, del 10 al 28 de enero de 2005, al examinar los informes periódicos tercero y cuarto combinados y quinto de Paraguay (CEDAW/C/PAR/3 y 4 y CEDAW/5 y Corr.1) en sus sesiones 671a y 672ª, celebradas el 14 de enero de 2005; en sus Observaciones finales (42) pidió que se diera amplia difusión en el Paraguay a las presentes observaciones finales

(38) *Ibid.* Art. 89.
(39) Ley Nº 213/93 y Ley Nº 496/95 – Arts. 128 y 134.
(40) *Idem* Arts. 135 y 136.

para que el pueblo del Paraguay, en particular los funcionarios de la administración pública, los políticos, los parlamentarios y las organizaciones femeninas y de derechos humanos, estuvieran al corriente de las medidas adoptadas para asegurar la igualdad de jure y de facto de las mujeres y las medidas que serían necesarias en ese sentido en el futuro. También pidió al Estado parte que continuara difundiendo ampliamente, en particular entre las organizaciones femeninas y de derechos humanos, la Convención y su Protocolo Facultativo, las recomendaciones generales del Comité y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, así como los resultados del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, titulado "La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI".

Varios avances se fueron dando en cuanto a la participación de la mujer en todos los ámbitos de la vida nacional. Así se destaca la participación política mediante la inclusión de una mujer en la Corte Suprema de Justicia después de 94 años y la presencia de mujeres a la cabeza de varios Ministerios.

Además, la creación de la Comisión de Género y Equidad Social de la Cámara de Diputados y de la Comisión de Equidad, Género y Desarrollo Social de la Cámara de Senadores; la instalación de programas para lograr la igualdad entre mujeres y varones en los ministerios, y de planes integrales dentro de la Estrategia Nacional de la Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social.

Los avances del Programa Nacional de Igualdad de Oportunidades y Resultados para la Mujer en la Educación, como la inclusión del componente de género en la reforma curricular, materiales educativos y capacitación de docentes; junto a los planes del Gobierno para afrontar la trata de personas; constituyen otros puntos cruciales en la lucha por lograr la reivindicación de derechos por mucho tiempo postergados para las mujeres.

No obstante, queda mucho por hacer; el marco normativo, si bien en general crea las condiciones para promover el efectivo cumplimiento de las disposiciones que atañen a las mujeres, en algunos aspectos no permite la efectiva igualdad para los representantes de ambos géneros. Ello atendiendo a que la sociedad de cuño mas bien machista, recién hace unos años ha despertado del letargo en que estaba sumida en cuanto a los derechos humanos de las mujeres.

La conformación de grupos tal como el de la "Asociación Paraguaya de Mujeres de Carreras Jurídicas" y otros similares, debe plantearse desde el rol

que les cabe en el logro de las metas trazadas en los planes y programas propios, así como la promoción de los derechos que asisten a las mujeres, como integrantes de una sociedad respetuosa del tratamiento igualitario que todo ser humano merece.

7. Bibliografía

Soto, Clyde, González Myrian y Elías, Margarita, Encuesta Nacional sobre Violencia Doméstica e Intrafamiliar, Centro de Documentación y Estudios (CDE), con el apoyo del Fondo de Igualdad de Género (FIG) de la Agencia Canadiense para el Desarrollo Internacional (ACDI), Asunción, Paraguay, 2003, 152 pp.

Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2003 – 2008, Protocolo de Atención a Personas en Situación de Violencia Sexual – Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, Dirección General de Programas de Salud, CEPEP, DANIDA, IPPF, Asunción, Paraguay, 2006, 15 pp.

Centro Paraguayo de Estudios de Población (CEPEP), Encuesta Nacional de Demografía y Salud Sexual y Reproductiva 2004 ENDSSR 2004, Informe Final, Agencia del Gobierno de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDD), Atlanta, Georgia, Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF), Asunción, Paraguay, 2005, 419 pp.

Diario Última Hora, Lunes 7 de agosto de 2006, P. 21.

8. Legislación y páginas consultadas

Constitución Nacional de 1992.

Ley Nº 236/54 “De los Derechos Civiles de la Mujer”.

Ley Nº 1183/85 “Código Civil Paraguayo”.

Ley Nº 1337/88 “Código Procesal Civil”.

Ley Nº 1/92 “De Reforma Parcial del Código Civil”.

Ley Nº 213/93 “Código del Trabajo”.

Ley Nº 496/95 “Que modifica, amplía y deroga artículos de la Ley 213/93 Código del Trabajo”.

Ley Nº 1160/1997 “Código Penal de la República del Paraguay”.

Ley Nº 1600/2000 “Contra la Violencia Doméstica”.

http://www.derechos.org/nizkor/paraguay/1997/11.html

http://www.cidh.org/countryrep/Paraguay01sp/cap.8htm

http://www.un.org/womenwatch/daw

DISCIPLINA PARTIDARIA Y MANDATO IMPERATIVO EN LA TRANSICIÓN PARAGUAYA (*)

Por Jorge Seall-Sasiain (**)

Sumario: 1. Introducción. 2. La transición paraguaya y la disciplina parlamentaria, 3. Marco teórico de la cuestión, a. Representación política, b. Partidos políticos, c. Disciplina partidaria, d. Mandato del parlamentario, 4. Análisis del mandato imperativo y la disciplina partidaria. 5. Conclusiones

1. Introducción

Es casi un lugar común hablar de la crisis del sistema de partidos en América Latina. Si bien es posible identificar algunas causas generales o comunes de dicha crisis general, la misma presenta causas específicas para cada sistema político, haciéndola variar en intensidad y gravedad de un país a otro.

Otra crítica también común en la región es la baja o mala calidad de la representación política, pese a las dos o más décadas de gobiernos democráticos, o quizá de meros gobiernos "electos" o "no dictatoriales, militares o *de facto"*.

Es evidente que tanto el sistema de partidos políticos –esencial para la democracia como el sistema electoral necesitan importantes reformas. No

---

(*) Ponencia presentada en el *IX Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Panel 25 "Reforma política: sistemas electorales y fidelidad partidaria", Curitiba, Brasil. 11-15 noviembre de 2006.

(**) Abogado, UNA'77; Sociólogo, UCA'79; LL.M.'84 Harvard; abd/ SJD'87 Harvard. Catedrático de Derecho Constitucional Nacional y Comparado de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Católica de Asunción. Presidente del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional (IPDC).

pretendemos encarar este vasto problema y menos para diferentes países. Esta ponencia versará solamente sobre un aspecto acotado de la cuestión y referido, en particular, al Paraguay de la "transición" (1989 al presente).

Se trata del problema de la deslealtad e indisciplina de los parlamentarios para con el partido que los postuló y al que dicen representar en el Parlamento. En especial, nos interesa analizar el argumento –de orden constitucional– invocado para justificar la deslealtad partidaria: *la prohibición de mandato imperativo.* Este argumento es esgrimido tanto por los parlamentarios que incumplen pactos firmados o expresas directivas formales de sus partidos, como por los partidos políticos para no aplicar sanciones disciplinarias o ser renuentes a hacerlo.

En primer lugar, haremos una breve descripción de la peculiar y larga "transición paraguaya", ya que es el contexto en que se da el fenómeno que nos ocupa. Luego, repasaremos el marco teórico de conceptos relacionados al tema. Seguidamente, analizaremos el significado actual del mandato imperativo y del mandato libre y su relación con la disciplina partidaria, y ofreceremos algunas conclusiones.

2. La "transición paraguaya" y la disciplina partidaria

Si bien nuestra transición plantea problemas enraizados en el sistema y la cultura política del Paraguay, algunas de las dificultades, carencias y deformaciones institucionales podrían considerarse comunes –en mayor o menor medida– a los demás procesos de consolidación democrática en América Latina.

Un primer aspecto es la inusualmente larga duración de la llamada "transición". Lleva más de 17 años. La dictadura de casi 35 años del "General Presidente" Alfredo Stroessner constituye una pesada herencia. La férrea dictadura militar impuso un modelo de dominación patrimonialista (Weber), con apoyo de un partido tradicional (el centenario Partido Colorado), virtualmente único; basado en la corrupción estructural, el clientelismo ("prebendarismo" (1)) y la cooptación.

El Partido Colorado accedió al poder el 13 de marzo de 1947, preanunciando la *Revolución del 47* (marzo-agosto). Esta cruenta guerra civil enfren-

(1) En Paraguay se utiliza más el neologismo "prebendarismo" y "prebendario" para designar lo que comúnmente se conoce como clientelismo.

tó, por un lado, al Partido Colorado con su brazo civil armado o *pynandy* (2), y, por el otro, a tres fuerzas políticas, el Partido Liberal –tradicional adversario del Colorado–, el "febrerismo" y el Partido Comunista. Con el triunfo del Partido Colorado este se constituyó en *partido hegemónico* con perfil nacionalista, militarista, autoritario y corporativo-fascista. Dicha Revolución y su posteridad –*stronismo* incluido– marcó a fuego el Paraguay de la segunda mitad del siglo XX, hasta nuestros días. El Partido Colorado, que apoyó a la dictadura, sigue en el poder.

La corrupción y el prebendarismo estructural no solo perviven en la transición paraguaya sino que se han extendido a casi toda la clase política. En efecto, la cultura política paraguaya (3) refleja el clientelismo (o prebendarismo) como forma predominante de hacer política. El clientelismo atenta contra la consolidación del sistema democrático y la vigencia del Estado de Derecho. Es el más serio obstáculo para la institucionalización del país. Dificulta el cabal funcionamiento de los tradicionales poderes del Estado y desvirtúa o desnaturaliza las funciones de los nuevos órganos e instituciones creadas por la Constitución de 1992.

En este contexto se inserta el fenómeno de la indisciplina partidaria. La deslealtad partidaria o falta de control de los parlamentarios por los partidos se hizo patente, sin embargo, en los Congresos de la transición democrática. Ni antes de la dictadura de Stroessner, ni durante los 34 años de dictadura (4), el Parlamento había registrado casos graves y reiterados de indisciplina y falta de cohesión de los partidos en su representación parlamentaria.

---

(2) En guaraní, "los descalzos", campesinos.

(3) Por *cultura política* entendemos tanto los conocimientos, creencias, tradiciones, principios y reglas como las costumbres y prácticas efectivas referidas al quehacer político en un país determinado, sin implicar necesariamente valoración moral alguna, sino rescatando solo la dimensión real o sociológica del fenómeno. Sobre la cultura política paraguaya, existe un actualizado trabajo coordinado por Vial, Alejandro (coord.), *Cultura política, sociedad civil y participación ciudadana;* e*l caso paraguayo*. Asunción: CIRD, Grafitec SA ed., 2003.

(4) De 1954 a 1963 el Parlamento estuvo integrado solo por el Partido Colorado que apoyaba al dictador. Desde 1963 hasta 1989 ya tuvo participación opositora, aunque limitada a un tercio de las bancas, en virtud de la ley electoral.

3. Marco teórico de la cuestión

Las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII (la inglesa de 1688, la americana de 1776 y la francesa de 1789) implicaron un cambio radical en la concepción del Estado y de las formas de gobierno. Así se fueron perfilando el llamado *Estado liberal*, el *Estado democrático-liberal*, y la *democracia representativa*.

El *Estado liberal* consagraba la libertad como valor fundamental y –en respuesta al problema de *cómo se ejerce el poder*– estableció el principio fundamental de limitación del poder estatal, mediante la división de los poderes, y el reconocimiento expreso y solemne de los derechos individuales, como garantías de la libertad. A su vez, la *democracia representativa* –en relación a la cuestión *quién ejerce el poder*– proclamaba el gobierno *(kratos*) del pueblo *(demos)* por medio de sus representantes (5). Por esta razón se la conoce también como *democracia indirecta*, diferenciándola de la histórica *democracia directa* de las *polis* griegas.

La democracia representativa implica que todas las autoridades electivas, especialmente del Parlamento –Congreso, Asambleas o como se denomine al Poder Legislativo– deben tener legitimidad de origen. Legitimidad electoral popular significa que sus mandatos emanan del pueblo, a través de elecciones.

a) Representación Política

No cabe duda que el concepto de la *representación política* es clave para la democracia representativa. Sobre lo que no hay consenso es su naturaleza jurídica (6). Constituye toda una clase aparte, *sui generis*, no equiparable a la representación jurídica clásica, especialmente, la del derecho civil. Conforme a su etimología, la representación sería hacer presente, visible o actuante a otro que no lo está. Por lo tanto, se considera que el representante político, en virtud de haber sido electo por el pueblo, actúa, propone, debate y vota en nombre de sus electores, aunque no pregunte ni consulte con ellos.

---

(5) García-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado* (Madrid: Manuales de la Revista de Occidente Ed., 1964) pp. 142-204.

(6) López, Mario Justo. *Manual de Derecho Político.* Buenos Aires: Desalma ed., 1997, p. 439.

b) Partidos Políticos

No es posible concebir una democracia representativa sin partidos políticos. Los partidos políticos son asociaciones de ciudadanos, estructuradas jerárquicamente, con un programa o ideología compartidos, y que se organizan para acceder al poder o mantenerse en él, de modo a implementar sus planes o programas de gobierno.

Los partidos políticos cumplen la imprescindible función de contribuir decisivamente a *formación de la voluntad popular*, al ser el puente o la mediación necesaria entre el poder político y los ciudadanos. Tal como la Constitución dispone: *Los partidos políticos son personas jurídicas de derecho público. Deben expresar el pluralismo y concurrir a la formación de las autoridades electivas, a la orientación de la política nacional, departamental o municipal, y a la formación cívica de los ciudadanos* (Art. 124).

c) Disciplina Partidaria

Es impensable el funcionamiento de un partido político –como de toda asociación u organización jerárquica– si no se rige por un estatuto que contemple un mínimo régimen o código disciplinario. La falta de normas o *anomía* es fatal para cualquier organización. Con los partidos sucede lo mismo. Esa es la razón por la que los estatutos partidarios contemplan el funcionamiento de "tribunales de conducta" o "jurados disciplinarios" encargados de aplicar sanciones a los afiliados que violan los estatutos del partido. Las sanciones disciplinarias para los afiliados pueden ir desde la amonestación hasta la expulsión, pasando por la suspensión, según la gravedad, circunstancias, reiteración, etc. Pero en el caso de afiliados que ejercen cargos públicos en representación del partido –especialmente los parlamentarios– deben preverse sanciones especiales o adicionales contempladas en los "reglamentos de bancada" que, sin embargo, no pueden ir más allá que la separación o desvinculación con el partido. Como expresa Sartori "un miembro del Parlamento no puede ser revocado a discreción, y el único control al cual no puede escapar es el electoral" (*7*). Sin embargo, "la *estructuración por fracciones* es tanto más importante cuanto más fuerte es la cohesión de los partidos. Es de la mayor importancia en Inglaterra. Bajo la dirección del primer ministro o de un ministro determinado por él como *Leader of the House*, por una parte, y el

(7) Sartori, Giovanni. *Elementos de teoría política.* Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 231.

jefe de la oposición, los *whips* o látigos, por la otra, ejercen un rigurosa disciplina por fracción" (8).

d) Mandato del parlamentario

Una cuestión controvertida es la naturaleza del mandato del representante. La noción del mandato tiene su origen en la Edad Media, concretamente en el Parlamento feudal, integrado por los llamados *estamentos*: el clero, la nobleza y la burguesía. Los estamentos eran corporaciones y, como tales, actores políticos esenciales de la estructura feudal, que interactuaban, políticamente, frente al Rey en el Parlamento. El estamento era el que tenía voz y voto, a través de sus parlamentarios. Los parlamentarios eran meros portavoces del estamento, al que debían representar fielmente en el Parlamento. No tenían derechos ni prerrogativas en tanto individuos, solo el estamento los tenía. De ahí que si el parlamentario desobedecía el llamado *pliego de instrucciones* del estamento al que representaba, el estamento podía removerlo de su banca y reemplazarlo por otro. A esta forma de representación, que condicionaba y limitaba estrictamente la actuación de los parlamentarios se conoce como *mandato imperativo.*

La Revolución Francesa significó la superación de la sociedad estamental y la consagración de la soberanía popular. Los parlamentos o asambleas dejaron de tener representación estamental y pasaron a integrarse con *representantes de la Nación* o *representantes del pueblo*, ya que los representantes eran expresión de la soberanía popular, a través del sufragio. Los parlamentarios (diputados y senadores) ahora encarnaban *la voluntad popular.* Los representantes *querían lo que la Nación quería* o sea ellos *querían por la Nación*. Ya no eran más nombrados por un estamento, corporación o territorio para representar imperativamente a estos, como mero portavoz (9). Concomitantemente, irrumpió la fundación de las asociaciones, "clubes" o partidos políticos (10), que se constituyeron en nexo esencial entre el poder estatal y el pueblo. Los partidos políticos canalizaban las inquietudes ciudadanas y sus preferencias políticas y así concurrían a la *formación de la voluntad po-*

(8) Von der Gablentz, Otto Heinrich. *Introducción a la Ciencia Política.* Madrid: Editorial Herder, 1974, p. 249.

(9) Molina, Ignacio. *Conceptos fundamentales de Ciencia Política*. Madrid: Alianza edit, 1998, p. 108

(10) Duverger, Maurice. *Los partidos políticos*. México: FCE ed, 1990, pp. 15 y ss.

pular. Los candidatos pasan a ser postulados por los partidos políticos, y si bien son electos como parlamentarios, son también representantes del partido que los patrocinó y postuló.

Es en ese contexto de desmantelamiento de la sociedad feudal y su Constitución estamental que se proclamó la liberación de los parlamentarios del mandato imperativo y se estableció el llamado *mandato libre* (11). Históricamente se dio un memorable debate sobre el papel que debe asumir el representante frente a su electorado: el modelo de "*diputado*" en que se "considera un simple portavoz del electorado y emite cada voto como piensa que los electores desearían que fuera emitido", o el modelo *"fideicomisario"* donde se supone que los "representantes aprenden más respecto a un asunto que cualquiera de sus electores, y al ser elegidos, con base a su juicio superior, en ocasiones, votaría en forma diferente de la que sus electores desearían que votara" (12). Esta última tesis fue defendida por Edmund Burke en su célebre discurso ante los electores de Bristol el 3 de noviembre de 1774.

En resumen, en virtud del mandato libre el parlamentario es libre de actuar, según su mejor criterio, aunque observando la ideología o programa del partido que lo postuló y cuya representación parlamentaria ostenta. Pero el partido político no puede remover al parlamentario de su banca para reemplazarlo por otro, en razón de no haber actuado o votado en la forma que el partido instruyó a sus parlamentarios. La banca es siempre del representante; no del partido que lo postuló ni de los electores que lo eligieron.

4. Análisis de la disciplina partidaria y el *mandato imperativo*

Si algo caracterizó a la transición paraguaya ha sido el constante deterioro en la credibilidad de la clase política, especialmente la de los parlamentarios. Buena parte de dicho progresivo desprestigio se debe a la falta de control y de sanción de los parlamentarios, tanto institucional, por los órganos de control, como por los partidos políticos, el electorado o la ciudadanía.

No existe control de los parlamentarios por parte de las instituciones que deberían hacerlo. Ni el Ministerio Público, ni el Poder Judicial utilizan a

---

(11) Bobbio, Norberto. *Teoría general de la política*. Madrid: Ed. Trotta, 2003, p. 497

(12) Shively, Phillips. *Introducción a las Ciencias Políticas.* Mexico: McGraw Hill Interamericana Editores, 1997, p. 274.

plenitud sus atribuciones cuando de legisladores se trata. Fiscales y jueces temen represalias del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados o del Consejo de la Magistratura, organismos donde las Cámaras tienen representantes. Contribuyen a ello, una cuestionable interpretación extensiva, tanto judicial como doctrinaria, de los fueros del legislador, así como una mal entendida deferencia hacia el Poder Legislativo, cuando no un temor reverencial.

A su vez, en las propias Cámaras legislativas es casi nulo el ejercicio del poder disciplinario; los pedidos de desafuero son casi siempre denegados, en virtud de la referida interpretación favorable al legislador y de un mal entendido "espíritu de cuerpo".

El pueblo o electorado tampoco tiene control sobre sus parlamentarios, al no existir la "revocación de mandato" o *recall*, que, por otro lado, no podría instituirse sin cambiar antes el sistema plurinominal-proporcional por el uninominal-mayoritario.

El pueblo tampoco puede incidir efectivamente en la elaboración de las "listas" de candidatos que presentan los partidos políticos. Es muy significativo que esto suceda en Paraguay, ya que, a inicios de la transición (1990), por ley electoral, se obligó a los partidos a realizar elecciones internas para conformar la lista de candidatos del partido, mediante voto directo de los afiliados. Sin embargo el pueblo sigue quejándose de que no tiene posibilidad de elegir ya que solo vota las "listas sábanas" que les presentan los partidos.

Los partidos políticos, a su vez, tampoco ejercen ningún control sobre sus parlamentarios, ya que estos argumentan que la Constitución prohíbe el *mandato imperativo*. Los estatutos partidarios rara vez se aplican y cuando se aplican, los parlamentarios vuelven a invocar el mismo argumento. Los tribunales de conducta partidarios apenas funcionan. Y las pocas veces que sancionaron a un parlamentario, sus resoluciones fueron anuladas por la Justicia Electoral por notorias violaciones al debido proceso.

En resumen, se da una completa irresponsabilidad política de los parlamentarios. No existe ninguna forma de *accountability*. El parlamentario no rinde cuentas de su gestión ni da explicaciones de sus votos ante nadie, salvo cuando decide hacerlo voluntaria o interesadamente.

En algún momento en la transición paraguaya, se discutió la posibilidad de introducir el sistema parlamentario de gobierno. Pero en las condiciones de indisciplina partidaria en que se desenvuelve nuestro Parlamento, di-

cho sistema sería fuente de una severa ingobernabilidad. Las bondades del parlamentarismo se verían truncadas por la gran anarquía de las bancadas partidarias en el Parlamento. Para que el parlamentarismo funcione aceptablemente, es imprescindible una mínima cohesión de las bancadas, fracciones o bloques partidarios y, por sobre todo, una efectiva disciplina partidaria.

Pero más allá de la forma de gobierno parlamentarista o presidencialista que se adopte, si el sistema de partidos ha de pervivir como parte esencial de la democracia representativa, es necesario que la conducción partidaria ejerza un control real y efectivo sobre sus parlamentarios.

En la transición, se han dado casos de importantes votaciones en el Congreso en que la deslealtad partidaria ha dejado mal parado no solo a los parlamentarios sino a los propios partidos políticos. A pesar de la suscripción pública y solemne de acuerdos inter-partidarios para la aprobación de importantes paquetes legislativos o el nombramiento de altos funcionarios, los parlamentarios desleales no se sienten obligados por el acuerdo y cambian el sentido de su voto sin ninguna explicación.

En estos casos de deslealtad, los partidos políticos han constatado que se encontraban prácticamente sin recursos o mecanismos para exigir el cumplimiento de las instrucciones partidarias o del acuerdo firmado.

Al inicio del año parlamentario de 1994, con motivo de votarse la renovación de las presidencias de las respectivas cámaras del Congreso, se verificó un sorpresivo desconocimiento de un acuerdo interpartidario –de los dos partidos de oposición que juntos tenían mayoría absoluta parlamentaria– respecto del orden de rotación de la Presidencia, por parte de un grupo de parlamentarios Se llegó al escándalo de la división incluso al interior de los parlamentarios del movimiento mayoritario (Cambio para la Liberación) del primer partido de oposición (PLRA), agravándose el caso por la total sorpresa experimentada por el "líder de bancada" y las altas autoridades del partido.

Con motivo de dicha situación el PLRA adoptó un "reglamento de bancada" en el que se establecerían mecanismos para prevenir dichas situaciones; casos y condiciones para que un parlamentario pudiese comunicar su disidencia a las instrucciones de voto recibidas o a algún acuerdo; así como una serie de sanciones a la indisciplina parlamentaria.

Sin embargo, este reglamento y el propio estatuto del partido son impugnados por los parlamentarios desleales como violatorio de la Constitu-

ción. Esgrimen, sistemáticamente, el artículo 201 que dispone "no habrá mandato imperativo". Este artículo se ha vuelto la "tabla de salvación" de todos los parlamentarios que desconocen acuerdos o directivas del partido.

Cabe analizar el sentido y alcance actuales de la prohibición de *mandato imperativo* a los parlamentarios. ¿Hasta qué punto pueden los parlamentarios ampararse en dicha prohibición para justificar su abierta deslealtad y desobediencia a la política, directrices o instrucciones expresas del partido político al que están afiliados, que los postuló y al que representan en el Parlamento? ¿Deben los partidos políticos permanecer de brazos cruzados en casos de ostensible deslealtad? ¿Pueden los partidos políticos renunciar a ejercer un control sobre sus parlamentarios en virtud del mandato libre de los legisladores? ¿Hasta dónde puede llegar el poder disciplinario de los partidos sobre sus parlamentarios, sin violar la prohibición de mandato imperativo? ¿Cuáles son las condiciones para amparar un caso de disidencia por una cuestión de conciencia del parlamentario?

En nuestra opinión, la invocación de la prohibición del mandato imperativo para rechazar toda sanción partidaria es un mero pretexto y un argumento falaz. El sentido de la prohibición de *mandato imperativo* fue el de eliminar una institución propia del Parlamento feudal. Se prohibía que los parlamentarios estuvieran sometidos al *pliego de instrucciones* del estamento, corporación o territorio al que representaban, a riesgo de perder su investidura parlamentaria (13). En cambio, con la aplicación de sanciones disciplinarias, incluso la más drástica, expulsión de la bancada en el Parlamento o del propio partido, el parlamentario no pierde, ni puede perder, su investidura. Solo recibe una sanción partidaria que, a lo sumo, puede expulsarlo del partido y de la bancada del partido. En consecuencia, no corresponde hablar de mandato imperativo al no verificarse sus supuestos, efectos y consecuencias. Como expresa Kelsen: "...hoy no se puede rechazar de ninguna manera la idea de un control permanente sobre los diputados por parte de un grupo de electores organizado como partido político. La posibilidad técnico-jurídica de realizar tal control, existe" (14).

---

(13) Bidart Campos, Germán. *Lecciones elementales de Política.* Buenos Aires: EDIAR ed, 1996, p.384

(14) Kelsen, Hans. *Escritos sobre la democracia y el socialismo.* Madrid: Editorial Debate, s.f. p. 90

Escudarse en la prohibición de mandato imperativo no es más que una argucia para intentar justificar no solo la deslealtad sino también inexplicables cambios de posturas que, en la mayoría de los casos, involucran venalidad, transfuguismo, cuando no lisa y llana corrupción.

Solo se podría invocar la existencia del "mandato imperativo" si la sanción importase la pérdida del cargo parlamentario. Pero no hay tal cuando solo se contempla la aplicación de sanciones disciplinarias del partido, previstas en el estatuto o reglamento de bancada, como la amonestación, suspensión o expulsión del partido, suspensión o expulsión de la bancada, etc.

No se viola ningún principio constitucional exigiendo al parlamentario la fiel observancia de principios del ideario-programa del partido político al que voluntariamente se afilió, así como el cumplimiento de acuerdos interpartidarios –suscriptos por los mismos parlamentarios– o de directivas e instrucciones válidamente adoptadas por los órganos competentes del partido y fehacientemente comunicadas al parlamentario.

A su vez, los tribunales de conducta partidarios, en aplicación de los estatutos o de los reglamentos de bancada, están obligados a observar, bajo pena de nulidad de actuaciones, el principio de la inviolabilidad del derecho de defensa y las garantías del debido proceso. En el caso de los parlamentarios, las sanciones deben afectar solo a su vinculación con el partido. Nunca puede suponer la pérdida de investidura o del cargo de parlamentario que ostenta. Un partido político carece en absoluto de dicha atribución o competencia. El cargo de parlamentario no es del partido sino del parlamentario que fue electo. No cambia la cuestión su condición de afiliado y el patrocinio partidario a su candidatura.

En consecuencia, el parlamentario puede ser amonestado, apercibido, suspendido y hasta expulsado del partido, pero seguirá siendo parlamentario, a lo sumo se lo puede excluir de la bancada del partido. Incluso se le puede privar de los privilegios y beneficios a que tienen derecho los parlamentarios del partido, pero nunca disponer de su cargo.

Si la disciplina partidaria es esencial al funcionamiento de un partido, es aún más importante que sea observada por los miembros del partido que ocupan una banca en nombre y representación del partido en el Parlamento. La credibilidad del propio partido está en juego a través de la actuación de sus parlamentarios.

5. Conclusiones

1. El *mandato libre* de los parlamentarios no significa inmunidad ante sanciones partidarias, como tampoco podría serlo frente a una revocación de mandato o *recall*, en los países que lo han constitucionalmente instituido.

2. La prohibición constitucional de *mandato imperativo* no implica que los partidos políticos no puedan aplicar sanciones partidarias a sus parlamentarios.

3. Todo estatuto o reglamento de bancada partidario debe contemplar, necesariamente, la "cuestión de conciencia" del parlamentario, disponiendo los plazos y condiciones para que el parlamentario haga saber anticipadamente al partido de su disidencia sobre una cuestión.

4. Las sanciones partidarias jamás pueden significar la pérdida de investidura del legislador, solo pueden afectar la relación del parlamentario con el partido, el uso de derechos y prerrogativas partidarias, etc.

5. Toda sanción partidaria debe aplicarse garantizando siempre el derecho de la defensa y la fiel observancia de los principios del debido proceso, so pena de nulidad por inconstitucional.

6. La deslealtad partidaria y la imprevisibilidad de la actuación política del parlamentario son fuente de corrupción y socavan severamente la credibilidad de los partidos, del Parlamento y hasta del sistema democrático representativo.

PUBLICIDAD, CONSUMO Y DERECHOS DE LA MUJER

Por María Mercedes Buongermini Palumbo (*)

Sumario: Introducción.- 1. Concepto de publicidad. 1.1. Desde el punto de vista jurídico.- 1.2. Desde el punto de vista sociológico.- 2. Clases de publicidad.- 3. Los efectos no jurídicos de la publicidad: efectos meta y parajurídicos.- 4. Regulación normativa de los aspectos "colaterales" de la publicidad.- 5. La constitucionalidad de este tipo de regulaciones en nuestro Derecho Paraguayo.- 6. Propuesta normativa.

Introducción

Las relaciones de consumo se han constituido en el mundo moderno en uno de los modos más importantes de relacionamiento social y cultural. Ello es así, a tal punto que el consumo se presenta en la vida de las personas no ya como un medio de satisfacción de las necesidades del individuo, sino como un valor en sí mismo. Asistimos hoy a la aparición del *homo consumens*. La promoción de los productos y servicios a través de la publicidad es uno de los fenómenos más importantes desde dicho punto de vista. La incidencia de los medios masivos de comunicación en esta realidad, que a la vez es causa y efecto del mismo, es inconmensurable. La publicidad y los medios forman y deforman la cultura y sus objetos.

Frente a este estado de cosas, los derechos fundamentales de los individuos pueden sufrir alteraciones y ser conculcados de muchos modos, en espe-

---

*) Miembro del Tribunal de Apelación Civil y Comercial, 3ª. Sala. Profesora de Derecho Romano de la Universidad Católica Nstra. Señora de la Asunción y de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

cial aquellos que son sensibles a las transformaciones sociales y culturales. Las cuestiones que plantea la discriminación por razón de sexo y las asimetrías de género, lo mismo que los subproductos de ella, como la violencia de género, son especialmente sensibles a esta situación contextual, sobre todo en orden a la tutela efectiva y real de dichos derechos.

Por consiguiente, una investigación respecto de la regulación adecuada e idónea de esta realidad es vital y pertinente para el legislador y para el operador del derecho.

1. Concepto de publicidad

1.1. Importancia de su determinación

Siendo la publicidad el objeto directo o inmediato del estudio que nos ocupa, su conceptualización en cuanto fenómeno jurídico, social o sociológico es esencial o imprescindible para identificar su naturaleza, su incidencia social y normativa, y tentar una regulación de dicho objeto.

1.2. Diversos criterios

El concepto de publicidad y su ulterior definición pueden abordarse desde diversos puntos de vista

1.2.1. Desde el punto de vista jurídico

La mayoría de las legislaciones elude una definición de lo que debe entenderse por publicidad. Ello, ya bien por técnica legislativa –entiéndase por tal la que considera que las definiciones no deben formar parte de las normas contenidas en los textos legales–, otras por simple omisión; vale decir, se trata de textos normativos donde existe un glosario de conceptos definidos legalmente, pero en el cual no se ha incluido el de “publicidad”. Este último es el caso de la Ley N° 1334/98 de Defensa del Consumidor y del Usuario del Paraguay.

Pero, no obstante esto, algunas legislaciones, entre ellas la de nuestro país (LPDCU), contienen una definición indirecta o por referencia de lo que debe entenderse por publicidad. Esto es, el concepto de publicidad puede ser determinado sobre la base de las definiciones de otros conceptos que sí aparecen en la ley, ya sea en un glosario separado, o bien dentro del texto regular. Examinaremos seguidamente la normativa paraguaya y a continuación las

normas nacionales de los países integrantes de la región; la normativa comunitaria del MERCOSUR; así como también la norma española y la comunitaria de la CE.

1.2.1. Así tenemos la LPDCU, en su Art. 4º, lista el glosario terminológico de lo que, a los efectos de aplicación de dicha ley, debe entenderse por cada concepto allí incluido. El inciso e) (1) de dicha norma, que define la figura del "anunciante" contiene algunas referencias a la publicidad. De su texto podemos deducir que para la ley paraguaya, la publicidad consiste en la difusión pública de un mensaje publicitario. Esta definición peca por tautológica, pues nos dice lo que debe entenderse por publicidad en el sentido activo, de acción y efecto de publicitar: hacer difusión pública de un mensaje publicitario; pero no nos dice qué debe entenderse por "mensaje publicitario", con lo cual elude establecer el resultado final u objetivo de la acción de publicitar.

Esta situación no se aclara tampoco con la inclusión, en el análisis, de las normas contenidas en el Capítulo VIII de la ley, que trata sobre Regulación de la Publicidad. En efecto, en el Art. 35 se alude a "cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario"(2), con lo cual volvemos al concepto de publicidad como acto de comunicación, de difusión, pero sin explicitar su carácter intrínseco o propio, ya que se limita a decir que es "publicitario", sin aludir a qué debe entenderse, precisamente, por esto. No obstante, de esta norma extraemos un elemento más del concepto, cuando leemos que es una "modalidad de información". Ergo, el contenido de la publicidad es, para la ley paraguaya, básicamente información, aunque de características especiales, que solo se enuncian bajo el epíteto de "modalidad", sin entrar a definir de qué modalidad se trata.

Luego, también es relevante el contenido del Art. 38 (3), ya que de él extraemos un elemento adicional para conformar la definición que intentamos construir sobre la base de esta ley, y que consiste en el vocablo "promo-

(1) Anunciante: al proveedor de bienes o servicios que han encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios (Art. 4º, inc. e) LPDCU).

(2) Art. 35. LPDCU: Está prohibida cualquier publicidad considerada engañosa. Se entenderá por tal, cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario…".

(3) Art. 38. LPDCU: "La promoción que tenga por objeto el consumo de tabaco, bebidas alcohólicas, medicamentos y bebidas estimulantes, estará

ción"; esta palabra nos indica –en mayor o menor medida– la finalidad primordial del acto de comunicación. No se trata solamente de la trasmisión neutral o inocua de un mensaje, sino de la comunicación de un mensaje con el fin de promocionar algo. Esta interpretación se ve reforzada por otros vocablos dispersos en los arts. 35 al 39 de la LPDCU, entre los cuales citamos: "incite", "explote", "sea capaz de inducir" (4), "induzca" (5). Todos los cuales indican una actividad destinada a promover la contratación sobre bienes o servicios.

Dentro de la legislación nacional también se puede mencionar la Ley N° 1333/98 que regula la publicidad y promoción de tabaco y bebidas alcohólicas. En dicha ley se tiene una definición legal de lo que debe entenderse por publicidad a los puros efectos de la aplicación de la misma, contenida en su Art. 2º (6); allí se establece claramente que publicidad es información con finalidad de inducción o estimulación al acto de consumo. Si bien esta definición está dada en el marco específico de una ley especial, puede muy bien aplicarse de modo complementario, analógica y supletoriamente a las ya reseñadas, y en particular a la ley general sobre consumo (LPDC). Ahora bien, la definición referida tiene *per se* algunos cuestionamientos: En primer lugar considera a la publicidad intrínsecamente como información, lo cual no es ciertamente correcto. La publicidad tanto puede o no contener información, lo relevante en ella es la inducción al consumo, aunque el mensaje publicitario carezca de información alguna, como suele ser el caso de publicidad preparatoria para una campaña publicitaria, o aquella que se limita a mostrar tan solo imágenes de puro estímulo, que el consumidor puede asociar con conceptos, productos o incluso objetos culturales ya conocidos previamente por él, o usuales o comunes en el medio cultural en el que se desenvuelve. Este punto conceptual se ve reforzado en el Art. 8º *in fine* (7), que determina imperativamente que el contenido de la "publicación" –aquí debemos entender

sujeta a las limitaciones que impongan las leyes especiales... Queda prohibida la publicidad abusiva […]".

(4) Art. 37.

(5) Arts. 35 y 36.

(6) Art. 2º. "A los efectos de la presente ley considérase publicidad comercial o promoción a la información que tenga como finalidad orientar, inducir o estimular la compra o consumo de determinados productos o marcas" (LPPPTBA).

(7) Prohíbese la publicidad de tabaco y bebidas alcohólicas con las siguientes formas: […] El contenido de la publicación debe ser de carácter informativo y no persuasivo (LPPPTBA).

"de lo publicitado"– debe ser informativo y no persuasivo. Entonces, luego de definir que la publicidad es persuasiva, prohíbe que lo sea en el caso de que vaya dirigida a productos de tabaco o alcohol. En cierto modo contiene una prohibición indirecta de la publicidad de los mismos, pues priva al acto publicitario de su tenor más característico y de su finalidad más propia.

Otro punto a considerar es que la definición también contiene el vocablo "orientar" que tiene un talante más neutral o inocuo y que estaría más dirigido a contenidos informativos verdaderamente publicitarios, lo cual es en cierto modo congruente con el sentido general de la ley, aunque este plantee las reservas de coherencia que ya formuláramos *supra*.

Finalmente debemos apuntar que dicha ley se inserta dentro del marco de un convenio internacional, del cual es parte el Paraguay, el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco llevado a cabo en la 56ª Asamblea Mundial de la Salud, y aprobado y ratificado como Ley N° 2969/06. Por virtud de dicho Convenio nuestro país asume una serie de obligaciones tendientes a formular y aplicar estrategias para el control del tabaco (8) y a tomar medidas para prevenir y reducir su consumo (9). Dicho Convenio contiene una parte introductiva donde se listan algunas definiciones legales, entre las cuales encontramos la de publicidad, que se conceptualiza como toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial destinada a promover directa o indirectamente el producto o su uso, o que sin estar destinada a ello, surta tal efecto (10). Esta definición tiene el mismo predicamento de la contenida en el Ley 1333/06, en cuanto a su especificidad vinculada a un producto

---

(8) Artículo 5º. "Obligaciones generales […] formulará, aplicará, actualizará periódicamente y revisará estrategias, planes y programas nacionales multisectoriales integrales de control del tabaco, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de los protocolos a los que se haya adherido" […] cada Parte, con arreglo a su capacidad: a) establecerá o reforzará y financiará un mecanismo coordinador nacional o centros de coordinación para el control del tabaco…".

(9) Art. 5º. "…b) adoptará y aplicará medidas legislativas, ejecutivas, administrativas y/u otras medidas eficaces y cooperará, según proceda, con otras Partes en la elaboración de políticas apropiadas para prevenir y reducir el consumo de tabaco…".

(10) Parte I: Introducción Artículo 1 Lista de expresiones utilizadas Para los efectos del presente Convenio: […] "…c) por "publicidad y promoción del tabaco" se entiende toda forma de comunicación, recomendación o

determinado. No obstante, contiene numerosas connotaciones y elementos dignos de ser rescatados.

Así, en primer lugar, entiende publicidad como acto de comunicación, lo cual nos sitúa claramente en la esfera de lo social. En segundo lugar establece manifiestamente la finalidad del susodicho acto: la promoción del producto o de su uso, considerando en el mismo plano de igualdad si ella es directa o indirecta; y finalmente prescinde del elemento intencional o finalista del acto de comunicación, equiparando en sus consecuencias tanto la intención de promoción como el efecto producido con abstracción de ella, con lo cual la publicidad podría configurarse también como acto involuntario, cuando menos en sus finalidades.

En el ámbito de la normativa profesional, las empresas privadas del Paraguay han acordado recientemente un Pacto Ético Comercial, con un Anexo que contiene los Principios Básicos de Ética Empresarial, éstos constituyen una política de conducta tendiente al mejoramiento de las relaciones empresariales y sus decisiones internas.

El pacto es de adhesión voluntaria, y la Cámara de Anunciantes del Paraguay junto con los representantes de diversas empresas del ramo han suscrito un acta de compromiso (julio de 2005), con la intención de cumplir con los principios éticos del mismo. Este pacto, sin embargo, no contiene referencia alguna a la publicidad, ni a sus formas.

En lo que hace a la normativa de la región, examinaremos los países integrantes de MERCOSUR en cuanto a su derecho interno, para luego pasar a examinar la norma comunitaria.

A) En la Argentina tenemos la Ley 24240/93 de Protección al Consumidor, que no contiene una definición del concepto de publicidad; y ella tampoco puede deducirse de su texto. Alude, sí, en su Art. 8º a los modos o formas de difusión (11) y ello con carácter –entendemos– meramente ejemplificativo.

---

acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco.

(11) "…anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión…".

Hemos, sí, de hacer mención a la normativa profesional, esto es, la que regula la conducta ética de los agentes y actores del hecho publicitario.

La Argentina cuenta con un Código de Ética y Autoregulación Publicitaria que data del año 2002 y es administrado por un organismo regulador, la CONARP –Consejo de Autorregulación Publicitaria–, que es una asociación civil, sin fines de lucro y con personería jurídica, que promueve la práctica de la autorregulación publicitaria. Su código no contiene una definición de publicidad, pero a lo largo de todo su texto podemos encontrar elementos que la conforman. Así en la enumeración de objetivos se hace alusión al carácter comunicativo del acto publicitario (12) y a la finalidad concurrencial o de promoción que persigue (13).

Con ello tenemos un panorama de la situación conceptual en la Rca. Argentina.

B) La legislación brasileña, por su parte, contiene una definición muy precisa de lo que normativamente se debe entender por propaganda en dos cuerpos normativos: en su Ley 4680/65 y en su Dto. N° 57690/66 (14), que reglamentan la regulación del ejercicio de la profesión de publicista y agente de propaganda. Aquí con términos casi idénticos se desarrolla un concepto más amplio que el de publicidad: el de propaganda, pero que es también abar-

---

(12) Son objetivos del CONARP:1 - Contribuir a una mejor comprensión de la función que cumple la publicidad dentro de nuestro sistema de vida ejerciendo de esta manera la responsabilidad social que nos compete como empresarios relacionados con la comunicación; Art. 3°. Los anunciantes, las agencias de publicidad, los profesionales publicitarios y los responsables de los medios deben: Asumir la responsabilidad social que implica la difusión pública de sus mensajes.

(13) Art. 3°. "Los anunciantes, las agencias de publicidad, los profesionales publicitarios y los responsables de los medios deben: […] Comprometer sus esfuerzos para ganar la confianza de la sociedad en los productos y servicios que publicitan, en los anuncios mismos y en el ejercicio de la actividad publicitaria.

(14) Artigo 5º. Ley N°4680/65: Compreende-se por propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado. Art. 2º - Dto. N° 57690/66: Considera-se propaganda qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços, por parte de um anunciante identificado.

cativo de aquella, no solo de conformidad con su texto y el contexto de la sistemática del decreto, sino por los elementos que involucra la definición. Así, se establece en el mentado artículo que la propaganda –esto es, incluida la publicidad– consiste en cualquier forma de divulgación de ideas, mercaderías, productos o servicios, que sea remunerada y que sea hecha por un anunciante identificado. Esta conceptualización nos da una serie de elementos relevantes que caracterizan el objeto de nuestro estudio: a) se trata de difusión, vale decir, una comunicación, lo cual nos sitúa inmediatamente en el plano del acto o acción humana que es el numen del concepto; b) nos dice el contenido de esa comunicación, declarando que este puede consistir en ideas, productos, servicios o mercaderías. Dejando de lado la deficiencia de técnica legislativa, de enumerar conceptos de diverso grado –como ser producto y mercadería– en un mismo plano de igualdad y la consiguiente redundancia que ello implica, aquí debemos hacer notar la previsión del legislador brasileño que considera también como publicidad la difusión de puras ideas. Esto es crucial porque, como veremos en el ítem referente a definiciones provenientes de las ciencias de la comunicación, la publicidad bien puede consistir en la comunicación de un simple concepto, vgr. de una marca o de un estilo, y no necesariamente de un producto o servicio concretos. El hecho de que esta definición haya sido concebida también y principalmente para un concepto más genérico, como el de propaganda –y por lo tanto a un fenómeno social esencialmente pensado para la comunicación de ideas– no resta mérito a la completitividad ni la vitalidad casi vanguardista de la norma; c) el carácter de remunerativo del acto no debe provocar confusión, pues se lo entiende dentro del marco normativo donde la definición se inserta, que es el de la regulación de una actividad profesional –del publicista– y, por ende, que la actividad sea onerosa o remunerada es un elemento esencial de la profesionalidad del sujeto al cual la norma se dirige. Lo que se extraña en esta definición es una total ausencia de referencia a los fines del acto de comunicación publicitaria, que como vimos es la promoción en vistas a producir o provocar consumo. Pero esto no debe sorprender, atendiendo una vez más al carácter genérico de la norma en cuanto reguladora de la propaganda, la cual no tiene *per se* finalidad mercatoria, cuando menos no de promoción de consumo; aunque sí vemos que la finalidad primordial de la publicidad –concepto del cual la norma es también abarcativa– se encuentra ausente. Esta omisión se ve suplida por una lectura sistémica de la ley y del decreto, que en su Arts. 5 y 6 respectivamente (15) definen la agencia de propaganda y allí incluyen la finalidad del

(15) Artigo 3º. Ley N°4680/65: A Agência de Propaganda é pessoa jurídica e especializada na arte e técnica publicitárias que, através de especialis-

acto publicitario en cuanto a su función de procurar o promocionar el consumo de bienes y servicios. Se incorpora igualmente la finalidad de informar, pero no podemos precisar, del tenor de la norma ni de su redacción, si esta finalidad es concebida como propia también del acto publicitario o ha sido incluida en razón del método promiscuo que sigue el decreto refiriéndose de manera indiscriminada a la publicidad y la propaganda.

Por su parte el Código de defensa del Consumidor brasileño –Ley 8078/90– no contiene una definición de lo que ha de entenderse por publicidad, pero hace referencia indirecta a ciertos elementos que la componen, en su Art. 30 (16). Así tenemos una alusión al acto de comunicación, cuando habla de trasmisión [de un mensaje] a través de un medio cualquiera; luego tenemos también presente el elemento finalista de la transmisión, esbozado a través de la mención a productos y servicios ofrecidos por medio de la utilización de la publicidad. Esto apunta claramente a la promoción de dichos productos, que es, en definitiva, el fin perseguido por ella. En segundo lugar debemos resaltar nuevamente la identificación entre información y publicidad. Esta identificación viene enmarcada dentro de los objetivos específicos de la ley, los cuales se dirigen, como lo dice su título, a la protección de los consumidores. La identificación entre publicidad e información no hace sino poner énfasis en esta protección, al hacer a la primera integrativa de la oferta; es decir, es meramente instrumental, no conceptual. No debemos, pues, entender que esta ley modifica sustancialmente el concepto hasta ahora esbozado sobre publicidad en el sistema normativo brasileño, en el sentido de una

---

tas, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de Clientes Anunciantes, com o objetivo de promover a venda de produtos e serviços, difundir idéias ou instituições colocadas a serviço desse mesmo público. Seção 1ª Da Agência de Propaganda, Art. 6º - Dto. N° 57690/66: "Agência de Propaganda é a pessoa jurídica especializada nos métodos, na arte e na técnica publicitários, que, através de profissionais a seu serviço, estuda, concebe, executa e distribui propaganda aos Veículos de Divulgação, por ordem e conta de clientes anunciantes, com o objetivo de promover a venda de mercadorias, produtos e serviços, difundir idéias ou informar o público a respeito de organizações ou instituições a que servem".

(16) Artículo 30. Ley 8078/90: "Toda información o publicidad, suficientemente precisa, transmitida por cualquier forma o medio de comunicación con relación a productos y servicios ofrecidos o presentados obliga al proveedor que la haga transmitir o que de ella se utilice, pasando a integrar el contrato que venga a ser firmado".

identificación o confusión conceptual entre estos dos términos que ya hemos venido diferenciando.

A nivel profesional, el Brasil cuenta con diversos cuerpos normativos que regulan la actividad publicitaria. El más antiguo es el Código de Ética de los Profesionales de la Propaganda, –esto incluye la actividad publicitaria– que establece normas éticas de y para los profesionales que hacen –desde diversos ámbitos: agencias de publicidad, medios, etc.– actividad publicitaria y propagandística, adoptado en el año 1957. En su canon I establece que la propaganda es una técnica de creación o formación de la opinión pública, favorable o predispuesta favorablemente hacia un determinado producto, servicio, institución o idea, con miras a influenciar masivamente el comportamiento humano en un determinado sentido (17). Este concepto es, como el anterior, abarcativo tanto de propaganda en sentido amplio como de publicidad en sentido estricto. Lo interesante en este concepto es que ve la propaganda/publicidad en su aspecto técnico, como medio de formar o conformar opinión pública –sin necesidad de circunscribirse a un acto de comunicación, pero, naturalmente, implicitándolo, desde que es imposible cumplir con este objetivo sin trasmitir la idea o producto respecto del que se quiere formar la opinión–; en segundo lugar, se resalta su finalidad en forma amplia –y hasta si se quiere sincerada y desprovista de rodeos semánticos–, cual es la de influenciar, de modo concreto y dirigido hacia la idea o el producto, la conducta de quienes conforman la masa humana que es su público meta. Por último contiene una importante precisión al decir que la publicidad remunerada puede tanto ser como no ser propaganda (18), lo cual es relevante no solo por su contenido, sino por la ubicación sistemática de esta norma, que se inserta, precisamente, entre las definiciones del Código.

En segundo lugar tenemos el Código de Brasileño de Autoregulación Publicitaria de 1980 y sus actualizaciones (2007), con normas éticas reguladoras tanto de la publicidad como de sus principales actores. Es un orden normativo que surge de la idea de la autoregulación de los operadores de la actividad publicitaria y es aplicado y administrado por una entidad no gubernamental, la CONAR. Este cuerpo deontológico no contiene una definición de la publicidad. Algunos de sus elementos constitutivos se hallan presentes

(17) A propaganda é a técnica de criar opinião pública favorável a um determinado produto, serviço, instituição ou idéia, visando a orientar o comportamento humano das massas num determinado sentido.

(18) Definiciones Num.7: Publicidade remunerada pode ser ou não ser propaganda.

en el discurrir de su articulado. De ellos podemos inferir como sustanciales: la actividad publicitaria como vehículo para incentivar o estimular el consumo de productos o servicios, así como de promover las instituciones o ideas(19); elemento finalista del acto publicitario que hemos detectado a lo largo de toda la normativa brasileña analizada y que vuelve a insistir sobre la doble función de la actividad: la promoción concreta de bienes o servicios y la promoción de ideas, abstracciones o instituciones –sea esta última, entendemos, dirigida al consumo y por lo tanto dentro del mercado, o dirigida a formar opinión pública-. La presencia de esta última función se ve confirmada por el Art. 7º (20) que reconoce la influencia que la publicidad tiene en la formación cultural de las masas. Ahora, si bien este código no contiene una referencia expresa al concepto de publicidad, sí contiene una referencia expresa a lo que no ha de entenderse por tal en relación con su aplicación. Así, en su Art. 11 (21) excluye de su ámbito regulador a la propaganda política o político partidaria, con lo cual la finalidad de promoción de ideas e instituciones a que se hace referencia más arriba encuentra aquí una importante limitación *ratione materia*; finalmente se indica que tampoco constituye objeto de la norma la actividad de relaciones públicas, que se distingue expresamente de la publicidad y de la propaganda (22). Por lo demás, no hay alusión en el texto al acto publicitario en cuanto a su contenido ontológico, esto es, lo que configura su entidad como acto de comunicación.

El tercer ordenamiento dentológico, Normas-Padrão Da Atividade Publicitária es administrado por el CENP –Conselho Executivo das Normas-Padrão– desde su creación en 1998. Esta entidad nacida y creada por el mer-

(19) Artigo 8º. “O principal objetivo deste Código é a regulamentação das normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendidas como atividades destinadas a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”.

(20) Artigo 7º. “De vez que a publicidade exerce forte influência de orden cultural sobre grandes massas da população, este Código recomenda que os anúncios sejam criados e produzidos por Agências e Profissionais sediados no país – salvo impossibilidade devidamente comprovada e, ainda, que toda publicidade seja agenciada por empresa aqui estabelecida”.

(21) Artigo 11. “A propaganda política e a político-partidária não são capituladas neste Código”.

(22) Art. 8º. “Parágrafo único Não são capituladas neste Código as atividades de Relações Públicas e Publicity, por serem ambas distintas tanto da publicidade quanto da propaganda”.

cado publicitario administra un ordenamiento que regula el relacionamiento comercial entre anunciantes, agencias de publicidad y vehículos de comunicación. En su capítulo de definiciones refiere directamente al concepto de publicidad de la legislación positiva (23), que ya hemos analizado más arriba.

Finalmente el Brasil cuenta con otro Código de Ética más, el de la ABAP –Asociación Brasileña de Agencias de Propaganda– que no contiene una definición de publicidad, aludiendo a ella en términos generales y reconociendo su inserción y su papel en la industria de la comunicación comercial(24); rescatamos, no obstante, que con ello se enfatiza el carácter comunicativo del acto y su finalidad comercial, o sea insertada dentro del mercado y por ende del consumo.

C) La legislación del Uruguay tampoco contiene una definición de lo que ha de entenderse por publicidad. En su Ley Nº 17.250 de Defensa del Consumidor incluye también, como muchas otras un breviario terminológico con algunas definiciones (25), pero omite en él una referencia a la publicidad. La única mención conceptual la encontramos en el Art. 24 (26), que trata de la publicidad engañosa, aludiendo a ella como toda forma de información o comunicación del mensaje publicitario. Esta concepción cae nuevamente en los mismos errores que ya hemos referido *supra*, en cuanto a la vaciedad de la expresión, que nada explicita en cuanto al contenido significativo de la terminología y simplemente refiere publicidad a mensaje publicitario, en un evidente argumento circular; otra deficiencia radica en la identificación entre publicidad e información, que como vimos no solo no son la misma cosa, sino que pueden estar superpuestos o no en el acto publicitario.

La normativa profesional se encuentra concentrada en el Código de Prácticas Publicitarias de la Cámara de Anunciantes del Uruguay –CAU– del año 2006. Allí, entre sus postulados fundamentales encontramos una escueta

---

(23) 1. Conceitos Básicos 1.1 Publicidade ou Propaganda: "É, nos termos do Art. 2º do Dec. nº 57690/66, qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias, produtos ou serviços por parte de um anunciante identificado".

(24) Acápite Os Consumidores: Reconhecemos ser fundamental para toda a indústria da comunicação comercial…

(25) Capítulo I Disposiciones Generales y Conceptos.

(26) "…cualquier modalidad de información o comunicación contenida en mensajes publicitarios…".

definición de publicidad (27), que nos dice que es un medio de comunicación entre anunciantes y clientes. Este concepto, completamente concentrado en el contenido esencial del acto publicitario, omite toda referencia a sus fines concurrenciales. Es igualmente notoria la limitación terminológica con que se describe al emisor del mensaje, el anunciante, el cual se circunscribe a la figura del vendedor; entendemos que esta alocución es meramente ejemplificativa. Recién cuando se habla del alcance del código, esta finalidad mercatoria hace su aparición y se dice que la publicidad promueve (28), vale decir promociona, cualquier modalidad de bienes o servicios.

E) La normativa mercosuriana no nos aporta ninguna definición de publicidad. En efecto, por una parte tenemos la GMC/RES. Nº 126/96; resolución del Mercado Común relativa a la publicidad engañosa y comparativa, que aún no se encuentra vigente, dado que la condición para su entrada en vigor es la conclusión de los trabajos de armonización legislativa de defensa del consumidor que está llevando a cabo la Comisión de Comercio y que tendrá su concreción en el Reglamento Común de Defensa del Consumidor. En tanto, la mentada resolución ha aprobado un anexo sobre publicidad engañosa y abusiva, que deberá ser incorporado al reglamento. La única mención expresa de una definición de publicidad que tenemos de dicho anexo es la que aparece en su numeral I (29), y en el cual solo se tiene un elemento del concepto de publicidad; a saber: la publicidad como divulgación, es decir, como acto comunicativo; elemento que se repite en el numeral II (30), cuando se habla de modalidad de difusión, información o comunicación; luego también en este numeral II aparece, tímidamente esbozada, la finalidad concurrencial o promocional de dicha comunicación, cuando alude a los "datos necesarios para decidir una relación de consumo". La alocución "decidir" implícita que la publicidad tiene por objeto provocar o desencadenar la acción de consu-

(27) Postulados fundamentales: El presente Código considera los siguientes postulados fundamentales: "[…] La publicidad es un medio de comunicación entre vendedores y clientes".

(28) Alcance: Se aplica a toda publicidad en la que se promueve cualquier forma de bienes o servicios.

(29) Publicidad I) "Toda publicidad debe ser transmitida y divulgada de tal forma que el consumidor inmediatamente la identifique como tal".

(30) II) "Queda prohibida cualquier publicidad engañosa. Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario […] y cualesquiera otros datos esenciales sobre productos y servicios que sean necesarios para decidir una relación de consumo".

mir. Finalmente volvemos a señalar la identificación entre información y comunicación, que, ya dijimos, es impropia, desde que la publicidad es siempre también persuasiva. La yuxtaposición conceptual de estos dos supuestos es aquí nuevamente tan solo instrumental, pues está destinada a apoyar la prohibición contenida en la norma y referida a la publicidad engañosa, tipología en la cual se tiende a poner énfasis en el carácter adicionalmente informativo de la publicidad.

F) Finalmente desde el Derecho Internacional Privado tenemos los trabajos de la CIDIP sobre armonización del Derecho Internacional Privado en el sistema interamericano –OEA–; actualmente está en proceso de elaboración y discusión la VII Conferencia, en la cual se contempla la posible unificación o coherencia legislativa en relación con los derechos de consumo. En estos trabajos no existe una alusión ni directa ni indirecta a la publicidad o a sus efectos.

G) En España, la LGP en su Art. 2º (31) contiene una definición de publicidad, que repite la normativa comunitaria sobre publicidad engañosa, Directiva Comunitaria 84/450 (32). Sus notas más sobresalientes son: la naturaleza comunicativa del acto publicitario, la finalidad de promover la contratación de bienes y servicios, y el ámbito en el cual se desarrolla dicha contratación, que es el comercial, es decir dentro del mercado.

La normativa profesional española se encuentra contenida en el Código de Conducta Publicitaria, que fue aprobado en 1996, según lo establecido en los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, con las modificaciones del año 2002. De la lectura de su Art.1(33)

(31) A los efectos de esta Ley, se entenderá por: Publicidad: "Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones".

(32) A los fines de la presente Directiva, se entenderá por: "1) publicidad: toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones".

(33) 1.- Ámbito de aplicación. "Estas normas deontológicas se aplican a toda actividad de comunicación publicitaria tendente a fomentar, de manera directa o indirecta y sean cuales fueren los medios empleados, la contratación

extraemos una definición de publicidad, que se inserta en el marco legal que ya hemos comentado: "se trata de una actividad de comunicación, con la finalidad de fomentar o promover la contratación de bienes y servicios, de forma directa o indirecta, o procurar el posicionamiento en el mercado de elementos de identificación comercial –marcas y nombres comerciales–; o con la finalidad de promoción de ideas, valores y simples pautas de comportamiento, vale decir, lo que hemos englobado en el concepto más amplio de propaganda. La publicidad política está expresamente excluida".

La doctrina, por su parte, ha sido rica en conceptualizaciones. La publicidad ha sido definida a nivel doctrinario jurídico como "…Cualquier forma de anuncio público, destinado a ayudar directa o indirectamente en la venta o locación de un producto o en la prestación de un servicio…" (34). Asimismo, se ha dicho que la publicidad es una: "… forma de comunicación al público que tiene por objeto venderle un producto o servicio, [y] sirve como un medio de información…" (35). Estas definiciones se reinsertan en la idea de que la comunicación es elemento central del acto publicitario y que constituye su esencia material primordial, y de igual modo apuntan a la finalidad propia de aquel: de promoción del consumo. No obstante, peca de limitativa en cuanto considera que la comunicación debe ser pública o dirigida al público; entendemos que la comunicación puede igualmente ser privada o dirigida en concreto a una o más personas particulares individualizadas, en tanto y en cuanto persiga o propenda a la par a la promoción o el estímulo del acto de consumo.

También se la ha definido como un fenómeno de carácter colectivo, dirigida de ordinario a un grupo indeterminado y desorganizado de individuos destinatarios (36), de carácter necesariamente parcial y unilateral que

---

de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas y nombres comerciales. También serán aplicables las presentes normas deontológicas a cualquier anuncio emitido por cuenta de cualesquiera personas físicas o jurídicas, de carácter privado, con el fin de promover determinadas actitudes o comportamientos. No serán de aplicación a la publicidad política".

(34) Farina, Juan M.; Defensa del Consumidor y del Usuario, Comentario Exegético de la Ley 24240 y del Decreto Reglamentario 1798/94; Ed. Astrea, 3ra. Ed.; Bs. As., 2004; pág. 216.

(35) Stiglitz, Gabriel (dirección); Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios; Ed. La Roca; Bs. As. 2001, pág. 156.

(36) Berkovitz, Rodrigo/Salas, Javier (Coordinadores); Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y los Usuarios; Ed. Civitas, Madrid, 1992; pág. 127.

busca la incitación o la persuasión para la adquisición de un producto o servicio. Aparece como una manifestación o componente de la libertad de empresa y pretende satisfacer el interés del comerciante –productor o suministrador del servicio–. No obstante se encuentra gravada con ciertas cargas regulatorias, ya que se inserta en el mercado, donde actúan agentes susceptibles de tutela, como ser los consumidores y frente a los cuales la libertad de empresa debe también adecuarse a una función social (37).

1.2.2. Definiciones desde el punto de vista de las ciencias sociales

Es una disciplina científica cuyo objetivo es persuadir al público meta con un mensaje comercial para que tome la decisión de compra de un producto o servicio que una organización ofrece. Aparece como un género discursivo complejo, desarrollado en la sociedad de consumo, de carácter argumentativo –que se dirige a persuadir, convencer–, de finalidad perlocutiva –con el propósito o la intención de influir en los demás–, discurso que es utilizado por los productores de bienes para darlos a conocer, generalmente a través de los medios de comunicación social, con el fin de fomentar su adquisición(38).

Como vemos, estas definiciones nos acercan al aspecto social del fenómeno publicitario, que es esencial comprender a los efectos de regularlo adecuadamente.

Primeramente la vemos como una disciplina científica, esto es, sometida a reglas y principios propios, y con una metodología específica en cuanto a su desenvolvimiento. Es decir, no se trata tan solo de un acto de comunicación, sino de un conjunto complejo de conocimientos y métodos. En segundo lugar resalta la complejidad del discurso que desarrolla. Este discurso es siempre persuasivo y pretende tener, o mejor dicho, tiene una incidencia ulterior en la conducta de los individuos. La índole de esa incidencia, aunque primariamente dirigida a fomentar el consumo, es, sin embargo, diversa y como veremos más adelante, causa de la aparición de consecuencias colaterales, ya queridas, ya involuntarias.

(37) Berkovitz/Salas, op. cit., pág. 143.

(38) http://www.unileon.es/info_gral/congresos/siou/archivos/10Discurso_argumentativo_promocion_universitaria.pdf

2. Las clases de publicidad

Desde el ámbito de lo estrictamente jurídico, en relaciones de consumo la publicidad ha sido clasificada en diversos tipos, desde un punto de vista negativo, esto es, desde lo indeseable –cuando se trata de la doctrina– o directamente desde la prohibición –cuando se trata de la legislación. Así, con mayor o menor diversidad de terminología tenemos la publicidad engañosa, la publicidad comparativa, la publicidad encubierta, la publicidad abusiva –también llamada ilícita– y la publicidad subliminal. Esta última ha sido eludida –en su regulación– por muchas legislaciones, en su mayor parte debido a su difícil conceptualización y a su, aparentemente hasta hoy, dudosa comprobabilidad científica. No nos hemos de detener en los distintos tipos de publicidad, sino solo para hacer brevemente una conceptualización de cada una de ellas en orden a distinguir sus diferencias.

Se entiende por publicidad engañosa a aquella que induce o es susceptible de inducir al error o la confusión en el consumidor, ya sea por acción u omisión, para influir en sus preferencias en vistas de provocar directa o indirectamente la concertación del acto de consumo u otra toma de decisión relevante en el mercado –vgr. el no consumo de un determinado producto, servicio o marca–, vale decir inducir su comportamiento económico dentro del mercado (39).

Se entiende por publicidad comparativa aquella en la que el anunciante opone o contrapone la propia oferta confrontándola públicamente a la del competidor, destacando sus diferencias, con la finalidad de demostrar la inferioridad de los productos o servicios de ese(os) competidor(es) identificado(s) o identificable(s), frente a la superioridad o ventaja de los propios ofertados(40).

Publicidad encubierta es aquella que no es percibida como tal por sus destinatarios, ya sea a causa de la forma de su presentación como del tenor de

(39) Massaguer, José; Comentario a la Ley de Competencia Desleal; Ed. Civitas, 1ra.Ed., Madrid, 1999, pág. 218./. Bercovitz/Salas, op. cit., págs. 145 y sgtes./.De León Arce, Alicia (Dirección); Derecho de los Consumidores y Usuarios; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; págs. 145 y sgtes./. Stiglitz, Gabriel, op. cit., págs. 133 y sgtes.

(40) Massaguer, op. cit., págs. 316 y sgtes./. Rinesi, Juan Antonio; Relación de Consumo y Derechos del Consumidor, Ed. Astrea, Bs. As., 2006; págs. 213 y sgtes.

su contenido. A veces aparece bajo el ropaje de simple información, es decir, de datos objetivos desprovistos del elemento de intencionalidad persuasiva que caracteriza a la publicidad (41). Los modos más extremos de este tipo de publicidad aparecen en el método de posicionamiento de productos, dentro de espacios típicamente no publicitarios y que el destinatario/consumidor asocia con la realidad o con formas específicas de ficción no destinadas a la promoción publicitaria (como películas, series, documentales, informativos, etc.).

La publicidad subliminal es aquella que actúa sobre los destinatarios de un modo inconsciente, sin ser conscientemente percibida, ni su existencia, ni su mensaje, aunque opera persuasivamente en el receptor, a un cierto nivel(42).

Finalmente la publicidad abusiva es aquella que lesiona o vulnera otros derechos sujetivos del consumidor, vale decir, aquélla que, sin ser desinformativa o engañosa fundamenta su eficacia –o su pretendida eficacia– en elementos inconvenientes, ilícitos o inmorales, que son irrelevantes a la relación de consumo y que son susceptibles de influenciar de cualquier manera nociva o impropia al público destinatario o causar un efecto adverso a la sociedad como conjunto (43). Se inserta en este contexto aquella forma publicitaria que hace asociaciones innecesarias, irrelevantes o impropias a elementos de la personalidad, como la religión, la raza, el sexo, la nacionalidad, el estatus social, en ciertos casos la edad; o estimulan a la comisión de un acto ilegal o inmoral; o afectan la cultura o identidad del grupo social; o explotan sentimientos de miedo, segregación o discriminación. Este tipo de publicidad afecta tanto a derechos de personas individuales como a intereses colectivos y difusos.

Es esta última tipología la que habrá de ser objeto de análisis en cuanto a su formulación normativa.

A) En el Paraguay la LPDCU regula y establece prohibiciones respecto de algunos tipos de publicidad. En cuanto a la publicidad ilícita por abusiva, tenemos el Art. 37 (44), que la prohíbe, disponiendo expresamente que la

(41) Massaguer, op. cit., págs. 225 al 226,

(42) Massaguer, op. cit., pág. 228; De León, op. cit., pág. 147.

(43) Stiglitz, op. cit., págs. 137 y sgtes.

(44) Artículo 37. “Queda prohibida la publicidad abusiva, entendida como aquélla de carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, o que inci-

interdicción alcanza a la publicidad con carácter discriminatorio. Debemos entender esta norma en el sentido de que el efecto discriminatorio se produzca, ya sea por consecuencia directa, ya indirecta del mensaje publicitario; y también que tal efecto sea un fin querido o buscado por el anunciante, o simplemente aparezca como contingente o involuntario. Para configurar la publicidad abusiva no se requiere, pues, de la intencionalidad del agente. No se menciona aquí expresamente qué tipo de discriminación es el que la ley o el legislador tiene en mente, pero desde luego se debe estar en este punto a los mínimos establecidos en el ordenamiento constitucional, contenidos en especial en los Arts. 46, 48 y concordantes de la Constitución Nacional, y que incluye expresamente la prohibición de la discriminación por razón del sexo.

Otro elemento a ser considerado como configurativo de la publicidad abusiva es la incitación a la violencia. Aquí debemos detenernos a hacer algunas consideraciones. La norma no explicita de qué violencia se trata; es decir, consiste en una interdicción genérica. Pero obviamente abarca también la violencia de género. Esta puede ser definida como toda violencia o daño que sufre la mujer por su posición y condición de asimetría en la sociedad patriarcal y que incluye tanto la violencia privada como pública, la particular y la estatal, la individual o personal y la colectiva o sufrida como consecuencia de su pertenencia a un colectivo: el de las mujeres, la ocasional y la sistémica, esto es, la proveniente de actos concretos e individualizados o la proveniente de las estructuras sociales cristalizadas (45). La violencia de género tiene una especial trascendencia en el fenómeno social de la violencia intrafamiliar y doméstica. En un breve *excursus*, señalaremos que esta terminología a menudo se utiliza como equivalente o indistinta, pero en realidad refiere a distinciones no poco relevantes. En efecto, cuando hablamos de violencia intrafamiliar, hacemos alusión al vínculo relacional que existe entre la víctima y el victimario, es decir, a las relaciones ya de parentesco, ya de pareja, etc., independientemente de la esfera en la que ocurre; en cambio, la violencia doméstica apunta al ámbito espacial donde tiene lugar la violencia, independientemente del vínculo que puede o no existir entre víctima y agresor. Las asimetrías de género juegan un papel muy importante en la violencia doméstica e intrafamiliar, como lo veremos más adelante.

---

te a la violencia, explote el miedo, se aproveche de la falta de madurez de los niños, infrinja valores medioambientales o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad".

(45) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer –Belem do Pará– Arts. 1º y 2º.

Finalmente, acotaremos que este artículo hace referencia a la publicidad que, *in genere*, pudiera inducir al consumidor a conductas perjudiciales para su salud o seguridad, aunque omite la referencia a la inducción a conductas genéricamente dañosas para terceros. Aun cuando la norma no lo dice expresamente, una interpretación sagaz y con perspectiva de género puede encontrar aquí también algún elemento que encuadre en la problemática que conlleva la cuestión de género; sobre todo si el intérprete se enfrenta a publicidad que crea, perpetúa o acentúa parámetros patriarcales –y por ende asimetrías de género– que pudieran llevar al consumidor –o en este caso a la consumidora– a formas o modos de comportamiento que le sitúen en una posición de desventaja respecto de sus derechos –a la seguridad, a la salud o a otros equivalentes– o le provoquen hábitos que generen o potencien los peligros a que de suyo está expuesta e razón de la asimetría socialmente existente. Piénsese por ej. en publicidad que incita al "autoestop" en función de la belleza o el atractivo sexual de la mujer que lo pide; o en publicidad que considere ciertos males o sufrimientos como pura y naturalmente femeninos(46). Sin embargo estas consideraciones exigen un gran esfuerzo al operador, la norma tal y como está formulada no hace alusión directa a la problemática de género; es más, es ajena a ella en términos de visibilización.

En suma, la normativa es insuficiente y poco enérgica. Nuestra legislación contiene ejemplos mucho más radicales de normas prohibitivas expresas y concretas, referidas a conductas o hábitos que se consideran como socialmente inaceptables (47); falta aquí la voluntad social o político–legislativa para modificar adecuadamente la norma hacia un marco instrumental más adecuado en orden de prevenir y erradicar la discriminación, las asimetrías y la violencia de género. El Paraguay tiene en este sentido un mandato expreso emanado de dos convenciones internacionales a las cuales se ha adherido: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–, incorporada por Ley N° 1215/1986 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), Ley N° 605/1995.

---

(46) Aunque parezca algo inverosímil, dicha publicidad ya se ha dado en nuestro medio, sugiriendo que las molestias del SPM son una cuestión natural en la mujer.

(47) Ley 1333/06 De la Publicidad y Promoción de Tabaco y Bebidas alcohólicas, Arts. 1º y 6º al 10; y la Ley 2969/6, Convenio Marco de la OMS para el control del Tabaco Artículo 13: Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

Por último añadiremos que el Pacto Ético Comercial suscrito por la Cámara de Anunciantes del Paraguay no hace ninguna referencia a la publicidad abusiva. La única referencia de relevancia para el tema que estamos tratando la podemos encontrar de modo genérico e indirecto cuando en el Anexo de los principios se alude a la responsabilidad social de las empresas, que, se dice allí, conforma también el respeto y defensa de los derechos humanos fundamentales.

B) En la Argentina, la Ley 24240/93 no contiene reglas acerca de la publicidad abusiva o discriminatoria.

La normativa profesional sí contiene algunas disposiciones que, sin ser expresas ni aludir directamente al problema, pueden aplicarse en presencia de actos publicitarios de dicho tenor. Así, el Código de Ética de la CONARP establece que la publicidad debe ser lícita –es decir, ajustarse a la legislación vigente– y no contravenir la moral y las buenas costumbres (48). Esto, dicho en términos generales, requiere de una buena tarea de integración, tanto interna desde y hacia el propio instrumento, como con otras normas de rango superior y de *ius cogens*; así se debe tomar en cuenta para ello la Constitución Federal Argentina, que en su Art. 16 (49) establece la igualdad ante la ley, en

---

1. Las Partes reconocen que una prohibición total de la publicidad, la promoción y el patrocinio reduciría el consumo de productos de tabaco.

2. Cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.[…]

3. La Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total debido a las disposiciones de su Constitución o sus principios constitucionales aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco.

(48) Art. 1°. “La publicidad debe respetar los principios de la moral y las buenas costumbres, así como las normas legales vigentes”; Art. 5°. “En consecuencia, la publicidad no debe contener expresiones o representaciones visuales o auditivas, ni alusiones impropias que: […] 5. Estimulen actividades ilícitas y el desacato a las leyes y autoridades”.

(49) Art. 16. “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

su Art. 42(50) estatuye el derecho de los consumidores a un trato digno y en su Art. 45 num. 22 incorpora expresamente al rango constitucional convenios de derechos humanos, citando a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–, en la que se prohíbe, entre otras cosas, toda forma de discriminación basada en el sexo. No obstante, la alusión a la moral y las buenas costumbres no solo es una fórmula imprecisa y vacía de contenido específico, sino que también es peligrosa por cuanto las "costumbres" pueden ser interpretadas –y a menudo lo son– de conformidad con modelos y pautas patriarcales.

Luego, se hace una referencia a la responsabilidad social de los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios (51), nuevamente en términos genéricos. Es recién en su Art.5 concordante con el Art.4 donde se contiene una prohibición expresa de la discriminación en el quehacer publicitario(52), pero no se hace directa mención de la discriminación en razón del sexo; se alude simplemente a la persona, en general, y luego a la familia, en particular –esto incluso puede verse como una forma de familismo, un sesgo solapadamente sexista del código–; más adelante se estatuye todo un capítulo relativo a las normas éticas relativas a los menores de edad, en claro contraste con la ausencia de alusión a la mujer y el género. Sin una norma que clarifi-

(50) Art. 42. "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

(51) Art. 3°. "Los anunciantes, las agencias de publicidad, los profesionales publicitarios y los responsables de los medios deben: o Asumir la responsabilidad social que implica la difusión pública de sus mensajes".

(52) Art. 4°. "La publicidad debe evitar todo aquello que lesione los (conceptos y valores esenciales de la sociedad como son: a) las personas, b) la familia, c) la patria, sus símbolos y próceres, d) las normas legales vigentes, e) las autoridades, e) las instituciones, f) las religiones, g) el patrimonio cultural y las tradiciones, h) el trabajo". Art. 5°. "En consecuencia, la publicidad no debe contener expresiones o representaciones visuales o auditivas, ni alusiones impropias que: 1. Ofendan la moral o las buenas costumbres prevalecientes en la sociedad y en las comunidades que la componen. 2. Ofendan a la patria, a las naciones, sus símbolos, próceres y autoridades. 3. Ofendan en cualquier modo a las instituciones, cualquiera sea su género o composición. 4. Ofendan los sentimientos religiosos. 5. Estimulen actividades ilícitas y el desacato a las leyes y autoridades. 6. Estimulen cualquier forma de discriminación".

que la posición de la mujer en la publicidad; por el contrario, encontramos una peligrosa alusión a los valores tradicionales de la sociedad, que, como sabemos, son en su mayoría valores de sesgo marcadamente patriarcal.

Como puede verse, la legislación argentina en esta materia es marcadamente deficitaria.

C) En el Brasil tenemos una serie de normas que hacen a la regulación de la publicidad. Algunas regulan la publicidad como fenómeno o conducta en sí misma; otras regulan la conexión con relaciones de consumo.

Principiamos por citar normas constitucionales que son relevantes a la hora de examinar la normativa referente a la publicidad abusiva y discriminatoria. Así, la Constitución federativa del Brasil contiene, como muchas otras, una prohibición expresa sobre la discriminación por razón de sexo, en su Art.3(53), estableciendo el principio de igualdad entre mujeres y varones, Art. 5º (54); asimismo contiene un mandato expreso de tutela al consumidor, Art. 5º (55).

De entre las primeras leyes arriba indicadas, tenemos la Ley 4680/65, la cual no contiene ninguna disposición referente a publicidad abusiva. Se limita a establecer una pauta general de ética en la actividad del profesionista publicitario(56), remitiéndola a una norma deontológica profesional, el Có-

(53) Art. 3º. "Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: […] IV promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación".

(54) De Los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos. Art. 5º. "Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: I el hombre y la mujer son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución; […] XLI la ley castigará cualquier discriminación atentatoria contra los derechos y libertades fundamentales;

(55) Art. 5º. XXXII "El Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor";

(56) Artigo 17. "A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro".

digo de Ética de los Profesionales de la Propaganda de 1957. Allí no se hallan contemplada ninguna de las conductas publicitarias que hemos visto como típicamente abusivas, ni se hace una alusión expresa a la discriminación en general o a los sexismos en particular. Solamente se reconoce el poder que ejercen los medios sobre la opinión y la conducta social (57) y se enuncian cánones generales de comportamiento acorde con el interés social y la honestidad personal (58).

El Dto. 57690/66 (en su versión actualizada del año 2002), reglamentario de la antecitada ley, tampoco tiene una norma específica, se limita a establecer que la actividad de los agentes de propaganda ha de conformarse a la moral, las buenas costumbres y el orden público (59), en consonancia con la ley que reglamenta.

Luego debemos considerar la Ley de Defensa del Consumidor N° 8078/93. Esta se autodefine como ley de orden público e interés social en su Art. 1º; luego establece una política nacional de las relaciones de consumo, reconociendo la vulnerabilidad del consumidor la necesidad de proteger, entre otras cosas, su dignidad y su seguridad (60). Más adelante contiene una indi-

(57) II. "O profissional da propaganda, cônscio do poder que a aplicação de sua técnica lhe põe nas mãos, compromete-se a não utilizá-la senão em campanhas que visem […] ao progresso das boas instituições e à difusão de idéias sadias".

(58) III. "O profissional da propaganda, para atingir aqueles fins, jamais induzirá o povo ao erro; jamais lançará mão da inverdade; jamais disseminará a desonestidade e o vício".

IV. "No desempenho do seu mister, o profissional da propaganda agirá sempre com honestidade e devotamento com seus comitentes, de modo a bem servir a eles e à sociedade".

(59) Artigo 17. "A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda a que se refere o Artigo 17, da Lei nº 4680, de 18 de junho de 1965: **I**) Não é permitido: **a)** publicar textos ou ilustrações que atentem contra a ordem pública, a moral e os bons costumes";

(60) Política Nacional de Relaciones de Consumo. Artículo 4º. "La Política Nacional de Relaciones de Consumo tiene por objetivo el atendimiento de las necesidades de los consumidores, el respeto a su dignidad, salud, seguridad, la protección de sus intereses económicos, la mejoría de la calidad de

cación expresa sobre la protección contra la publicidad abusiva, al regular sobre los derechos básicos del consumidor, en su capítulo III, Art. 6º(61), prohibiéndola expresamente en su Art. 37 (62) y definiendo su contenido en el párrafo 2 del mismo artículo (63). En esta norma se hace una alusión directa a la publicidad discriminatoria, aunque no se menciona expresamente la discriminación en razón del sexo o a la utilización de la figura de la mujer o de los sexismos y otros paradigmas culturales semejantes. En contraste con esto, el mismo párrafo contiene una norma de protección concreta de los menores de edad. Ello nos revela, al igual que en la legislación paraguaya la decisión político–legislativa de dotar a ciertas categorías de sujetos de una tutela especial y destacada. Esta política no ha alcanzado a la mujer ni a las cuestiones de género.

A nivel profesional, tenemos nuevamente el Código Brasileño de Autoregulación Publicitaria de 1980 y sus actualizaciones (2007), el cual, si bien no hace una alusión directa a la "publicidad abusiva" en esos términos, sí contiene una proscripción expresa de la discriminación en la actividad publicitaria, Art. 20 (64). Esta norma prohíbe favorecer o estimular la discriminación, aludiendo a ciertos factores considerados como discriminatorios y citando, expresamente, algunos de ellos. Así menciona la raza, la religión, la nacionalidad, la política, pero omitiendo toda alusión a la discriminación por razón del sexo o a las discriminaciones provenientes de las asimetrías de género. Luego tenemos también una prohibición expresa a la inducción o la estimulación a la violencia en los avisos publicitarios en el Art. 26 (65); pero

---

su vida, así como la transparencia y armonía en las relaciones de consumo, atendidos los siguientes principios: […] I. - reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor en el mercado de consumo";

(61) Artículo 6º. "Son derechos básicos del consumidor: IV. - protección contra la publicidad engañosa y abusiva".

(62) Artículo 37. "Es prohibida toda publicidad engañosa o abusiva".

(63) Párrafo 2. "Es abusiva entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza que incite a la violencia, explote el miedo o superstición, se aproveche de la deficiencia de raciocinio y experiencia de los niños, infrinja valores ambientales, o pueda inducir al consumidor a portarse de manera perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad".

(64) Artigo 20. "Nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade".

(65) Artigo 26. "Os anúncios não devem conter nada que possa conducir à violência".

esta prohibición es también de carácter general y no especial respecto de la violencia de género o la violencia contra la mujer. En contraposición con esto hay una regulación expresa de la publicidad que atente contra el medioambiente, la ecología (66), los niños y jóvenes (67) y las convicciones religiosas(68).

Aunque entendemos que la enumeración contenida en el Art. 20 es meramente enunciativa y no taxativa, no deja de llamar la atención el hecho de la invisibilización de la mujer y de la problemática que plantea la actividad publicitaria al respecto, en un instrumento de autorregulación; ello se aplica tanto a la problemática de la discriminación en razón del sexo como a la de la violencia específica hacia la mujer. Sobre todo porque estas omisiones no son casuales, indican a las claras cierta tendencia valorativa y cultural de parte de quienes han de ser los juzgadores de la conducta profesional. Y todo ello a pesar de que el instrumento reconoce expresamente la enorme influencia y el valor que la publicidad y los medios de difusión tienen en el público y en la sociedad (69), es decir se reconoce el poder sustancial que tiene la actividad publicitaria en la formación y deformación de la opinión pública y de la cultura social; igualmente reafirman el respeto que la actividad publicitaria debe a la educación nacional y los objetivos que ella persigue(70). En este último punto debemos recordar que el Brasil es también signatario de dos tratados internacionales: la Convención sobre la Erradicación de las formas de Discriminación contra la Mujer y Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "Convención De Belem Do Para". Tanto en la primera como en la segunda existen normas específicas dirigidas a los Estados, que imponen la obligación de adoptar medidas de implementación interna respecto de estas cuestiones, ya sea en la educación como en la erradicación de los paradigmas culturales que fomentan la violencia. Las normas citadas se apoyan también en otras prohibiciones y mandatos de carácter general, que señalan la obligación de respeto a la persona humana y su dignidad, así como al interés social (71).

(66) Sección 10, Art. 36.

(67) Sección 11, Art. 37.

(68) Sección, 9, Art. 34, b.

(69) Artigo 7º. "De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população…"

(70) Artigo 6º. "Toda publicidade deve estar em consonância com os objetivos do desenvolvimento econômico, da educação e da cultura nacionais".

(71) Artigo 19. "Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às

Las restantes normas profesionales –Normas Padrón de la Actividad Publicitaria y el Código de Ética de la ABAP– no contienen una alusión expresa a la publicidad abusiva; el último cuerpo de normas citado solo incluye una alusión al respeto integral del derecho de los consumidores en cuanto sujetos individuales y en cuanto componentes del grupo social (72).

D) En el Uruguay la Ley 17250/00 de Defensa del Consumidor establece entre los derechos básicos de los consumidores la protección contra la publicidad engañosa (73); y en el Capítulo IX, que se dirige expresamente a la regulación de la publicidad, se prohíbe la publicidad engañosa, la publicidad comparativa y la publicidad encubierta, pero ninguna alusión se hace a la publicidad abusiva, ni tampoco a discriminaciones u otras desigualdades en la actividad publicitaria. A nivel constitucional la Constitución de la Rca. Oriental del Uruguay solo contiene una norma general de igualdad ante la ley(74), pero en ella no se hace ninguna alusión a discriminaciones por razón de sexo ni de género. Esto sorprende, si se considera que contiene normas mucho más concretizadas en otras materias, como en el medioambiente, el derecho sucesorio, la familia y el bien de familia.

---

instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar".

(72) "A Sociedade e os ciudadaos: As agências e os profissionais que as compõem devem atuar em consonância com os legítimos valores da sociedade, comprometidos com a evolução social e humana, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente. Os Consumidores: Compete às agências formar junto aos consumidores a consciência de que a publicidade, além de respeitar as leis e o Código de Auto-Regulamentação, é uma atividade fundada sobre princípios, compromissos e valores respeitáveis. Reconhecemos ser fundamental para toda a indústria da comunicação comercial, incluindo-se os clientes, que as pessoas sintam-se respeitadas pela publicidade como indivíduos, como grupos e como consumidores, e que tenham dela uma imagem positiva".

(73) Artículo 6º. "Son derechos básicos de consumidores: […] D) La protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos y servicios y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, cada uno de ellos dentro de los términos dispuestos en la presente ley".

(74) Artículo 8º. "Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes".

En cuanto a la normativa profesional, en el Código de Prácticas Publicitarias de la Cámara de Anunciantes del Uruguay se hace una referencia expresa a la responsabilidad social de los anunciantes y agentes publicitarios(75), a la par que proscribe todo tipo de discriminación, mencionando expresamente la basada en el sexo (76). Igualmente prohíbe que los anuncios publicitarios inciten o cooperen a cohonestar la violencia y la ilegalidad (77), aunque no se hace una alusión específica a la violencia basada en el sexo o en parámetros de género. También prohíbe la denigración de la persona, en términos generales (78), sin aludir a la figura de la mujer, las desigualdades de género u otra más específica; en contrapartida contiene normas expresas para otros grupos de intereses, como los menores de edad, la ecología, etc.

En el Uruguay nuevamente observamos una gran parquedad y deficiencia legislativa en cuanto a la protección del consumidor contra la publicidad abusiva, y en particular la que hace a las discriminaciones por sexo o género. La normativa profesional viene a paliar, aunque muy débilmente, esta deficiencia.

E) En el ámbito del MERCOSUR no existen normas comunitarias sobre publicidad abusiva ni sobre la prohibición a las discriminaciones arriba descritas. Tampoco los trabajos de la CIDIP han enfocado este tema.

F) En España tenemos primeramente la Ley General de la Publicidad (LGP) 34/1988, la cual fue objeto de modificaciones por leyes posteriores, las más importantes a los efectos que aquí tratamos: la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género N° 1/2004 y la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres N° 3/2000.

---

(75) Art. 1º. “Toda publicidad debe ser legal, decente, honesta y verdadera. Cada aviso publicitario debe ser preparado con un sentido adecuado de responsabilidad social…”.

(76) Art. 5º. “Los avisos publicitarios no deben anunciar ninguna forma de discriminación, incluyendo cualquiera que se base en la raza, nacionalidad, religión, sexo o edad, ni deberán en ninguna forma menoscabar la dignidad humana”.

(77) No deben condonar ni incitar a la violencia, ni deben alentar ninguna conducta ilegal o reprensible o que contravenga las normativas vigentes”.

(78) Art. 7º. “Denigración: Los avisos publicitarios no deben denigrar a ninguna persona, empresa, organización, actividad industrial o comercial, profesión, producto o servicios, buscando el descrédito del público”.

La Ley de Publicidad no solo contiene una alusión concreta a la publicidad ilícita por abusiva, sino que, a través de la modificación de la que fuera objeto por virtud de la Ley Orgánica mencionada, hace expresa referencia a la problemática de género y la situación de la mujer en la publicidad y en los medios masivos de comunicación. En su Art. 3°, inc. a) define como ilícita (o abusiva, para la terminología que venimos empleando) a la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere derechos constitucionales, con especial referencia a los Art. 18 y 20 ap. 4) (79) de la Constitución española. Luego se incluye una previsión especial respecto de la imagen de la mujer, prohibiendo su utilización en forma vejatoria u objetivada, presentando su imagen de manera estereotipada y coadyuvando a generar violencia.

La norma referida es fundamental, puesto que se centra en el foco del problema, sin eludirlo con eufemismos o circunloquios. No se precisa recurrir a la labor del intérprete para construir el supuesto de hecho ni la consecuencia jurídica, que son relevantes para combatir el fenómeno individualizado como socialmente no deseable.

Luego, también importante es la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDC) N° 26/1984. Aquí se pueden citar varias normas, algunas de ellas específicas, otras genéricas, sobre las cuales se construye o coadyuva a la interpretación de las primeras. Entre las específicas tenemos el Art. 34 inc.10, que sanciona como infracción las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y servicios, en especial las que hacen a la igualdad efectiva de los hombres y las mujeres. Es de resaltar que dicho artículo apunta a la igualdad efectiva, es decir la igualdad real, no solo a la igualdad formal que usualmente se consagra en textos legales y constitucionales. La igualdad efectiva se entiende como aquella que tiene en consideración la condición y la situación del sujeto, en este caso de la mujer. Todo esto en consonancia con el Art. 12 de la Ley Orgánica de Igualdad, que estatuye la tutela judicial efectiva.

La LGDC tiene también otras normas que sirven de soporte interpretativo adicional a esta. Así, el Art. 2º de la ley, que establece los derechos básicos del consumidor, enumera dentro de estos (inc. b) a la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales. Aunque esta norma está concebi-

(79) El primero hace referencia al derecho a la intimidad y la propia imagen y el segundo establece las limitaciones al derecho a la libre expresión, fundándolas en los derechos precitados. El texto original contiene una alusión expresa a la infancia y a la juventud.

da, al parecer, en un sentido más bien económico –ya que está enunciada en relación concreta con los intereses económicos– puede reinterpretarse en el sentido puramente social. Esta disposición se articula con el Art. 7º que impone nuevamente el respeto de los intereses sociales de los consumidores, en los términos de la LGDC y también de la legislación civil y comercial. Como ya decíamos, esta formulación puede ser tomada en un sentido mucho más social –que el que probablemente tuvo en vistas el legislador– dado que las normas de tutela de la igualdad y no discriminación y las referidas a la prevención y la erradicación de la violencia contra la mujer, son sin duda normas sociales.

En cuanto a normativa profesional, tenemos el Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial –Autocontrol–. Allí se establece primeramente el respeto a la legalidad y a los valores y derechos fundamentales establecidos en la Constitución(80). Luego prohíbe la incitación a la violencia(81); aunque esta prohibición es de carácter general y no especial referido a la violencia de género o contra la mujer, lo debemos interpretar en el contexto sistemático de este cuerpo deontológico, que además contiene una expresa proscripción de la discriminación por razón de sexo (82) y a la lesión de la dignidad humana. Con ello tenemos relativamente cubierto el panorama de la publicidad sexista y abusiva por discriminatoria.

G) Dentro del ámbito de las normas comunitarias tenemos la Directiva 84/450/CEE, relativa a la Publicidad y a cuya adaptación obedece la LGP; así también la Directiva 89/552/CEE sobre actividades de radiodifusión televisiva y la Directiva 97/36/CE sobre comercio minorista, que modifica a la anterior. La primera incluye una expresa referencia al respeto de la dignidad humana y a la no discriminación por razón de sexo (83), y lo mismo ocurre con

(80) 2.- “Respeto a la legalidad y a la Constitución. La publicidad debe respetar la legalidad vigente y de manera especial los valores, derechos y principios reconocidos en la Constitución”.

(81) 6.- “No incitación a la violencia. La publicidad no incitará a la violencia, ni sugerirá ventajas en las actitudes de violencia”.

(82) 10.- “Publicidad discriminatoria. La publicidad no sugerirá circunstancias de discriminación ya sea por razón de raza, nacionalidad, religión, sexo u orientación sexual, ni atentará contra la dignidad de la persona”.

(83) Artículo 12. “La publicidad televisada no deberá: a) atentar contra el respeto a la dignidad humana; b) incluir elementos de discriminación por raza, sexo o nacionalidad”;

la segunda que dispone que los estados parte deberán tomar medidas para evitar la incitación a la discriminación sexual (84). Como se ve, la primera directiva consistía en una regla negativa o de prohibición, en tanto que la segunda tiene un mandato proactivo: tomar medidas –esto es, acciones positivas– para que no se produzca la discriminación.

Finalmente es digna de mención la Resolución 1557 de 2007 sobre Imagen de la Mujer en la Publicidad, de la Asamblea Parlamentaria, Consejo de Europa. En este documento, de reciente data, se advierte que la imagen de la mujer en los medios de comunicación aún se encuentra en contraposición con los roles a que hoy puede acceder y que la publicidad sigue siendo degradante y violenta respecto de la mujer, violando su dignidad humana. En este importante instrumento se recomienda a los Estados Parte a tomar acciones concretas, legislativas y administrativas, para enfrentar el problema. Veremos este punto con mayor detenimiento al tratar el punto referente a regulación y control.

3. Los efectos no jurídicos de la publicidad: efectos meta y parajurídicos

Independientemente de la función o finalidad primaria de la publicidad, que, como vimos *supra* es la promoción de bienes o servicios en orden a producir su consumo, en el fenómeno publicitario aparecen otros efectos meta y para jurídicos. Con esto queremos decir que la publicidad, como fenómeno social no solamente produce o provoca relaciones de consumo, de que la norma toma noticia y regula, sino también produce efectos en el ámbito puramente social y, con ello, genera nuevos hechos sociales que no son ni pueden ser ajenos a la regulación normativa. Es decir, su efecto jurídico primario, de contratación, deriva en consecuencias sociales, las que, a su vez, son o deben ser atendidas por la norma en orden de proteger los bienes jurídicos que son alcanzados o tocados por esos hechos sociales.

La publicad no es, pues, neutral desde el punto de vista social, cultural y valorativo; es un fenómeno social que exorbita lo meramente jurídico contractual o de mercado (85).

---

(84) 28) “Se insertará el siguiente artículo: “Artículo 22” bis.

Los Estados miembros velarán por que las emisiones no contengan ninguna incitación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad”.

(85) Es evidente que el objetivo fundamental de la publicidad es incrementar las ventas de un producto. Entretener, divertir o informar son solo

Es decir, la publicidad, los medios y la fenomenología que le acompañan tienen una gran incidencia en nuestras vidas, a menudo mucho mayor de la que somos conscientes o de la que quisiéramos admitir; las estadísticas, no obstante, revelan lo contrario (86). En el caso particular de las relaciones de género y las cuestiones planteadas por el componente de sexo, esta incidencia adquiere connotaciones de gran envergadura. El reconocimiento de esta realidad ha tomado cuerpo en y desde distintas instituciones. Numerosas declaraciones de instancias internacionales, como la Declaración de Atenas, de 1992; Conferencia de Pekín, de 1995 y Conferencia de la Unión Interparlamentaria de Nueva Delhi de 1997, dejan claro que el desarrollo de la igualdad de género requiere de una regulación jurídica adecuada de los medios de comunicación. En similares términos se ha pronunciado la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, de la ONU, celebrada en Beijing en 1995, con la Plataforma de Acción que fuera aprobada, más su revisión en el Período Extraordinario de Sesiones de la ONU, efectuado en Nueva York en el año 2000 y su declaración, denominada también Beijing+5 (87), y que dieran por resultado la resolución de Naciones Unidas del 16 de noviembre de 2000 (88).

---

herramientas para conseguirlo. Sin embargo, en demasiadas ocasiones se olvida que la publicidad también transmite valores, educa o genera los modelos sociales que intentamos imitar. La publicidad es parte de ese imaginario en el que nos reflejamos, un espejo de lo que queremos ser. La publicidad, no hay duda, se ha especializado en los deseos. Poco le interesan las necesidades y mucho los satisfactores, sobre todo porque estos se venden muy bien gracias al uso calculado del lenguaje gráfico y de una batería ingeniosa de promesas. ConsumeHastaMorir. Enero 2007 http://www.cederron.org

(86) Cada día, una persona dedica unas 6 horas y media a escuchar, ver o leer medios de comunicación de masas (Televisión, periódicos, revistas, internet, Radio, Cine...). En muchos casos esto es compatible con otras actividades que desarrollamos. Sin embargo, el medio al que más tiempo dedicamos, la televisión, es justamente uno de los que más atención requiere; http://www.cederron.org, Comunicación.

(87) "…se considera una esfera de especial preocupación la constante proyección de imágenes negativas y degradantes de la mujer, así como su desigualdad en el acceso a la tecnología en la información. La Conferencia pidió que se potenciara el papel de la mujer mejorando sus conocimientos teóricos y prácticos y su acceso a la tecnología de la información, lo que aumentaría su capacidad de luchar contra las imágenes negativas que de ella se ofrecen. La Conferencia destacó la necesidad de que las mujeres intervinieran en la adopción de decisiones que afectaran al desarrollo de las nuevas tecnologías, a fin de participar plenamente en su expansión y en el control de

A nivel europeo, tenemos el reporte del Comité para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, presentado en mayo de 2007 al Consejo de Europa. En este documento se pone énfasis en que el tratamiento discriminatorio y sexista de la mujer en la publicidad es un problema cuya atención por parte de los estados Parte es urgente y primordial (89), y que pese a ciertos avances en el orbe europeo, la publicidad sigue siendo un factor de discriminación y de violación de los derechos humanos de las mujeres. Esta concerniencia no es nueva, pues se halla presente en numerosos documentos anteriores, como la Recomendación 1555 de 2002 del Consejo de Europa, respecto de la imagen de la mujer en los medios (90).

En este mismo sentido también se ha manifestado el Observatorio de la Publicidad Sexista, del Instituto de la Mujer, dependiente del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España, que viene, desde 1994, realizando un seguimiento y análisis de la publicidad con la finalidad de identificar aquellos mensajes publicitarios que reafirman y refuerzan una imagen estereotipada de las mujeres, distorsionando su actual participación social. En su informe de 2004 afirma que se sigue manteniendo en la publicidad la perpetuación de roles sociales estereotipados que fomentan la desigualdad de género y la utilización de la mujer como mero objeto sexual, lo que es cada vez más frecuente. Se presenta a la mujer como un producto de consumo de fácil acceso y disponibilidad, unido a la idea de sumisión o sometimiento (91).

La industria de la publicidad y el mundo publicitario en general han reconocido, desde sus propios cuarteles, la enorme y decisiva influencia que tienen a la hora de formar, conformar y deformar, no solo la dirección del consumo y de los objetos de consumo, sino también las ideas, opiniones y la cultura en general. Esto lo hemos visto a través de las consideraciones vertidas en numerosos códigos de ética profesional de todos los involucrados en esta actividad y que han sido citados más arriba, a lo que remitimos. Y también ha sido puesto de manifiesto que esta facultad o poder de conformación de lo cultural no es casual, sino que es un fin directamente buscado y perse-

---

su influencia…"; Nota Informativa N° 10, UN, La Mujer y los Medios de Comunicación.

(88) Anexo, Declaración Política, Num.2.

(89) Doc. 11286, 21 May 2007, Council of Europe.

(90) Texto adoptado por la Asamblea Parlamentaria el 24 de abril de 2002.

(91) Informe 2004, Observatorio de la Publicidad sexista.

guido, es decir, no es un efecto colateral meramente incidental en el quehacer publicitario, sino que constituye un objetivo específico del mismo (92).

Una publicidad es sexista cuando utiliza a la mujer como objeto para captar la atención del consumidor, cuando refuerza estereotipos sexuales o cuando adhiere al producto características sexuales que no tienen que ver con él. La característica que comparten todos los mensajes sexistas es "invisibilidad como ciudadanas" a la que se somete a las mujeres.

Este tipo de discriminación genera, a su vez, otros subproductos que afectan los derechos individuales y cuya permanencia en la sociedad es indeseable, y constituye, por lo tanto, un fenómeno relevante y atinente a lo jurídico en cuanto medio de ordenamiento de las conductas. Uno de los subproductos más indeseables de este problema es la violencia de género. Esta ha sido definida como cualquier acción o conducta, basada en su género, que

(92) "En nuestra fábrica hacemos lápices de labios, en nuestros anuncios vendemos esperanza"; Charles Revlon. Fundador de la Revlon Cosmetic.

"Anunciar es hurgar en heridas abiertas...Miedo. Ambición. Angustia. Hostilidad. Usted menciona los defectos y nosotros actuamos sobre cada uno de ellos. Nosotros jugamos con todas las emociones y con todos los problemas. Desde el no poder seguir en cabeza...hasta el deseo de ser uno más entre la muchedumbre.

Cada uno tiene un deseo especial. Si se logra que un número suficiente de gente tenga el mismo se consigue un anuncio y un producto con éxito"; Jerry Della Femina. Ejecutivo publicitario.

"Pronto, el mundo entero estará bajo la dictadura televisión-publicidad. Entraremos en un mundo posthumano esponsorizado por Coca-cola, Mc Donalds, Microsoft e IBM, orquestado por los Berlusconis cibernéticos... Durante mis inicios en el mundo de la publicidad y la moda, me tropecé con espíritus de corto entendimiento que querían que hiciera campañas imbéciles. Y después encontré jefes de empresa como Luciano Benetton. Pude por fin reflexionar sobre un tipo de comunicación sorprendente, comprometido, artístico, olvidando toda esa mierda perfumada que se me obligaba a producir"; Adiós a la publicidad. Oliviero Toscani. Ed. Omega, 1996. (Olivero Toscani fue publicista creativo de la firma Benetton durante muchos años y lanzó las campañas publicitarias más polémicas que se conocen) "…la emoción es nuestra arma más potente y la que mejor conecta con la gente. Hay pocos productos que se vendan dejando de lado la emoción…"; Allen Rosenshine, Presidente de la agencia de publicidad BBDO (CincoDías 27-06-2006).

cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (93). Escogemos esta definición no solo porque se encuentra contemplada en un instrumento normativo –que si bien no es universal, por cuanto que pertenece al sistema interamericano, abarca no obstante a un buen número de países– sino porque contiene una de las más completas conceptualizaciones en materia de lo que ha de entenderse por violencia, ya que incluye el elemento privado/público como factores indivisibles e interconectados dentro del desarrollo del fenómeno (aquí se debe tener presente la consigna de que "lo privado es público", tan rica en la aportación ideológica a soluciones normativas).

Es una realidad que los violentos se apoyan en la imagen del hombre como ser superior, más capaz e inteligente, imagen que proyectan y refuerzan los medios y la publicidad. El modelo dominante que muestran y proponen reafirma el sexismo hostil, que caracteriza a la mujer como una persona subordinada; lo que a su vez legitima el control social que ejercen los hombres sobre las mujeres y reafirma todo el esquema de asimetría de poder que subyace en el fenómeno del maltrato.

4. Regulación normativa de los aspectos "colaterales" de la publicidad

La doctrina ha sido rica en debates acerca de los métodos idóneos y eficaces de control de la actividad publicitaria ilícita. Existe, sin embargo, una tendencia al abandono de la tutela publicista –ejercida por órganos estatales y con sanciones penales y administrativas– por parte de los doctrinarios, y un avance hacia implementación de fórmulas que propicien la tutela privatística, ya sea desde la autogestión o autorregulación, como a través de acciones civiles adecuadas, que incluyan la protección de los intereses difusos y colectivos (94). Sobre todo esta última ha sido objeto de frecuentes exhortaciones por parte de los doctrinarios en torno de su implementación (95).

Ya hemos examinado el fenómeno social de la publicidad y la problemática que se genera en torno de las cuestiones de género y las relaciones de

(93) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), Arts. 1 y 2.

(94) Berkovitz/Salas; op. cit., págs. 139 y sgtes.

(95) Stiglitz, Gabriel; op. cit., pág. 297./. Lorenzetti, Ricardo Luis/ Schötz, Gustavo Juan; Defensa del Consumidor; Ed. Depalma, Bs. As., 2003; págs. 130 y sgtes., y 133 y sgtes.

consumo. Ahora debemos abocarnos a establecer la regulación normativa existente en el ordenamiento jurídico y a analizar su pertinencia e idoneidad.

A) En el derecho paraguayo, que como vimos proscribe la publicidad abusiva, tenemos un doble orden de consecuencias: la tutela administrativa y la tutela jurisdiccional.

La acción administrativa se halla administrada en un doble orden: el estatal, a través de la Dirección de Protección al Consumidor, dependiente del Ministerio de Industria y Comercio; y el municipal, en los distintos municipios locales, la actuación de ambos orbes es concurrente, tal y como lo establece el Art. 40 de la LPDCU (96). La instancia es meramente conciliatoria.

Por su parte, la jurisdiccional comprende toda una serie de acciones, entre las cuales se cuenta la de daños y perjuicios y que puede ser ejercida solo a título individual por los consumidores y usuarios (97). Aquí debemos hacer una importante precisión para ver la eficacia de la norma en orden a tutelar los derechos y bienes jurídicos que pudieran ser vulnerados por la publicidad abusiva. Si la publicidad es discriminatoria o refuerza parámetros patriarcales y desigualdades de género, el consumidor debe poder demostrar un daño individual propio, cuando que básicamente esta índole de problemas plantea por sobre todo la lesión a los llamados intereses difusos o colectivos –llamados así en la propia ley y definidos como intereses supraindividuales de naturaleza indivisible, de los que sean titulares un grupo, categoría o clase(98)–. Es decir, sin la existencia de una relación concreta de consumo, y

(96) Artículo 40. “En el ámbito nacional será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Industria y Comercio, y en el ámbito local, las municipalidades; pudiendo ambos actuar en forma concurrente”.

(97) Artículo 43º. “La defensa en juicio de los derechos que esta ley precautela podrá ser ejercida a título individual como a título colectivo. Será ejercida colectivamente cuando se encuentren involucrados intereses o derechos difusos o colectivos. Tendrán acción el consumidor o usuario, las asociaciones de consumidores que cumplan con los requisitos de los Arts. 45, 46 y 47, la autoridad competente nacional o local y la Fiscalía General de la República.

Las acciones tendientes al resarcimiento por daños y perjuicios sólo podrán promoverse por los consumidores o usuarios afectados”.

(98) Art. 4º, inc. i) “Intereses colectivos: son aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible de los que sean titulares un grupo, ca-

además de un nexo causal entre la publicidad discriminatoria y una minusvaloración o perjuicio en el consumidor individual, será muy difícil sustentar la acción. Como fácilmente puede verse, esta circunstancia no se dará nunca o casi nunca. No olvidemos que los daños de la publicidad abusiva por discriminatoria o sexista no son patrimoniales, sino extrapatrimoniales –o también llamados morales–, y que afectan directa e inmediatamente a un colectivo; a los sujetos individuales solo los afecta en cuanto partes de este colectivo y de manera refleja u oblicua. Esta limitación no se encuentra salvada por la disposición contenida en la primera parte del Art. 43, ya que si bien allí se permite la legitimación colectiva, tratándose de intereses difusos o colectivos, se estatuye una excepción expresa respecto de la demanda de daños. De modo que esto se erige en una gran limitación a la hora de demandar por daños.

Luego tenemos toda una serie de medidas o acciones de orden jurisdiccional, contempladas en el Art. 51; la más relevante en la cuestión que examinamos es la cesación de la actividad (99), que en este caso se debe aplicar a la actividad publicitaria; otras medidas indirectas, pues no recaen en la actividad promocional en sí misma, son la prohibición de exhibición, circulación e incautación de productos (100); también está la aplicación de multas conminatorias para el cumplimiento de las condenas dictadas en sentencias definitivas; la publicación y difusión de las condenas dictadas en diarios, revistas radiodifusoras o teledifusoras (101) –a modo de reparación inmaterial– y la posibilidad de adoptar medidas cautelares –Art. 52– para prevenir que la ejecución de las sentencias no sea fútil o estéril.

En un tercer orden de tutela está la autorregulación de las entidades o asociaciones de profesionales cuya actividad se vincula con la publicidad. Como hemos visto el cuerpo deontológico profesional de la Cámara de Anunciantes del Paraguay no contiene disposiciones al respecto.

La pregunta que nos debemos hacer es si este sistema funciona o es eficiente. La respuesta está dada en la realidad: la total ausencia de jurisprudencia en el orden judicial, de casuística administrativa o –no se diga ya– de la autorregulación privada. Ello no se debe a que el Paraguay sea un caso

---

tegoría o clase de personas, ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica, cuyo resguardo interesa a toda la colectividad, por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentren en una misma situación".

(99) Art. 51, inc. 3, LPDCU.

(100) Art. 51, incs. 1 y 2.

(101) Art. 52, inc. 6.

aislado –y por lo demás habría que decir un *unicum*– en el mundo donde no exista publicidad sexista o no se den fenómenos discriminatorios a través de la publicidad

B) En la Argentina, hemos visto, no existe la prohibición a la publicidad abusiva. Tal vez el control pueda venir a través de la aplicación de mecanismos de protección constitucional, como el amparo, aplicando de manera congruente e imaginativa la teoría de los intereses difusos y la protección constitucional contra la discriminación contenida en los Convenios de DDHH que son parte de la ley fundamental, según ya lo hemos visto más arriba. No se conoce jurisprudencia propiamente judicial en este sentido.

Luego, tenemos también la autorregulación, emanada de la aplicación del Código de Ética por parte de la CONARP. La eficacia de este método no ha podido ser establecida, en ausencia de casos paradigmáticos al respecto.

C) El Brasil, como ya lo tenemos visto, contiene un triple orden normativo: La Ley 8078/90 Código de Defensa del Consumidor, la Ley de publicidad y los Códigos de Ética profesional. Cada uno de estos órdenes tiene esferas de control y sanción, lo que acarrea no solo dispersión, sino también superposición de roles y de competencias.

La Ley de Publicidad N° 4680/65 y su reglamentación a través del Decreto 57690/66 establecen, primeramente, un doble orden de control, simultáneo: el de la autoridad administrativa, encargada de establecer sanciones de dicha índole, y el control ético de autogestión, en aplicación de un cuerpo deontológico; este último fue operativizado a través de las entidades profesionales, como veremos más adelante. La autoridad administrativa aplica sanciones consistentes principalmente en multas (102).

El control jurisdiccional está previsto en otra ley, el Código de Defensa del Consumidor. Aquí se estatuyen toda una serie de sanciones civiles, administrativas e incluso penales para las infracciones a sus disposiciones. En

(102) Artigo 26. “As infrações ao disposto na Lei nº 4680, de 18 de junho de 1965, e no presente Regulamento, serão punidas com as penalidades abaixo, pelo Diretor Geral do Departamento Nacional do Trabalho ou pelos Delegados Regionais do Trabalho, e, se de natureza ética, em consonância com o Artigo 17 daquela Lei, por proposta do órgão disciplinar competente da associação de classe a que pertencer o infrator…”.

materia de publicidad abusiva. En su Art. 6º, entre los derechos básicos de los consumidores, se establece el de la efectiva reparación de los daños patrimoniales y morales, individuales y colectivos (103). Luego estatuye el capítulo de las sanciones administrativas y atribuye al Gobierno Federal, a los Estados, al Distrito Federal y los Municipios la competencia para su aplicación(104). Las sanciones administrativas se consideran y aplican independientemente de las civiles, penales y de cualquier otro orden, y consisten principalmente en multas, suspensión de la actividad, casación del permiso e interdicción de la actividad y en imposición de contrapropaganda (105) –estas últimas las más importantes desde el punto de vista de la cuestión que aquí analizamos–. La contrapropaganda está referida expresamente a la actividad abusiva –entre la que se cuenta la discriminatoria– y está regulada en términos muy precisos en cuanto a su naturaleza, extensión y modo (106). La mis-

(103) Art. 6º VI. - "Efectiva prevención contra y reparación por daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos";

(104) Capítulo VII Sanciones Administrativas.

Artículo 55. "El Gobierno Federal, los Estados, y el Distrito Federal, en carácter concurrente y en sus respectivas áreas de actuación administrativa, establecerán normas relativas a la producción, industrialización, distribución y consumo de productos y servicios. Párrafo 1. – El Gobierno Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios fiscalizarán y controlarán la producción, industrialización, distribución, la publicidad de productos y servicios y el mercado de consumo, en el interés de la preservación de la vida, de la salud, de la seguridad, de la información y del bienestar del consumidor, estableciendo las normas necesarias".

(105) Artículo 56. "Las infracciones de las normas de defensa del consumidor están sujetas, de acuerdo con el caso, a las siguientes sanciones administrativas, sin perjuicio de las de naturaleza civil, penal y de las definidas en normas específicas:

I. - multa; […] VII. suspensión temporaria de la actividad;

[…] IX. casación del permiso del establecimiento o actividad;

X. - interdicción, total o parcial, del establecimiento, obra o actividad; XI. intervención administrativa; XII. imposición de contrapropaganda. Párrafo Único - Las sanciones previstas en este artículo serán aplicadas por la autoridad administrativa en el ámbito de su atribución y pueden ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida preventiva antecedente o incidente al procedimiento administrativo".

(106) Artículo 60. "La contrapropaganda será impuesta cuando el proveedor incurriere en la práctica de publicidad engañosa o abusiva, en los términos del Artículo 36 y sus párrafos, siempre a cargo del proveedor. Párrafo

ma ley prevé sanciones penales por las inconductas de consumo (107) y tipifica especialmente como delito a la publicidad abusiva (108), disponiendo incluso una pena privativa de libertad. Además, se establece como agravante el hecho de ocasionar daño individual o colectivo (109); esta última disposición es muy relevante e importante en cuanto a la cuestión que nos ocupa. No olvidemos que la publicidad sexista o la discriminación por razón de sexo que se produce a través de la actividad publicitaria provoca un daño colectivo, de impacto generalizado en términos sociales y geográficos y además con efectos que perduran en el tiempo, o cuando menos que se extienden por un lapso considerable e indeterminable. Ello, en sí mismo, ya constituiría una agravante en los términos de la ley que analizamos.

En cuanto a la legitimación, la ley prevé tanto la individual como la colectiva (110). La legitimación colectiva se da en relación con lesiones a intereses difusos supraindividuales, transindividuales o individuales homogéneos (111). La acción es atribuida a ciertos legitimados activos, que son tanto públicos como privados; en el orden de lo público, tenemos al Ministe-

---

1 – La contra propaganda será divulgada por el responsable, de la misma manera, frecuencia, alcance y preferiblemente en el mismo vehículo, sitio, espacio y horario, de manera capaz de deshacer el maleficio de la publicidad engañosa o abusiva".

(107) Título II Infracciones Penales. Artículo 61. "Son crímenes contra las relaciones de consumo previstas en este Código, sin perjuicio del dispuesto en el Código Penal y leyes especiales, las conductas definidas en los siguientes artículos…".

(108) Artículo 67. "Hacer o promover publicidad que sabe o debería saber ser engañosa o abusiva: Pena: De tres meses a un año de prisión y multa".

(109) Artículo 76. "Son circunstancias agravantes de los crímenes tipificados en este Código: […] II. - ocasionar grave daño individual o colectivo";

(110) Artículo 81. "La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo".

(111) Art. 81 Párrafo Único "La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de: I. - intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias reales; II. - intereses o derechos colectivos así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre si o con la parte contraria por

rio Público, el gobierno federal, los estados, distrito federal y los municipios; en el orden privado las asociaciones de consumidores (112). La acción colectiva se permite a estos legitimados incluso para la demanda de daños y perjuicios, cuando se trata de intereses individuales homogéneos (113). Se trata pues, de una acción colectiva solo prevista para intereses individuales homogéneos; entendemos que esto constituye una limitación tratándose de los restantes tipos de intereses difusos, como los transindividuales o supraindividuales. Ello es muy importante a la hora de juzgar la cuestión que nos atañe, por cuanto que en la mayoría de los casos la lesión se presentará respecto de colectivos formados por intereses transindividuales, no por intereses individuales homogéneos.

A nivel de autorregulación, el CENP –Consejo Ejecutivo de Normas Padrón– es el encargado de aplicar las sanciones éticas según las diversas entidades profesionales que nucléa. Dichas sanciones se dirigen principalmente a velar por las buenas prácticas profesionales en o dentro del gremio.

Luego, también el Consejo de Ética del CONAR administra el sistema de autorregulación y sanciones para infracciones a sus disposiciones, según hemos visto más arriba (114). Las sanciones consisten en advertencias, reco-

---

una relación jurídica base; III. - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los resultantes de origen común".

(112) Artículo 82. "Para los fines del artículo 81, párrafo único, son legitimados conjuntamente: I. - el Ministerio Público; II. - el Gobierno Federal, los Estados, Municipios y el Distrito Federal; III. - las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, mismo sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código";

IV - las asociaciones legalmente constituidas hace por lo menos un año y que incluyan entre sus finalidades institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código, no siendo necesaria autorización por asamblea.

(113) Artículo 91. "Los legitimados de que trata el A rtículo 82 podrán proponer en su propio nombre y por interés de las víctimas o sus sucesores, acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos siguientes".

(114) Art. 51 § 1º "Compete privativamente ao Conselho de Ética do CONAR apreciar e julgar as infrações aos dispositivos deste Código e seus Anexos e, ao Conselho Superior do CONAR, cumprir e fazer cumprir as decisões emanadas do Conselho de Ética em proceso regular".

mendación de alteración del anuncio publicitario y divulgación de la posición del CONAR (115).

Se dieron casos que fueron objeto de juzgamiento por involucrar publicidad sexista y cuestiones de género; en algunos el CONAR recomendó el retiro del anuncio, y con advertencia al anunciante (116); en otros casos, bastante disputados, el Consejo votó a favor de mantener el anuncio, pese a su contenido sexista y al parecer del relator del sumario (117).

Con todas sus deficiencias –la dispersión normativa y la superposición de competencias– la legislación brasileña es la más completa en materia de tutela contra la publicidad abusiva, y la que más da de sí, a la hora de juzgar su eficacia en cuanto a la corrección y sanción de las discriminaciones de sexo y las asimetrías de género.

D) En el Uruguay, hemos visto, la Ley N° 17250/00 de Defensa del Consumidor no contiene normas relativas a la publicidad abusiva y discriminatoria. La solución a los casos que se puedan plantear podría estar dada, como en el caso de la Argentina, sobre la base de las acciones de amparo constitucional y la aplicación de los instrumentos internacionales de DDHH, como la CEDAW y la Convención de Belem do Pará. No obstante, el operador del derecho deberá hacer un esfuerzo interpretativo e integrador de la normativa existente para obtener resultados que den respuesta adecuada a la problemática de la publicidad discriminatoria o sexista.

---

(115) Artigo 50. “Os infratores das normas estabelecidas neste Código e seus Anexos estarão sujeitos às seguintes penalidades: a. advertência; b. recomendação de alteração ou correção do Anúncio; c. recomendação aos Veículos no sentido de que sustem a divulgação do anúncio; d. divulgação da posição do CONAR com relação ao Anunciante, à Agência e ao Veículo, através de Veículos de Comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas”.

(116) Cad. 5, caso 19 Representação: nº 127/89 Denunciante: Conar, de ofício, mediante queixa de consumidor Denunciado: anúncio “Mude de Posição”; caso 34, Representação nº 080/92.

Denunciante: Conselho Superior do Conar, mediante ofício da Frente Feminina Parlamentar, da Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

Denunciado: anúncio “Motel Amazonas”.

(117) Cad. 5, caso 29 Representação nº 047/92 Denunciante: Conar, de ofício Denunciado: anúncio “Amortecedor mal instalado é um perigo”.

No obstante ello, la autorregulación desde las asociaciones profesionales prevé en el Código de Prácticas Publicitarias de la Cámara de Anunciantes del Uruguay la sanción para la publicidad abusiva. No se establecen penas concretas, pero se dispone el acatamiento absoluto a las decisiones de la autorregulación (118). No se indica una entidad de aplicación en concreto, sino que se deja librada a la que se origine desde el consenso o concierto privado. Se aclara que las indemnizaciones exigidas o cumplidas de conformidad con la responsabilidad civil emergente del hecho no excluyen la aplicación de decisiones y sanciones por virtud de este cuerpo deontológico, como desde luego no podría ser de otro modo (119).

E) En España el régimen de control se establece desde el ámbito administrativo, jurisdiccional ordinario y profesional.

En cuanto a la tutela jurisdiccional, la LGP 34/1988 establece la acción de cesación y de rectificación, Art. 25. La naturaleza de la acción es inhibitoria, no resarcitoria. En la ley se prevé tanto la legitimación activa individual –Art. 25, num. 1 bis y num. 2 d), y Art. 29, num. 3, e)– como la colectiva –Art. 25 num. 2 y Art. 29, num. 2– cuando se trata de intereses colectivos o difusos, y a su vez dicha legitimación activa puede ejercerse desde órganos públicos como organismos privados, es decir, asociaciones de consumidores. La característica de esta legitimación activa pública es que se incluyen especialmente algunos organismos estatales, como la Delegación Especial de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y el Instituto de la Mujer, lo cual intenta asegurar la visión de género del denunciante. También se prevé, a través de la acción de rectificación, una suerte de reparación *in specie* de los efectos de la publicidad abusiva, con la publicitación de la sentencia, y la contra publicidad –Art. 31, inc. c) y d)–.

La ley establece que las sanciones de orden civil no excluyen otras acciones civiles, así como las administrativas y penales –Art. 32–; debemos

(118) Art. 20. "Respeto por las decisiones de autorregulación: Ningún anunciante, agencia publicitaria, medio y contratista, que publica, transmite, produce o distribuye avisos publicitarios, debe participar de la difusión de ningún aviso publicitario que haya sido encontrado inaceptable por el organismo autorregulador adecuado".

(119) Art. 18. "Efecto de la indemnización posterior por contravención: Si bien una corrección subsiguiente y una indemnización adecuada a cargo del publicista por contravención del Código son deseables, no pueden excusar la contravención original del Código".

entender esto en clara alusión a la indemnización de daños, que se ciñe a las reglas del derecho común. Ahora bien, esto no habilita a la legitimación colectiva de acciones civiles de indemnización de daños.

Por su parte la LGDC 26/1984 establece sanciones administrativas para las infracciones en materia de consumo, sin perjuicio de las civiles y penales –Art. 32– y, como ya lo hemos visto más arriba, se considera infracción aquellas conductas discriminatorias referidas especialmente a las previsiones para la igualdad efectiva de hombres y mujeres –Art. 34, num. 10–. Las sanciones administrativas se concretizan principalmente en multas.

Finalmente se prevé una acción de cesación a falta de normativa especial específica –Art. 3º de las Disposiciones Adicionales–; lo cual significa que en materia de publicidad, donde existe la normativa específica, esta norma precitada no se aplica.

En cuanto a la acción de indemnización de daños, la prevista en la LGDC, estatuye la legitimación individual (120) y además, aunque pueda ser tanto contractual como extracontractual, el daño debe darse en una relación concreta de consumo –Art. 25–, lo que impediría la tutela efectiva de daños a intereses difusos o colectivos, si el daño proviene de la acción de agentes o anunciantes publicitarios y el individuo o colectivo dañado no es efectivo consumidor del producto o servicio. La actuación de las asociaciones de consumidores por vía de sustitución, permitida por el Art. 20 bis num. 1 y 3 de la ley, en procesos de defensa de los intereses de sus asociados afectados sería la vía posible para "colectivizar" el reclamo, pero aquí encontraríamos nue-

(120) El Art. 2º bis 3 pareciera introducir la tutela colectiva cuando, leído a *contrario sensu* lo allí establecido: "…las asociaciones […] que no reúnan los requisitos […] solo podrán representar los intereses de sus asociados o de la asociación, pero no los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores…". Se podría interpretar que las asociaciones que sí han sido constituidas conforme con la ley, pueden representar los intereses colectivos o difusos. Como la norma no establece limitación del tipo de acción, tal vez pudiera aplicarse también a la acción de daños; se reforzaría esta interpretación con la lectura conjunta del numeral 1, que dispone como finalidad de las asociaciones la "..defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores […] bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados. La interpretación propuesta de las normas citadas tropieza, sin embargo con la contenida en el Art. 25 y otras concordantes. No se tiene noticia de jurisprudencia en el sentido propuesto.

vamente como obstáculo la necesidad de una relación de consumo concreta y el carácter de asociado del perjudicado. Como vemos, tratándose de intereses difusos y colectivos, esta solución es harto deficiente e insatisfactoria.

En materia de autorregulación, el Código de Conducta Publicitaria de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, contiene prescripciones de control sobre la actividad publicitaria de sus asociados, estatuyendo un jurado compuesto por personas particulares acreditadas; su función es tanto consultiva cuanto juzgadora de conflictos suscitados entre sus asociados o con terceros y sus resoluciones son vinculantes para todos los asociados, ya sean parte o no del conflicto particular planteado.

F) A nivel europeo, la Resolución 1557 de 2007 sobre Imagen de la Mujer en la Publicidad, de la Asamblea Parlamentaria, Consejo de Europa, ha encontrado que la regulación de la publicidad sexista y discriminatoria, así como del uso de la imagen de la mujer en la publicidad es inadecuada en toda Europa. Sobre esta base, ha hecho una serie de recomendaciones, que encuentran su antecedente en instrumentos anteriores, como la Recomendación 1555/2002 respecto de la Imagen de la Mujer en los Medios y el Reporte del Comité de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, sobre la Imagen de la Mujer en la Publicidad de 21 de mayo de 2007, Doc. 11286.

En la Resolución 1557/2007 se exhorta a los Estados a tomar acciones legislativas concretas que den solución efectiva al problema, y, entre otros, se propone que el control sea administrativo, civil y penal; a este último efecto se solicita la penalización de la discriminación de la mujer en los medios; se propugna que se generalice la legitimación colectiva y se dote a las asociaciones de mujeres del derecho de presentar reclamos; que se fomente a nivel nacional la introducción o refuerzo de los sistemas de autocontrol y se dicten cuerpos normativos éticos en correspondencia; que se vuelvan más vinculantes y coercitivas las decisiones tomadas por las autoridades de control de estándares publicitarios.

5. La constitucionalidad de este tipo de regulaciones en nuestro Derecho Paraguayo

Como bien lo hemos hecho notar, la regulación de la publicidad abusiva es deficiente en nuestro país. El control administrativo *ex post* es cuasi inexistente; la tutela civil peca por defecto de acciones resarcitorias adecuadas, que incluyan la legitimación colectiva.

No existen normas penales que repriman la publicidad discriminatoria o sexista.

La pregunta que nos debemos hacer es si la introducción de este tipo de normativa sería constitucional desde la perspectiva de nuestra ley fundamental.

Podemos sostener con la doctrina que, en general, la publicidad no ha interesado a los constitucionalistas y que como consecuencia de este abandono no se ha producido un desarrollo adecuado de la normativa publicitaria(121).

En este sentido debemos examinar el texto constitucional y recordar que los derechos fundamentales son universales y paritarios; es decir, no existen entre ellos rangos ni jerarquías de subordinación; lo cual exige que la posible colisión entre sus respectivos ámbitos se derive necesariamente en una recíproca y mutua coordinación, y en "sacrificios" o limitaciones simultáneos y simétricos.

Así, el Art. 25 consagra en forma genérica la libertad de expresión y el Art. 26 lo hace en concreto respecto de la libertad de difusión del pensamiento y la opinión, sin censura alguna, y sin más limitaciones que las impuestas por la propia Constitución; pero a su vez el Art. 27 establece que el empleo de los medios masivos de comunicación social es de interés público, agregando *in fine* que la publicidad será regulada por ley a los efectos de la mejor protección de los derechos del consumidor y de la mujer, entre otros. Concordante con este último punto, el Art. 48 consagra la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer y establece la obligación del Estado de crear los mecanismos adecuados para que la igualdad sea real y efectiva. Finalmente el Art. 38 contiene una protección especial de los intereses difusos, estableciendo la legitimación *ad populum* para que cualquier persona pueda reclamar, individual o colectivamente, medidas de protección; y ello refiriéndose expresamente a los intereses del consumidor. Y aunque no hace alusión concreta a los derechos de la mujer, al enunciar genéricamente a "…otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad…, podemos considerar que se encuentran implícitamente abarcados en su texto. Finalmente también debemos

(121) Balaguer, María Luisa; Balaguer, 2003: "La regulación y el control de la publicidad en el ordenamiento jurídico constitucional español", Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, número 21.

aludir a la protección brindada a la intimidad y la dignidad humana que se consagra en el Art. 33.

Con la enunciación de todas estas normas constitucionales se puede decir que una adecuada regulación de la actividad publicitaria, en orden al efectivo respeto de los derechos fundamentales, individuales y colectivos, es perfectamente congruente con el ordenamiento constitucional. Desde luego, la censura previa de los anuncios y campañas publicitarias estará proscrita, pero no la reacción *ex post*, para corregir las inconductas.

6. Propuesta normativa

Vista la dispersión y falta de coordinación orgánica de las normas, creemos que es necesario proponer una regulación unitaria y especializada de la publicidad, en la cual se preste atención, entre otras cuestiones, a la problemática que plantea la discriminación por razón de sexo, los sexismos en los medios masivos de comunicación y el abuso del empleo de la imagen de la mujer en tales medios.

Una normativa apropiada debería contener una conceptualización adecuada de lo que debe entenderse por publicidad, a los efectos de tener bien delimitado el hecho social y jurídico que se quiere regular.

Luego deberá contener una clara definición de la publicidad abusiva, incluyendo expresamente la prohibición de la operativización de la discriminación por razón de sexo, la publicidad sexista y la contraria a las pautas de educación social y cambio de parámetros patriarcales, conforme con el mandato expreso de los instrumentos internacionales –CEDAW; igualmente deberá contener la proscripción de toda forma de incitación, tolerancia o mistificación de la violencia de género en todas sus formas.

Se deben prever acciones y sanciones en todo orden: administrativas, civiles y penales. La legitimación debe ser individual y colectiva, tanto de asociaciones de consumidores, de mujeres, como la de los órganos públicos que se designen al efecto –Ministerio Público, Secretaría de la Mujer–. La legitimación colectiva debe incluir los intereses colectivos y difusos, y dentro de éstos la problemática de género debe ser caracterizada como interés transindividual público. La norma debe reflejar estas distinciones.

La competencia debe ser única y uniforme en cuanto a las autoridades de aplicación de la ley, dentro cada ámbito específico –administrativo, civil,

penal–; sin multiplicar, dispersar ni superponer funciones. No obstante ello, se debe facilitar el acceso a la denuncia y a la justicia; a tal efecto se deben prever mecanismos de descentralización de las denuncias, creando estructuras en las autoridades departamentales y municipales, las cuales deberán proceder de oficio ante los órganos centrales competentes. Esto también posibilitará el acceso a la justicia de personas de escasos recursos.

Conclusiones

1. Es preciso definir claramente la conceptualización de la publicidad en el ordenamiento jurídico, a los efectos de precisar el fenómeno que se ha de regular, lo cual ha de servir para esclarecer el ámbito de su aplicación. La mayoría de las legislaciones examinadas, entre ellas la paraguaya, adolecen de esta deficiencia.

2. En el Paraguay –y también en otros países de la región, como Argentina y Uruguay– la normativa referida a la conceptualización y prohibición de la publicidad abusiva es insuficiente y poco enérgica. Nuestra legislación contiene ejemplos mucho más radicales de normas prohibitivas expresas y concretas, referidas a conductas o hábitos que se consideran como socialmente inaceptables; falta aquí la voluntad social o político-legislativa para modificar adecuadamente la norma hacia un marco instrumental más adecuado en orden de prevenir y erradicar la discriminación, las asimetrías y la violencia de género.

3. La publicidad no es neutral desde el punto de vista social, cultural y valorativo; es un fenómeno social que exorbita lo meramente jurídico contractual o de mercado. En el caso particular de las relaciones de género y las cuestiones planteadas por el componente de sexo, esta incidencia adquiere connotaciones de gran envergadura. El reconocimiento de esta realidad ha tomado cuerpo en y desde distintas instituciones. Esta facultad o poder de conformación de lo cultural no es casual, sino que es un fin directamente buscado y perseguido, es decir, no es un efecto colateral meramente incidental en el quehacer publicitario, sino que constituye un objetivo específico del mismo. La discriminación operada a través de los medios y de la publicidad genera, a su vez, otros subproductos que afectan los derechos individuales y cuya permanencia en la sociedad es indeseable, y constituye, por lo tanto, un fenómeno relevante y atinente a lo jurídico en cuanto medio de ordenamiento de las conductas. Uno de los subproductos más indeseables de este problema es la violencia de género

4. El sistema de protección paraguayo contra la publicidad abusiva y las acciones de tutela que permite es deficiente, disperso e incompleto. Una regulación legislativa coherente exige la formulación de una ley unificada respecto de la publicidad, y sus fenómenos asociados directa e indirectamente.

5. Se puede decir que una adecuada regulación de la actividad publicitaria, en orden al efectivo respeto de los derechos fundamentales, individuales y colectivos, es perfectamente congruente con el ordenamiento constitucional.

6. Es necesario proponer una regulación unitaria y especializada de la publicidad, en la cual se preste atención, entre otras cuestiones, a la problemática que plantea la discriminación por razón de sexo, los sexismos en los medios masivos de comunicación y el abuso del empleo de la imagen de la mujer en tales medios.

Bibliografía

Arroyo Vargas, Roxana; las Normas sobre Violencia contra la Mujer y su Aplicación; Universidad Nacional CEM– MUJER, San José, 2002.

Barba, Angelo; La Disciplina Dei Diritti dei Consumatori e degli Utenti; Ed. Jovene Editore; Napoli, 2000.

Berkovitz, Rodrigo/Salas, Javier; Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; Ed. Civitas, Madrid, 1992.

Graziuso, Emilio; la Tutela del Consumatore contro le Clausole Abusive; Ed. Giuffre‘, Milano, 2002.

Facio, Alda; Cuando el Género Suena, Cambios Trae; ILANUD, San José. 1999.

Farina, Juan M.; Defensa del Consumidor y del Usuario; Ed. Astrea, Bs. As. 2004.

Fernández Arroyo, Diego/Moreno Rodríguez, José; Protección de los Consumidores en América; Ed. La Ley, Asunción, 2007.

ILANUD UNIFEM; Caminando hacia la Igualdad Real, Manual en Módulos, San José, 1997

Lanni, Sabrina; America Latina e Tutela del Consumatore; Ed. Giuffre‘, Milano, 2005.

De León Arce, Alicia; Derechos de los Consumidores y Usuarios; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Lorenzetti, Ricardo Luis/Schötz, Gustavo Juan (Coordinadores); Defensa del Consumidor, Ed. Ábaco, Depalma, Bs. As., 2003.

Massaguer, José; Comentario a la Ley de Competencia Desleal; Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Rinessi, Antonio Juan; Relación de Consumo y Derechos del Consumidor; Ed. Astrea, Bs. As., 2006.

Ruffolo, Ugo; La Tutela Individuale e Collettiva del Consumatore, Ed. Giuffre‘, Milano, 1986.

Stiglitz, Gabriel (Director); Defensa de los Consumidores de Productos y Servicios; Ed. La Roca, Bs. As., 2001.

Sciancalepore, Giovanni/Stanzione, Pascuale; Prassi Contractuali e Tutela del Consumatore, Ed. Giuffre‘, Milano, 2004.

Legislación y Compilaciones:

Derechos Humanos en el Paraguay, Coordinadora de Derechos Humanos en el Paraguay, Asunción 2005.

Informe Sombra CEDAW; CLADEM CMP CDE; Asunción, 2005.

Legislación de Consumo, Ed. Tecnos, Madrid, 2007.

Normas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos; Coordinadora de Derechos Humanos en el Paraguay, Asunción 2002.

LAS BANDERAS DE CONVENIENCIA (FOC´S) EN LOS BUQUES

Por Santiago Adán Brizuela Servín (*)

I. Introducción

La Convención de Ginebra (Suiza) sobre Alta Mar de 1958 proscribió que un buque pueda tener dos nacionalidades y otorgó a los Estados el derecho de registrar buques, es decir, de otorgarles su bandera, con la salvedad de que entre el buque y su pabellón debía existir un vínculo genuino, del mismo modo que el Estado del pabellón ejercerá el derecho de autoridad o de policía sobre sus buques (jurisdicción y control), en los aspectos administrativos técnicos y sociales (Art 5 y concordantes).

La precisa afirmación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay (Jamaica – 1982), que indica que "los buques poseerán la nacionalidad del estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar "(Art. 91) y que "los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado" (Art. 92), posibilitando la existencia de una "relación auténtica entre el Estado y el buque". Dicha Convención mantiene los mismos principios que la Convención sobre Alta Mar de Ginebra (Suiza) de 1958.

Manuel Ossorio, en su "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" (23ª. Edic, 1996, pág. 119) expresa que: "jurídicamente, la Bandera tiene interés no solo dentro del orden nacional, hasta el punto que la agresión a ella, de palabra u obra, puede constituir delito, sino también en el orden internacional, por el respeto que la enseña de cada país debe merecer a todos los demás".

(*) Contralmirante Retirado, Director de Asistencia Legal para personas de escasos recursos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - UNA. Profesor Asistente de la Cátedra de Derecho Marítimo (Filial Quiindy).

"Lo difícil es determinar si el buque sospechoso carece de nacionalidad, o si en realidad posee nacionalidad diferente de la bandera que iza o la declarada por su tripulación. Esta averiguación suele llevar mucho tiempo, pues depende del curso de mensajes entre el Departamento de Estado y el país extranjero que alega el buque sospechoso. Entretanto, éste debe mantenerse bajo vigilancia. Si el supuesto "Estado de Bandera" refuta la nacionalidad declarada por el buque sospechoso, este puede considerarse carente de nacionalidad (o sea, apátrida) y de los derechos de que gozan los buques que actúan de buena fe…" (Burdick H. Brittin – "Derecho Internacional para Oficiales en el mar", Anápolis, EE.UU. de América, 1991, pág. 183).

Ante el auge del uso de las llamadas "Banderas de Conveniencia"; a las que internacionalmente se las reconoce con la sigla "FOC´S, que es la abreviatura de la expresión inglesa "Flag of Convenience Ships"; podemos imaginarnos una situación patética, pero que coincide con situaciones reales que ocurren cotidianamente en varios puertos de Latinoamérica y aun en la República del Paraguay. Un marino, domiciliado en el lugar, se dirige a su trabajo a bordo de un buque remolcador u otro que efectúa navegación de cabotaje en aguas jurisdiccionales. Fue contratado en ese puerto; el buque transporta carga nacional; el armador también es nacional y se domicilia en el mismo lugar. El tripulante nunca ha salido a navegar hacia otro país, ni siquiera en zona de aguas internacionales; no obstante, cuando atraviesa la planchada queda sometido a una legislación laboral extranjera, de un país lejano que no conoce, del otro lado del Atlántico, quizás Liberia, quizá Panamá, Belize o Vanuatu, que está operando con su pabellón, con la "Bandera de Conveniencia" (FOC´S), para beneficio de algunos capitalistas, de algunos armadores en quienes el "*animus lucrandi*" es superlativo, pero en detrimento de la tripulación embarcada en estas naves; por añadidura, cuando el mismo lee su contrato de ajuste, se da cuenta que una de las cláusulas expresa que en caso de conflicto debe concurrir a los tribunales de aquel país para buscar justicia. El mero sentido común nos dice que nos encontramos, entonces, ante una situación irregular. El razonamiento jurídico nos señala que estamos ante una situación de fraude laboral marítimo.

II. Desarrollo

A. Las Banderas de Conveniencia (FOC´S) – Caracteres – Reglas de Rochdale

Se denominan pabellones o "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) a aquellos enarbolados por buques civiles cuya relación o "lazo auténtico" en-

tre el naviero y los Estados del cual se enarbolan sus banderas, es accidental. Estos Estados ofrecen un sistema de registro cuyos controles son mínimos, a la vez que importantes ventajas económicas que no encuentran en su propio país.

En otros idiomas se las llama: "Flags of Convenience Ships" (FOC´S; en inglés); "Pavillons de Complaisense" ("de complacencia" o "de necesidad", en francés); "Billigen Flaggen" (banderas baratas en alemán); "Bandera – Ombra" (en italiano). Más elegantemente se habla de "Flotas de Libre Matrícula" o "Registros Abiertos". También se les llamó después de la Segunda Guerra Mundial como "Banderas de Refugio", asimismo se las denominó "Banderas Piratas".

El fenómeno de las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) cobró definitivo desarrollo durante y a partir de la Segunda Guerra Mundial. Los armadores norteamericanos, para eludir la "Ley de Neutralidad de EE.UU." que prohibía utilizar naves de esa nacionalidad para fines bélicos, transporte de insumos con destino a países beligerantes, adoptaron para sus buques la "nacionalidad" dada por el pabellón de Panamá, Liberia, Honduras, etc. Los armadores griegos también siguieron idéntica actitud con sus buques en la postguerra: pero pronto se vio que el elenco de barcos de estos países, llamados la "Flota del PANLIBHON" (palabra formada con las primeras sílabas de Panamá, Liberia y Honduras), estaba ya incrementada con buques originalmente de Noruega y otros. Así fue posible que navíos construidos durante la Segunda Guerra Mundial, concebidos para transportes bélicos ("Liberty", "Fort", "Park", "T-2", etc.), no eran eficientes para el transporte comercial nato, salvo que los "paraísos fiscales" de los países cuyas banderas enarbolaban se conformaran con el cobro del canon de inscripción y mantenimiento, fáciles de obtener; y estos países concedían su pabellón a través de sus Consulados, en las metrópolis navieras, sin mayores exigencias.

La falta de exigencias en materia impositiva, de cumplimiento de normas de seguridad costosas y de protección laboral y previsional a los trabajadores que tripulaban estos buques, también agregó un argumento rotundo para permanecer en las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) a los barcos, después de acabar los peligros bélicos.

Con este fenómeno anómalo, aquellos Estados y armadores deciden matricular sus buques o embanderarlos con las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), porque atento a las leyes de esos Estados, de escasa o nula tradición fluvio-marítima, que ofrecen a quienes matriculan sus barcos en ellos, fran-

quicias y condiciones ventajosas que no brindan las demás banderas; esa nacionalidad les reporta ciertos beneficios generalmente de orden fiscal (bajos tributos), administrativos (mínimos servicios de control administrativo y técnico) o laboral (desprotección del trabajador marítimo, ausencia de sindicalismo organizado, libertad absoluta en la relación de los contratos de ajuste); figuran en las estadísticas con un tonelaje ficticio, sin guardar una relación auténtica entre el Estado del pabellón enarbolado y los propietarios o armadores de los barcos en cuestión.

Las empresas armadoras buscan las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) a fin de reducir costos operativos y evitar regulaciones estrictas en cuanto a seguridad o tasas fiscales que de otra manera se verían obligadas a cumplir con el adicional de desembolsos.

Muchos Estados exigen a las empresas que pretenden ejercer el cabotaje, esto es, el transporte entre dos puertos de un mismo país, que los buques afectados a este tráfico enarbolen pabellón nacional, evitando así la trampa que supondría el uso de la "Bandera de Conveniencia" (FOC´S). Conviene no confundir pabellones de conveniencia con segundos registros nacionales.

Un país con "Bandera de Conveniencia" (FOC´S) es aquel que permite a los barcos pesqueros operar bajo su bandera sin tener la intención de asegurarse de que cumplen las regulaciones esenciales (a pesar de las provisiones de la Ley del Mar acerca de la responsabilidad de los gobiernos que abanderan barcos). Estas banderas son usadas por los propietarios de los barcos pesqueros y las compañías para ignorar la legislación referente a conservación y gestión de los stocks pesqueros, así como los estándares de seguridad y trabajo.

Aunque algunos de los países con "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) son miembros, firmantes, o participantes, en relevantes organizaciones o acuerdos pesqueros regionales (por ejemplo Guinea Ecuatorial en ICCAT), fallan claramente a la hora de tomar responsabilidades que aseguren que los barcos abanderados bajo su pabellón cumplen todas las leyes y regulaciones.

Las empresas que usan "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) tienen, en ocasiones, su base en países que son miembros de importantes organizaciones pesqueras nacionales e internacionales (siendo España uno de los ejemplos más claros).

Las llamadas “Reglas de Rochdale”, basadas en el informe de este estudioso inglés, para la “Lloyd”s Registrer of Shipping” de Londres (Gran Bretaña), la plaza aseguradora por excelencia, incluyen entre otras connotaciones, las siguientes:

a) Existe un libre, fácil acceso y egreso del registro de Matrícula. Suele ser un trámite rápido y “aceitado” ante cualquier Consulado del “país de Conveniencia”, próximo al interesado empresario.

b) El costo de matriculación es bajo, así como el canon que se paga periódicamente, pero los impuestos vinculados al rédito de la empresa naviera, o son bajísimos o inexistentes. Constituyen verdaderos “paraísos fiscales”.

c) Se permite a los “no residentes en el País de Bandera, poseer buques matriculados.

d) Hay libertad para contratar a su antojo por la armadora, tripulación de otras nacionalidades, distintas a la de la “bandera”, incluso al capitán y Oficialidad.

e) El buque navega fuera del tráfico natural del país que otorga la bandera. El país que brinda la misma, estrictamente, no necesita de esa importante flota. Los buques, generalmente efectúan tráficos de tercera bandera (“cross trade”) y es lo más probable que jamás toquen o fondeen en las aguas y puertos del país.

f) Suele existir un régimen permisivo, cuando no la absoluta ausencia de control y jurisdicción real del “País de Conveniencia”, sobre las condiciones de seguridad y laborales, con que el buque opera. Ello preocupa a la Organización Marítima Internacional (OMI), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), etc.

Esto es gravísimo y real. Se paga por la “ausencia de poder” y “molestias”, lo cual se parece a una virtual “complicidad”. Así, funcionalmente, se define a las “Banderas de Conveniencia” (FOC´S), como la de cualquier país que permite el registro de un buque cuya propiedad beneficiaría, o su control pueda pertenecer a extranjeros bajo condiciones que, por cualquier razón, sean convenientes y oportunas para las personas que registran dicho buque.

Los “Pabellones de Conveniencia” o “Banderas de Conveniencia” (FOC´S) más habituales en la actualidad: Antigua y Barbuda; Belize, Islas Cayman; Antillas Holandesas; San Vicente; Panamá; Honduras; Bahamas; Costa Rica (Centroamérica y Antillas - Mar Caribe); Bermudas (Océano Atlántico); Islas Cook (Polinesia – Oceanía); Islas Marshall (Oceanía); Liberia; Guinea Ecuatorial (África Occidental); Malta; Chipre (Europa - Mar Medite-

rráneo); Gibraltar (Océano Atlántico / Mar Mediterráneo); Líbano (Asia Occidental); Omán (Emirato – Asia Occidental); Islas Kerguelen (Océano Índico Austral) Mauricio (África Oriental – Océano Índico); Sri Lanka (Asia – Océano Índico - Sudeste de India); Tuvalu (Noreste de Australia – Océano Pacífico); Vanuatu (Este de Australia – Océano Pacífico); Bolivia (País Mediterráneo - Sudamérica); entre otras.

B. La nacionalidad de los barcos vs. las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S):

La nacionalidad de los buques constituye un atributo que tiene la nave, como si se tratare de una persona. Así lo ha resuelto primero la costumbre y luego el derecho escrito. La ventaja que implica otorgar la nacionalidad al buque se comprende a partir de la necesidad de dotar a esa comunidad flotante de un status jurídico, sobre todo cuando el buque navega en aguas ajenas al país de bandera (sean aguas jurisdiccionales de otro país o en el mar libre). Podría imaginarse que el buque lleva un paraguas que lo cubre, que no es otro que el orden jurídico del país cuyo pabellón enarbola.

La salvedad que entre el buque y su pabellón debe existir un vínculo genuino, establecida por la Convención de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 significa aquella relación que existe entre la nacionalidad del buque, la propiedad efectiva o la titularidad del mismo y la nacionalidad del Capitán y tripulantes. Se relaciona con el interés público que existe en la Marina Mercante, toda vez que la misma coadyuva al comercio exterior y a la seguridad nacional. Por esa razón es que los Estados han reservado en sus legislaciones el derecho de autorizar tanto el ingreso como la eliminación de la matrícula, siempre que no se afecten los intereses públicos.

De este modo, los países tradicionalmente marítimos, han dado su bandera a buques pertenecientes a nacionales del mismo o a sociedades, controladas por ellos y constituidas conforme con su legislación. El Capitán y los tripulantes regularmente tienen la nacionalidad del pabellón. Este procedimiento difiere del que exhiben los denominados "Registros Abiertos", que operan las denominadas "Banderas de Conveniencia" (FOC´S). Estos países permiten que las naves que registran lleven tripulaciones extranjeras; carecen de posibilidad para ejercer cualquier contralor sobre la actividad del buque, sobre su estado de conservación; en definitiva, sobre los aspectos inherentes a la seguridad. Los aspectos laborales y sociales han sido permanentemente cuestionados en los organismos internacionales que dan cuenta de las trasgre-

siones registradas generalmente a bordo de los buques que enarbolan las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S).

Consecuentemente, las ventajas económicas que obtienen los armadores se contraponen a la pérdida que representa para un país la transferencia de un buque de su propia bandera a esos registros: a) perjuicio económico para su balanza de pagos; b) mayor probabilidad de siniestros; c) mengua para los intereses de la carga y por ende del comercio exterior; d) desplazamiento de las tripulaciones nacionales, que se ven reemplazadas por extranjeros provenientes de países subdesarrollados dispuestos a aceptar condiciones laborales y sociales por debajo del nivel reconocido en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para la Gente de Mar, toda vez que no acepten trabajar por las mismas condiciones, renunciando obviamente a la legislación de su propio país.

Estos pabellones o "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) ejercen una competencia desleal contra aquellos armadores que registran sus buques en registros normales, que cumplen con las prescripciones internacionales y que, por tanto tienen costos de explotación mayores.

El derecho de otorgar o no el pabellón de un buque pertenece enteramente al Estado requerido. En este aspecto, el ingreso de un buque a un determinado registro implica el sometimiento a su orden jurídico interno, del mismo modo que a las vicisitudes que se produzcan en el mismo (cambio de normas, derogaciones e incorporación de nuevas disposiciones, etc.). También las regulaciones internas determinan las condiciones sobre el "cese de bandera".

Todo lo expuesto debe ser evaluado a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay (Jamaica – 1982), que indica que "los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar "(Art. 91) y que "los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado" (Art. 92), posibilitando la existencia de una "relación auténtica entre el Estado y el buque", concordante con los mismos principios que la Convención sobre Alta Mar de Ginebra (Suiza) de 1958.

C. La probable configuración de un fraude laboral marítimo:

Teniendo presentes las ventajas vinculadas con la maximización del lucro, en detrimento de otros aspectos, que posibilitan las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), se ha permitido en algunos países, como en el caso de la

República Argentina, autorizar a los armadores nacionales a solicitar el cese de bandera nacional, para enarbolar un pabellón a su elección, con el argumento de que puedan de esta manera competir en el mercado internacional de fletes. Lo expuesto es una forma elíptica de decir que se pueden matricular fácilmente en los denominados "registros abiertos".

De esta manera, los buques pasan a enarbolar en su propio país las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), a fin de aprovecharse de sus beneficios, en desmedro de los derechos de la tripulación, utilizando generalmente, en forma simulada la figura de un presunto operador, quien aparece como contratante o empleador del tripulante. Entonces, a pesar de seguir siendo la empresa la propietaria real del buque y armadora, con domicilio en su país, pretende fraudulentamente aplicar a la relación laboral la ley de otro país, que por supuesto, no controla tal relación.

La Ley Nº 213/93 "Código Laboral de la República del Paraguay dispone en el Art. 41 "De las Cláusulas con condiciones injustas" que "se considerará como nula toda cláusula del contrato en la que una de las partes abuse de la necesidad o inexperiencia del otro contratante, para imponerle condiciones injustas o no equitativas"; dicha disposición concuerda con os Art. 3º, 5º y otros del mismo cuerpo legal, por lo que la contratación de connacionales, en el territorio nacional, bajo regímenes menos tuitivos, como ocurre con las contrataciones como tripulantes de los barcos de las denominadas "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), pasaría a constituirse en una suerte de fraude laboral. A su vez, la doctrina en este aspecto ha expresado que ello "se trata de simulación (apariencia de un acto distinto al real) o de fraude (entendido como la infracción directa de la ley o en otro sentido más riguroso como la elección de caminos desviados para lograr el incumplimiento a la ley laboral).

La Jurisprudencia internacional, antes de darse el fenómeno masivo de cambio de bandera, ha reconocido la configuración del fraude en el caso de trabajadores marítimos embarcados en buques que enarbolan pabellones o "Banderas de Conveniencia" (FOC´S). Se ha sostenido que: "El fraude también se manifiesta por el intento de trasladar una relación del plano nacional al plano de otro país con ordenamiento jurídico distinto". En el caso particular del personal embarcado paraguayo, aun si se emplean "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), se deben considerar las disposiciones del propio Código de Comercio, aún vigente en su Libro Tercero (Art. 856 a 1378), así como los de la Ley Nº 928/27 "Reglamento de Capitanías", la Ley Nº 476/57 "Código de Navegación Fluvial y Marítima", así como las actuales disposiciones de la

Ley Nº 269/93 "Que aprueba el Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay – Paraná y sus seis Protocolos Adicionales"; la contratación de tripulantes se determina por la ley del Estado que otorga la bandera. Como la obtención de dichas banderas tiene por finalidad eludir el cumplimiento de ciertas normas, entre otras, las laborales, si no existen motivos reales para que el buque obtuviese nacionalidad extranjera, se considera como si se tratara de un trabajo ejecutado en nuestro país

Por lo tanto, el acogimiento a una "Bandera de Conveniencia" (FOC´S) por parte de los armadores locales, la suscripción de contratos de ajuste cuyo marco regulatorio es la ley extranjera del país del pabellón que han elegido y la referencia que se establecen en tales contratos a la aplicabilidad de las normas y competencia de las autoridades del país extranjero, es efectuado con clara simulación del acto verdadero y fraude a la ley laboral, en razón de las siguientes circunstancias: a) Por ser la empleadora la propietaria real y la armadora de los citados buques; b) Por ser el país generalmente el lugar de la ejecución del contrato; c) Por ser los puertos del país los lugares de contratación, embarco y desembarco de tripulantes; d) Por ser el tripulante y la empresa, nacionales, domiciliados en el propio país.

Como puede observarse, todos los extremos atinentes a la contratación, ejecución del contrato y su extinción y las condiciones personales del empleado y empleador, son absolutamente vinculados al territorio nacional y a pesar de ello, se le aplica a tal relación laboral una legislación extranjera (foránea).

D. El abuso del Derecho

"*Iuris error nulli prodest*" (A nadie le aprovecha el error de derecho).

"*Ius est ars boni et aequi*" (El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo).

"Abuso del derecho: Ejercicio del mismo más en perjuicio ajeno que en provecho propio. El empleo antisocial de alguna facultad jurídica. Acción u omisión jurídica, positivamente protegida, que lesiona un legítimo interés, desprovisto de correlativa o concreta defensa… Ya en la formulación contemporánea y al decir de Saleilles, el ejercicio anormal de un derecho, el ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo… El derecho cesa donde el abuso comienza… Abusus: Voz latina que hace referencia al derecho que tenían los propietarios de abusar de la cosa que les

pertenecía, hasta el punto de poder destruirla… (Osorio Manuel – "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 23ª. Edic. – Págs. 29/30).

Al amparo de las disposiciones de las legislaciones internas de la mayoría de los países que disponen que el contrato de ajuste se rige por la ley de la nacionalidad del buque (ley del pabellón).

En el caso de las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) se efectúa un ejercicio disfuncional de dicho derecho, desnaturalizándose la función para el que fue creado, que no es precisamente para desviar la aplicación de normas de protección social para abaratar costos.

En este aspecto, tanto la ley como la doctrina sostienen que el ejercicio disfuncional de los derechos está prohibido. "Mucho se ha dicho acerca de la naturaleza jurídica de este instituto y la terminología que se utiliza no es uniforme. No obstante, es menester precisar que al hablar de "abuso" se alude al ejercicio antifuncional de un derecho, es decir, aquel que desnaturaliza la función para el que debe servir ese derecho o que desvía la finalidad que con él se debe perseguir, contrariando así la buena fe, la moral, o la propia ley que lo reconoce. Entendido así el "abuso del derecho presenta dos virtualidades: 1) Por un lado, constituye una causa perentoria para negar al titular del derecho mal usado la protección del ordenamiento jurídico; 2) Por otro, constituye una fuente de responsabilidad que obliga a la reparación del daño que puede causar. Esto demuestra la relatividad de los derechos, pues si bien la ley ampara el ejercicio regular que se haga de ellos, prohíbe el "ejercicio antifuncional" que los desnaturaliza.

Lo expresado anteriormente constituye un aspecto más que define claramente el problema y está directamente vinculado con la figura del "fraude laboral".

E. El impacto regional negativo

Ante una integración económica en mercados laborales desiguales, con niveles considerables de desempleo o sobre demandas del mismo, se producen importantes desequilibrios, cuya solución es la inercia o tendencia a "uniformar hacia abajo", las condiciones de contratación o en su caso, las normas mínimas de protección laboral.

El reemplazo de la bandera nacional por los pabellones o "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), arroja como resultante, uniformar la legislación la-

boral en un común denominador, que está por debajo de la legislación nacional e internacional (Convenios de la OIT), debido a la aplicación a ese contrato de ajuste del derecho del pabellón, que por añadidura ese país no controla, produciéndose una inobservancia total de las normas de protección.

En consecuencia, a través del acogimiento masivo y deliberado de tales banderas, se genera la multiplicación de desajustes en cadena, que implican que las reglas del mercado privan sobre los intereses sociales, no solo nacionales, sino regionales, violentando de esta manera, las posibilidades de futuras y esperadas armonizaciones legislativas en este aspecto. Constituyendo, en consecuencia, una antítesis o, si se quiere, el embrión de la desintegración, por lo menos en el ámbito de la legislación laboral marítima, cuya armonía no va a estar dada por la síntesis media de la legislación de los países integrados, sino por la tendencia a uniformar, en los hechos, condiciones de contratación deprimidas.

Valga destacar el caso de la Hidrovía Paraguay – Paraná, o el denominado MERCOSUR, en los cuales, será difícil que los armadores acepten el marco de una legislación que se proyecte para la región, atento a que las reglas del mercado en tal contexto de permisibilidad los lleva directamente a optar por el expediente más cómodo y rentable de los pabellones o "Banderas de Conveniencia" (FOC´S); esto se ve amenazado por el agravante de que en la información internacional actual se menciona a uno de los integrantes del "Acuerdo de la Hidrovía Paraguay – Paraná", la República de Bolivia como país otorgante de su pabellón como "Bandera de Conveniencia"; ello no deja de ser un peligro potencial para la flota mercante de toda la región y particularmente de la República del Paraguay, hoy por hoy el país que cuenta con la mayor cantidad de bodegas de la Hidrovía y que tiene previstas las normas de la protección de su pabellón, siendo por tanto adverso al establecimiento y empleo de las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), en tanto en el espectro marítimo mundial como en el ámbito fluvio – marítimo al cual pertenece nuestra patria.

Por lo expresado, que la inserción y aceptación en la región de las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) constituirán un fuerte impulso a la desarmonización regional de la legislación laboral marítima, posibilitando la aplicación de una legislación extranjera heterogénea y extrarregional, que representa una verdadera involución en el progreso jurídico y social, implicando ello un claro caso de fraude laboral en el contrato de ajuste.

III. Conclusiones

El problema que en el mundo fluvio-marítimo actual se planteó con la existencia de estas "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), se ha enraizado y desarrollado a nivel mundial, siendo discutido, criticado, y hasta justificado por representantes de los puros intereses económicos de las empresas armadoras, beneficiadas por los bajos costos que implica mantener las naves de diversos portes, en estas condiciones, campeando nítidamente el "*animus lucrandi*" frente a los intereses sociales o los mismos derechos humanos.

El incremento de las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), más allá de la anomalía jurídica que plantea y del retroceso en las condiciones de seguridad y de mínimas garantías laborales a las tripulaciones de estos barcos, plantea la dificultad extrema, si no la imposibilidad de los países en desarrollo de tener y mantener flotas fluvio-marítimas que sirvan a su comercio exterior. La participación seria de los países, sobre todo en Latinoamérica, que quisieran incrementar su poder de decisión en sus transportes fluvio-marítimos, se ven negativamente afectados por todo este fenómeno al provocarse la "fuga de bandera", de sus incipientes registros, por la desleal competencia que las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) plantean.

Es manifiesta la "incompetencia" o "falta de idoneidad" de las tripulaciones de estas naves, salvo excepciones son reclutados en base a la extrema necesidad económica que plantea el hambre en ciertos países, formándose las "tripulaciones de conveniencia", y ello incide en conjunto a que los buques de estas banderas figuren al tope de los índices de siniestralidad.

La anomalía de las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) ha pasado a convertirse en un problema de proporciones insoslayables para el Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación por Agua, ante el cual, no puede permanecer indiferente; considerando que el resultado de las ventajas que, al margen del recto sentido jurídico de las instituciones, ofrece una realidad socioeconómica, mundial, apátida e ineludible.

Como puede observarse, se han estado institucionalizando prácticas antijurídicas que ameritan la nulidad por parte de los Tribunales, de las cláusulas de los contratos de ajuste celebrados de ese modo, debiéndose aplicar por ende, la legislación local más favorable y desplazar de esta manera a la "Ley del Pabellón" que amerita la correspondiente a las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S), por fraude laboral marítimo y por abuso del derecho.

Dicho fraude laboral marítimo implica una involución en los derechos sociales, afectando los derechos humanos y hasta la propia legislación internacional, como los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y el Pacto de San José de Costa Rica.

La reacción para atenuar los efectos del incremento de las "Banderas de Conveniencia" (FOC´S) se está operando paulatinamente en los organismos internacionales, en los sindicatos marítimos, y curiosa, pero más eficazmente, en el sector asegurador marítimo mundial, alarmado por la alta siniestralidad emergente.

El tema implica una cuestión actual y vigente, que atenta directamente contra la evolución y desarrollo del Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación por Agua, como disciplina autónoma de las Ciencias Jurídicas, al servicio de la Humanidad.

IV. Bibliografía

1) Gigena Edgar Ramón. *Fraude Laboral Marítimo*. Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Buenos Aires, Rca. Argentina, 2001.

2) Romero Basaldúa, Luis C. *Derecho Marítimo*, Córdoba, Rca. Argentina, 1996

3) Bracho Palma, Jairo A. *La defensa marítima en la Capitanía General de Venezuela*. Caracas, Venezuela, 2005.

4) Brizuela Servín, Santiago A. *Hidrovía Paraguay, Paraná: Aspectos Legales de la Navegación* (Tesis Doctoral). Asunción, Paraguay, 2004.

5) Brittin, Burdick H. *Derecho Internacional para oficiales en el mar*, Annapolis, EE.UU. de América, 1991.

6) Osorio Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 23ª. Edic. – Buenos Aires, Rca. Argentina, 1996.

7) *Diccionario Etimológico y de Sinónimos "Intelecto"*. Buenos Aires, Argentina, 1988.

NECESIDAD DE CAMBIOS EN LA POLÍTICA EXTERIOR PARAGUAYA, EN EL ORDEN DE LA SEGURIDAD Y LA DEFENSA NACIONAL (*)

Por Carlos Marcial Russo Cantero (**)

Introducción

Esta introducción tiene la intención de provocar, no solo interrogantes desencadenadoras de una genuina motivación, sino sobre todo busca inducir al lector a vivenciar un proceso de investigación basada en teorías seleccionadas que se integran al marco teórico y una adecuada aplicación de la metodología de la investigación científica.

Los cambios siempre traen progreso y también conflictos por las acciones emergentes de las nuevas Instituciones de Seguridad y Defensa, nacidas como repuestas a las necesidades actuales de un mundo globalizado. En este orden puntualiza George Lodge, eminente Profesor de la Universidad de Harvard, "Que el Estado debe orientarse hacia la urgente y perentoria necesidad de lograr una administración de la globalización en la era de las interdependencias''. En este mismo sentido se pronuncia Thomas Khun en su obra "La estructura de las Revoluciones Científicas". Esta progresista orientación supone abordar la problemática de la complejidad o de los cambios estructurales, no desde estatutos uniformes y estáticos, sino desde una interdisciplinariedad dinámica que ayude al tránsito, desde una visión reduccionista de las ciencias convencionales, hacia una nueva perspectiva integradora de las cien-

(*)Síntesis de un trabajo de investigación.

(**) Doctor en Ciencias Jurídicas y en Ciencias Políticas. Prof. Adjunto de Derecho de la Integración. Árbitro Ac.Hoc. del Mercosur por la República del Paraguay y Coordinador Nacional del Comité Científico de la AUGM, en el Área Integración.

cias de la convivencia. Esta innovación planteada en nuestro estudio, conducirá a un equilibrio y racionalización de la Misión de los Sistemas de Seguridad y Defensa, que se fortalecerán con la integración del sistema Estatal al Supranacional, en base a una nueva epistemología en el contexto de las ciencias.

1. Conceptualización de los términos: política exterior, seguridad y defensa nacional

1.1. Política exterior

Llamamos Política Exterior a una Selección de Intereses Nacionales, ordenados de tal forma, como para constituir un todo lógicamente coherente, que luego se pone en práctica en base a una matriz de proyecto estratégico.

Analíticamente se compone de tres fases: La concepción, su contenido y su implementación. Oswal Spengler afirma que la Política Interna de un país. Debe estar siempre subordinada a la Política Exterior y que los objetivos de la Política Exterior deben estar siempre definidos en términos de intereses nacionales y respaldado por el Poder Nacional (P.N.).

También el Teórico Neorrealista Henry Kissinger afirma que la prueba del Estadista está en su capacidad para realizar un balance de Poder de las fuerzas contrapuestas y aprovechar ese resultado a favor de sus intereses.

También debemos saber que la política exterior de cualquier país se sustenta normalmente en las siguientes disciplinas científicas:

— Las Relaciones Internacionales;
— El Derecho Internacional Público;
— El Derecho de la Integración;
— La Geopolítica;
— La Tecno Política (Basada en la Teoría de Sistemas).

1.2. Seguridad nacional

Es el grado de garantía que el Gobierno de un Estado puede brindar a la nación que jurisdicciona, mediante la aplicación de medidas o acciones políticas, económicas psico-sociales, militares o policiales. A fin de salvaguardar los objetivos nacionales, actuales y permanentes, a pesar de los antagonismos internos y externos existentes o posibles.

1.3. Defensa nacional

La Defensa Nacional se implementa mediante la aplicación de un conjunto de medidas que pueden ser de orden Político, Económico, Social, Cultural, o Militar. Con el fin de lograr un ambiente de seguridad, que permita disuadir o neutralizar las interferencias que desde el Exterior pueden alzarse contra el Estado.

2. Diseño de la investigación

2.1. Objetivos

Realizar procesos de reflexión, crítica y construcción epistemológica de cambios en el sistema de Defensa y Seguridad Nacional, debido a una nueva forma de convivencia Internacional, donde los escenarios de Seguridad y Defensa se han ampliado y especializado, tanto estructural como funcionalmente, por la presión emergente de los nuevos delitos supranacionales, en el marco de los nuevos paradigmas organizacionales.

2.2. Hipótesis

En la tarea de formular una hipótesis de trabajo, analizamos la siguiente pregunta entre otras:

"¿En qué medida la Política Exterior Paraguaya, puede acompañar los cambios producidos en el orden de la Seguridad y la Defensa, en el micro-mundo de la integración MERCOSUR y en el macro-mundo de la globalización?"

Esta pregunta nos permitió Seleccionar la siguiente hipótesis de trabajo, que dice:

"*Los cambios actuales en el Sistema Político Regional y Mundial, inciden en la Política Exterior Paraguaya, en el orden de la Seguridad y la Defensa Nacional*".

Con la identificación de la Hipótesis, ya contamos con el instrumento idóneo para abordar una investigación científica, siempre en el marco de las Teorías seleccionadas, que se integran al marco teórico:

2.3. Marco teórico

Teoría de Sistemas: Propiciada por Bertalanffi, Maturama y Varela. La misma incorpora en la metodología tradicional a la nueva Visión Sistémica que es un formidable instrumento para abordar cuestiones de alto grado de complejidad e interdependencia.

Teoría de la Integración: Tiene su génesis en el Principio de la Extraterritorialidad de la Ley sostenida por Savigny. Este gran maestro ya puntualizó en su tiempo. Que a cada relación jurídica debe corresponder, el derecho más adecuado a su propia naturaleza y ese derecho debe regular siempre y en todas partes, esa misma relación jurídica. Este principio revolucionó el campo del Derecho Internacional Privado y se constituyó en la génesis del Derecho de la Integración.

Teoría del Desarrollo Integral de Mario Bunge: Ella afirma que toda sociedad humana funciona en 4 sub-sistemas: El Biológico, El Económico, El Cultural y el Político. Estos sub-sistemas deben actuar interactivamente, complementándose el uno con el otro. El privilegiar a uno de los sub-sistemas en perjuicio del otro, producirá sociedades desequilibradas y sub-desarrolladas.

Teoría del Impacto: Estudia los cambios de sistemas y los cambios en el sistema. (Pueden ser en el Orden Político, Económico o de Seguridad). A toda acción producida en el interior del sistema o fuera de la misma, que produzca cambios en el orden Internacional, lo llamaremos **Impacto** en los términos de Kaplán. Este impacto puede ser modificante o transformante del orden Internacional vigente, en ese momento histórico de su emergencia.

2.4. Método utilizado

Hacemos converger: El estudio comparado, la descripción y la interacción dinámica de informaciones calificadas, con el propósito de propiciar abordamientos transdisciplinarios con el enfoque sistémico, en el contexto del proceso científico de la Historia.

2.5. Alcance

Este estudio tiene un alcance multidimensional y transdisciplinario, tanto en el orden nacional, como regional y mundial.

3. Estudio del contenido en el orden nacional

Para verificar nuestra Hipótesis en el orden nacional, abordaremos la Política Exterior Paraguaya, desde la dimensión de la Seguridad y la Defensa, a partir del Gobierno del Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia hasta el Gobierno del Ing. Juan Carlos Wasmosy. Asimismo, nos referiremos a la necesidad de ajustes en el rol constitucional de las FF.AA., en relación a su perfil de misión.

3.1. Dr. José G. Rodríguez de Francia

Francia buscó la consolidación de la independencia del Paraguay y en cumplimiento de ese objetivo aisló al país del hostil entorno del Río de la Plata. Gobernó desde 1814 a 1840.

3.2. Carlos Antonio López

Abandonó la Política Exterior aislacionista del Dr. Francia y procuró por todos los medios la consolidación de la Independencia del Paraguay y la solución de los problemas de Límites pendientes con la Argentina y el Brasil – Gobernó desde 1840 a 1862.

3.3. Francisco Solano López

Basó su Política Exterior en la búsqueda de un equilibrio de Poder en el Río de la Plata y en cumplimiento de ese objetivo, se alió con el Uruguay, con el objetivo de formar una tercera fuerza para contrarrestar las pretensiones Argentinas y Brasileras.

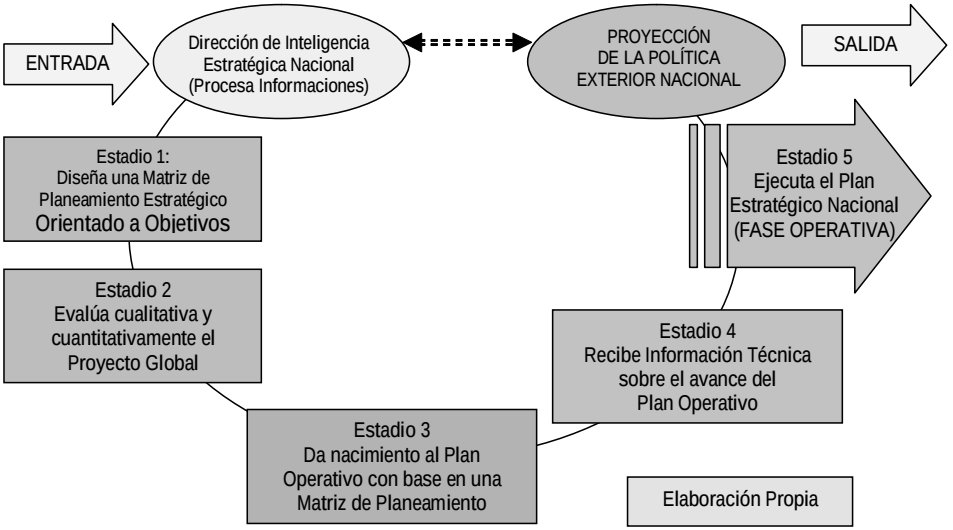
A nuestro criterio, el Mariscal López cometió dos errores:

1º. Al proclamar en forma extemporánea el principal objetivo de su Política Exterior. La proclamación lo realizó el 16 de septiembre de 1863 un año después de haber asumido la presidencia de la República del Paraguay.

2º. Asimismo, su Política exterior al parecer, no se basó en un estudio estratégico previo. Como se verá en gráfico pertinente. Gobernó desde 1862 a 1870.

La fundamentación de esta valoración se justifica con el Diagrama del Proceso de Construcción con base en el diseño de evaluación siguiente:

Proceso de construcción de la Política Exterior



Matriz del planeamiento estratégico

Aplicada a la Política Exterior del Mcal. Francisco. S. López:

Objetivo Superior	Buscar el equilibrio de poder en el Río de la Plata-
Objetivo del Proyecto Estratégico	Contrapesar la influencia de Argentina y Brasil.
¿Qué resultado se quiere lograr con el proyecto?	Una alianza firme y permanente con el Uruguay.
¿Cómo se alcanzarían los resultados del proyecto?	Garantizando militarmente la seguridad del Uruguay
¿Qué factores externos son favorables? 	Ninguno, porque no existe predisposición en los países del entorno salvo el Uruguay. Argentina y Brasil mantienen un conflicto latente con Paraguay por cuestiones de Límites
¡Cómo verificar la certeza del proyecto?	Mediante un permanente control y evaluación del funcionamiento del Proyecto estratégico
¿Qué organismo se encargará de las informaciones para evaluar el Proyecto?	La Dirección de Inteligencia Estratégica Nacional.
¿Qué costo, en lo cualitativo y cuantitativo tendrá el proyecto?	Lo determina la Dirección de Inteligencia Estratégica, conforme a las necesidades que demanda el plan.
Balance del Poder Nacional (P.N) y de los países contrapuestos 	PN de Paraguay + Uruguay < que Argentina y Brasil PN (*) de Argentina + Brasil > que el Paraguay y el Uruguay juntos
Situación Geopolítica (Análisis) 	Argentina y Brasil tienen ventaja sobre Paraguay por limitar con el Uruguay. (Factor Geopolítico Favorable)para una acción militar inmediata

3.4. Periodo de Post Guerras 1870-1954

La post-guerra se caracterizó por una marcada inestabilidad política, colapso económico y fraudes financieros. Después de 1870, el Paraguay cayó en las garras de los especuladores extranjeros. En este anárquico período se sucedieron 35 presidentes.

La guerra con Bolivia 1932-1935 no pudo ser evitada por los medio diplomáticos tradicionales. La penetración boliviana ya se inició a partir de la década e los años 20. El Paraguay recuperó 3/4 parte del área territorial disputada y también reivindico su orgullo nacional.

Durante la 2ª Guerra Mundial el Gral. Higinio Morínigo puso en práctica una Política Exterior pendular de equilibrio complaciente. Con los aliados y también con el eje. Paraguay no declaró la guerra a Alemania hasta 1945 durante el período 1946 a 1954 la Política Exterior Paraguaya siguió aliada a la Argentina de Perón.

3.5. Política Exterior del Gral. Stroessner

Su Política Exterior se basó en la expansión de los vínculos comerciales con Argentina, Brasil y los EE.UU. Para superar las dificultades existentes en el tráfico comercial y fluvial con la Argentina, buscó otra salida comercial hacia el Este con la construcción de la ruta Nº 7. Propició la fundación de la actual Ciudad del Este, como estrategia geopolítica de seguridad nacional y resolvió el conflicto de límites con el Brasil, sobre los Saltos del Guairá con la negociación de la Hidro-eléctrica Binacional Itaipú. También logró que se concretara la construcción de la también Hidroeléctrica de Yacyretá, aprovechando las buenas relaciones con la Argentina de Perón. Gobernó desde 1954 a 1989.

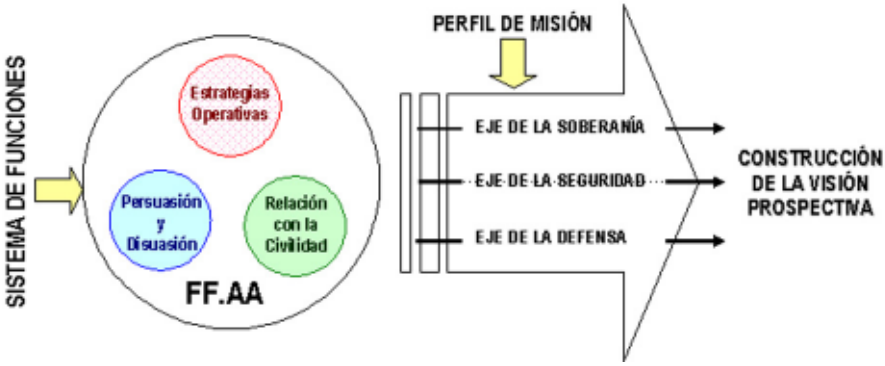
3.6. Gral. Andrés Rodríguez

Descartó la técnica pendular o de equilibrio en el manejo de las Relaciones Exteriores, de su predecesor y ejecutó una política abierta al mundo. Durante su gobierno también se concretó, la Integración del MERCOSUR, con la firma del Tratado de Asunción. El eje fundamental de su Política Exterior se basó en una concepción geopolítica (aunque no clásica, con fuerte incidencia del pensamiento estratégico militar). Gobernó desde 1989 a 1993.

3.7. Ing. Juan Carlos Wasmosy

Su Política Exterior se caracterizó por una planificada apertura política y económica, con acentuada visión integracionista. Gobernó desde 1993 a 1998.

4. Necesidad de ajustes en el rol constitucional de las FF.AA. en relación a su perfil de misión



Del Art. 173 de la Constitución Nacional inferimos que el sistema de funciones integra: Estrategia operativa; persuasión, disuasión y relación con la civilidad.

Ella hace a la Institucionalidad de las FF.AA y determina su Perfil de Misión. No se esperan cambios significativos en cuanto a su rol, entendido como Sistema de Funciones. Pero sí, se esperan cambios cualitativos muy importantes con relación a su Perfil de Misión (Soberanía - Seguridad y Defensa).

5. Estudio del contenido en el Orden Internacional

Para determinar el alcance de éste estudio en el orden Internacional, realizamos la siguiente pregunta*: ¿Cuál es el contexto actual del Sistema Político Mundial?*

Para responder a esta pregunta integramos al devenir histórico un *eje de tiempo referencial*, para interpretar el pasado y poner en evidencia las po-

tencialidades del futuro. Para posibilitar esta tarea utilizamos *el método histórico* y siguiendo esta orientación metodológica, tomamos como Eje de tiempo referencial "*El nuevo orden mundial*", cuya génesis se identifica con los siguientes hechos:

1. El agotamiento de la bipolaridad, producida al concluir la guerra fría.

2. La caída del Muro de Berlín, que produjo la unificación alemana.

3. La Independencia de los países del Este de Europa de la U.R.S.S.

4. El desmoronamiento del Sistema Comunista en Europa y en todo el mundo.

5. La Globalización Política, Económica y Tecnológica y el auge de las Integraciones Regionales.

6. Cambios estratégicos producidos en el marco del nuevo orden mundial

– El Estado Nación perdió protagonismo como principal sujeto de Relaciones Internacionales.

– La Revolución Tecnológica generó una diversidad de Impactos y cambios en el Orden Político, Económico, Social, de Seguridad y Defensa, muy difíciles de mensurar.

– La consolidación de un Mercado Global, que imposibilitó un desarrollo autónomo de los países, porque las fuerzas transnacionales superaron la capacidad de los Estados Nacionales.

– La gestación de diversos bloques regionales de integración.

– El nacimiento de una nueva forma de convivencia política mundial denominada de Polaridades indefinidas o multipolaridad que tuvo su origen en el final de la guerra fría, puntualmente a partir de la caída del Muro de Berlín. Nació como una reacción contra las dos últimas guerras mundiales y en oposición a prácticas económicas y políticas verticalizadas.

– El surgimiento de nuevas amenazas Supranacionales como: El *terrorismo, el tráfico ilegal de drogas, narco-terrorismo, guerrillas* y el *crimen organizado* (Sicariato). Migraciones masivas y sistemática agresión al Medio Ambiente. Estos casos requieren de una Política de Defensa Multilateral y solidaria de los Estados.

La creciente vinculación del Narcotráfico con el lavado de dinero, produce una erosión en la estabilidad de los Estados y termina infiltrando sus Sistemas Políticos Institucionales. Colombia es un buen ejemplo en este sentido. El narcotráfico, la guerrilla, el terrorismo y los secuestros, forman parte de las nuevas formas de violencia en América Latina y el mundo. El problema del Narcotráfico es multidimensional, por lo que su abordamiento debe tener un alcance supranacional. Por lo expuesto concluimos: *"Que el narcotráfico es un problema de salud, pero también un problema de orden público y de seguridad, con implicaciones socio-económicas y vasta proyección internacional"*.

7. Conclusiones

– Que se supere la deficitaria y tradicional forma de organización del Estado, que no configura un sistema. A fin de facilitar el proceso de Reconstrucción de nuestra Política Exterior, hacia un orden más coherente con las necesidades actuales de la Seguridad y la Defensa Nacional, Regional y Mundial.

– Que se implante un nuevo modelo *sistémico* de Estado, a fin garantizar la funcionalidad de los Procesos de Cambios, en el orden de la Seguridad y la Defensa. La diferencia clave con el sistema tradicional está en que la propuesta *sistémica* es más funcional, porque ayuda a identificar y plantear problemas y realizar conexiones intersectoriales en la dirección cierta, que es la línea directriz: Necesidad —> Meta.

– Que se implementen los cambios necesarios en el *rol* actual de las F.F.A.A; puntualmente en su *perfil de misión*, a fin de lograr el marco legal apropiado, para el establecimiento de una *Fuerza Militar multinacional permanente* en el MERCOSUR, que tendrá por *Misión* garantizar la Seguridad y la Defensa del Bloque Regional.

– Que se supere la *falsa tensión dialéctica* (paradoja cerrada), existente entre el Nacionalismo y el Universalismo, esquematizados en un modelo de Estado Independiente y un modelo de Estado Dependiente. Prefiriendo la

nueva *concepción integracionista*, fundada en el *Modelo Comunitario de Estado Síntesis Interdependiente* (M.E.S.I).

8. Bibliografía

Se omite por tratarse solamente de una síntesis periodística, elaborada con objetivo didáctico y también por limitación de espacio publicitario. La versión completa se encuentra en proceso de edición en formato libro impreso y en versión electrónica.

LA PERSONA POR NACER EN LA PERSPECTIVA DE LA CORTE SUPREMA

Por Alberto Rodríguez Varela (*)

1. La persona concebida

El gran debate de nuestro tiempo es el que gira en torno a la naturaleza de la persona humana en su etapa inicial de vida. Porque cuestiones que hace solo tres décadas muy pocos controvertían hoy son discutidas en todo el planeta. Se ha producido una verdadera mutación global en creencias e ideas, al amparo de un creciente relativismo moral que tiende a transformar al hombre de sujeto en objeto, dando así pasó a un materialismo que degrada la condición humana.

El tema no concierne simplemente a la biología. Estamos frente a una cuestión antropológica de vital significación. Porque como lo señala Olsen A. Ghirardi, "La fusión del espermatozoide con el óvulo implica un problema metafísico. No se trata simplemente de un problema fisicoquímico, fisiológico, genético o embriológico" (1). Se trata del comienzo de la existencia de esa sustancia individual que denominamos persona humana, cuya definición concierne tanto a la filosofía antropológica como al mundo jurídico (2).

El desarrollo impresionante de la biología en los últimos siglos, especialmente a partir de los trabajos de Harvey (1651), Cangiamila (1745), Wolff (1755), Prévost y Dumas (1824) sobre la fecundación, y la comprobación

---

(*) Jurista argentino.

(1) Hermenéutica del saber, Gredas, Madrid, 1979. Ver también: Andruet, Armando S.: "La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación in vitro en particular, ED, 127-805.

(2) Ghirardi, Olsen A.: La persona antes del nacimiento (El derecho a la continuidad de la vida), Córdoba 1991, p. 10.

de que la penetración de un espermatozoide en un óvulo marca el comienzo de la vida humana (1879), desacreditaron de modo definitivo las falaces teorías biológicas de Aristóteles. Las mismas derivaban de la precariedad de medios de observación e investigación existente en tiempos del estagirita.

Aristóteles –explica el padre Domingo Basso– sostenía que de la misma manera que la masa informe de arcilla se convierte, en manos del escultor, en una figura que se perfecciona poco a poco modelada por sus dedos, de la misma manera sobre la sangre menstrual coagulada y retenida durante el embarazo habría actuado ese impulso creador masculino, para la formación de la nueva criatura"(3).

Sobre esta fantasiosa base, el filósofo consideraba que el embrión recibía formas substanciales sucesivas, cada vez más perfectas. La "epigénesis" descripta por Aristóteles se exteriorizaba a través de un proceso en el que supuestamente aparecía, en primer lugar, un alma simplemente vegetativa que se corrompía y era reemplazada por una segunda sensitiva que también se corrompía y era substituida por la definitiva: intelectiva, racional o espiritual, que abarcaría todas las facultades vegetativas y sensitivas y constituiría la forma substancial de la naturaleza humana (4).

Esta teoría de Aristóteles llegaba a extremos absurdos cuando sostenía que el embrión adquiría la plena condición humana en tiempos distintos según fuera su sexo. Así, para los hombres, esta humanización retardada se produciría a los cuarenta días de desarrollo. En cambio, la mujer pertenecería a la especie humana solo después de los tres meses de gestación.

La biología contemporánea ha desechado las infundadas especulaciones de Aristóteles sobre el origen de la vida humana. Hoy puede afirmarse, sin margen de duda, que "está acreditado biológicamente que no hay desarrollo cuantitativo y cualitativo a partir del cigoto que permita señalar un momento posterior en el que se acceda a la condición humana" (5). Además, "la idea de que el hombre solo puede ser llamado hombre si tiene la figura humana de un

---

(3) Basso, Domingo M.: Nacer y morir con dignidad. Estudio de bioética contemporánea, Consorcio de Médicos Católicos, Buenos Aires, 1989, p. 63.

(4) Idem, p. 62.

(5) Gunning, K. E: "El estatuto del no nacido ¿ha sido el hombre no humano alguna vez?", ASD Prensa, Año VI, edición 183, 7/10/1990, p. 2.

adulto, ha sido rechazada por la ciencia moderna. El descubrimiento de que la forma individual está inscrita en el material genético presente en cada una de las células del ser vivo, ha terminado definitivamente con la teoría –nunca demostrada– de Aristóteles, según la cual, durante los primeros días de gestación hay una materia que no es humana aún, pero que está en potencia de recibir la forma humana en el momento en que haga aparición el alma racional del hombre" (6).

Agreguemos con Andrés Giovanni que "esta presencia de ya todo el hombre en la potencialidad del embrión no es una impresión sentimental, ni un a priori metafísico, ni un postulado religioso, ni una escoria conceptual nacida de una mentalidad prelógica, ni un sueño platónico, ni nada por el estilo. Es precisamente todo lo contrario: es un dato real, sin duda no fácil de aprehender, pero que puede ser captado racionalmente en toda su riqueza"(7).

Aristóteles, que representa el nivel más alto del pensamiento filosófico precristiano, tuvo limitaciones muy grandes en biología. "No tuvo la posibilidad de investigar la verdad de su teoría con los medios actuales. Si viviera hoy, ciertamente habría llegado a otras conclusiones. El descubrimiento más arriba mencionado ha permitido establecer sin ningún género de duda que un individuo humano comienza a vivir con la forma externa de cigoto y, sucesivamente, adquiere la de embrión, feto, bebé, niño, adolescente, joven, adulto; pero en cada una de esas etapas de su vida, el individuo tiene ya la forma del adulto impresa en su material genético. No es que en la concepción esta forma esté potencialmente presente, o que el cigoto esté en potencia de ser humano, como Aristóteles creía. Por el contrario, la forma está actualmente presente en el material genético, y el cigoto es un ser vivo independiente que pertenece verdaderamente a la especie humana" (8).

Sobre estas definiciones de la biología es posible llegar, en nivel filosófico, a conclusiones muy claras en torno al surgimiento coetáneo de la vida humana y del concepto metafísico y jurídico de persona. Porque "si la ciencia biológica atestigua, con certeza y sin exceder el ámbito de sus competencias, que el embrión es, desde el primer instante de la concepción, un individuo de

(6) Monge, Fernando: "La personalidad del hombre desde su concepción", ASD Piensa, Año III, nº 44, 15/2/1987.

(7) Giovanni, André: Sante Magazinee, p. 16, cit. por Basso, D. M.: op. cit., p. 84.

(8) Gunning: op. cit., p. 2.

la especie humana distinto y autónomo, 'queda plenamente justificado el empleo del concepto antropológico y filosófico de persona en relación al embrión de la especie humana, ya que la filosofía designa con aquel concepto al individuo de naturaleza racional. La naturaleza humana no posee otra modalidad de existencia real que la de ser persona'" (9).

La ciencia ha venido así en ayuda de la filosofía para corregir las desviaciones de los discípulos de Aristóteles y señalar que en el embrión ya están todos los elementos de la naturaleza racional.

Pensamos, asimismo, con relación a la animación retardada sostenida por Aristóteles, que si hoy viviera y conociera los avances científicos logrados en materia genética, coincidiría con el padre Domingo Basso en el sentido de que la animación inmediata –es decir, la infusión del alma humana– en el instante de la concepción es un hecho que en el nivel filosófico puede sostenerse con firmeza y seguridad por ser la doctrina que mejor se ajusta a la lógica del proceso creador y a las consecuencias que pueden extraerse de la investigación experimental. Lo mismo podemos decir sobre los errores de Santo Tomás en este tema, inducido por la biología de Aristóteles todavía vigente en el siglo XIII. Ello al margen de puntualizar que, con independencia de la controversia en torno a la animación inmediata o retardada, Santo Tomás nunca convalidó el aborto. Y esto se explica porque para el doctor Angélico "ninguna muerte de un embrión, tanto si se la provoca antes o después del anidamiento, antes o después de la formación de determinados órganos, puede ser tenida por lícita, pues el embrión humano, cualquiera sea su edad o condición, es ciertamente el comienzo de una nueva vida humana y está destinado, si ya no lo fuese, a ser hombre y no otra cosa" (10).

El óvulo fecundado es, pues, un individuo de la especie humana que debe ser tratado como persona, con todo lo que ello significa jurídicamente en cuanto al reconocimiento de derechos que le son inherentes y que derivan del orden natural objetivo. La naturaleza racional la tiene en desarrollo, aunque no la ejerza, como tampoco la ejerce el recién nacido, el durmiente, el que ha perdido la razón o el que se encuentra en estado de inconciencia. El recién concebido no es un ser humano potencial (en el sentido de que no es un ser humano todavía), sino una persona cargada de potencialidades que deben desarrollarse a lo largo del ciclo vital (11).

(9) Cit. por Monge: op. cit., p. 2
(10) Basso: op. cit., p. 107.
(11) Monge: op. cit., p. 3.

Agrega Fernando Monge que "en el fondo, las razones científicas sobre la personalidad del embrión no encuentran resistencia seria en el plano de los principios, sino en el plano del comportamiento y de los intereses egoístas. De nuevo nos pegamos de bruces con la tan difundida ética utilitarista, que quisiera, sí, defender los derechos del individuo humano desde la concepción, pero siempre que no impida la mayor utilidad o placer de los miembros de la sociedad: piénsese en motivos científicos o de investigación; motivos terapéuticos, razones económicas, salud física o psíquica de la madre, etc. Indudablemente, el reconocimiento efectivo –y no puramente ornamental– de la personalidad y los derechos del embrión, por parte de los Estados y de la legislación civil, será un banco de prueba de la elección entre los valores éticos o los intereses utilitaristas, como fundamento de la vida social" (12).

El tema es crucial, porque si cigoto, embrión y feto son meras denominaciones que recibe el hombre en las etapas iniciales de su vida, estamos siempre frente a una persona humana, a la que no podría negársele la titularidad de sus derechos, entre los que figura el elemental derecho a vivir, a nacer, a no ser objeto de manipulación, experimentación, congelamiento ni destrucción.

II. El valor de la vida inocente

Las consideraciones que anteceden, sobre la naturaleza de la persona antes de nacer, nos parecen pertinentes como introducción a las reflexiones que haremos en torno a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada el 11 de enero de 2001 en la causa t. 421. XXXVI\ ''T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo".

El fallo que comentaremos, ha tenido amplia repercusión porque, en definitiva, lo que está en juego –como lo expresa en su voto el doctor Antonio Boggiano– es el valor inconmensurable de la persona por nacer. Esta es la cuestión que se encuentra en el trasfondo de la resolución del Alto Tribunal, Y la misma no es baladí, porque remite al examen de uno de los temas más arduos de nuestro tiempo.

Julián Marías, en reiteradas oportunidades (13), ha señalado su enorme preocupación por la contemporánea "cosificación" del hombre, sobre todo en

(12) lbídem.

(13) "La más grave amenaza", en La Nación, 1/9/1994. p. 9; "La cuestión del aborto", ABC, Madrid, 10/4/1994, p.82. Reportaje de Jaime Antúnez

los tramos más vulnerables de su existencia, al amparo de un inquietante y avasallador materialismo, que genera un consecuente relativismo moral. Esta corriente, que ha volcado su pérfido influjo en las legislaciones de los cinco continentales, conduce –como ya lo hemos anticipado– a la transformación del hombre de sujeto –con todo lo que el vocablo indica– en un mero objeto, en una cosa que, según convenga a criterios hedonísticos, se puede guardar o destruir. Ante los atentados que diariamente se cometen contra la vida inocente, Marías ha dicho en forma reiterada que los considera más graves que las dos guerras mundiales, más graves aún que los satánicos totalitarismos del siglo veinte, y más graves todavía que los otros dos grandes flagelos de la centuria: el terrorismo y el tráfico de drogas.

El gran filósofo español no exagera un ápice. Basta pasar una veloz revista a las atrocidades que se cometen impunemente en perjuicio de la vida humana inocente a través de lo que Jerome Lejeune llamaba "pornografía biológica" y Testart "perversiones de la FIVET" para comprobar hasta qué extremos de licencia puede llegar el hombre cuando se emancipa de los límites éticos.

Un capítulo tenebroso dentro de esas prácticas aberrantes está constituido por la pretensión de mezclar gametos humanos y no humanos. El padre Basso señala que "la fascinación de la experimentación por ella misma, la curiosidad científica, la soberbia de los investigadores, y la falta absoluta de una ética que exija el respeto mínimo por la vida humana, pueden conducir a excesos que sobrepasan el límite, no solo de la moral cristiana, como dice Luiggi Gedda, sino también de todo lo que puede tolerar un hombre respetuoso de la libertad" (14).

A ese capítulo de pornografía biológica pertenecen experimentos e intentos, a veces quizá fantasiosos, que configuran aberraciones propias de científicos que se mueven sin sujeción a ningún parámetro ético. La embriogénesis sin espermatozoides, la fecundación de un óvulo por otro óvulo para satisfacer anhelos lesbianos, la autoprocreación femenina ya intentada con ratones, la fecundación del óvulo con células no germinales, el potencial implante de un embrión en el abdomen de un homosexual masculino previo trata-

---

Aldunate en el Suplemento de Artes y Letras de El Mercurio: "El Valor de pensar", Santiago de Chile, 21/8/1994. "Noción de persona. Visión antropológica del aborto", en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, t. XXIII, 1994, Buenos Aires, 1996, p. 167.

(14) Basso, op. cit., p. 280.

miento hormonal, la gestación de embriones humanos en úteros no humanos, la fertilización con semen humano de óvulos de mona en Estocolmo y de óvulos de hamsters en Japón, la fisión gemelar, la donación por sustitución del núcleo de un huevo humano fecundado, la fusión de embriones in vitro, la ectogénesis o producción de un embrión en un laboratorio y su total gestación extracorpórea; en fin, todos los horrores pseudocientíficos que es capaz de imaginar la mente humana cuando prescinde de los valores deontológicos. Solo el reconocimiento de límites morales puede poner freno a tanto desvarío.

La generalizada despenalización de la interrupción provocada de la gestación ha determinado que no solo ciertos laboratorios de fisiología y farmacología experimental estén interesados en adquirir fetos humanos. También algunos fabricantes de cosméticos se comprometieron en ese macabro negocio. En el semanario Nouvel Observateur se denunció hace algunos años que de Roma a Budapest, pasando por Londres, Amsterdam y París, miles de embriones que tienen su origen en el aborto "legalizado" se comercializan para elaborar cremas y ungüentos que se venden por un puñado de dólares. Incluso la Gaceta Oficial del Palacio de Justicia llegó a informar que un camión procedente de Europa Central, cargado con fetos humanos congelados y destinados a laboratorios franceses de productos de belleza, fue interceptado en la frontera suiza por unos estupefactos guardas aduaneros. Lo notable es que dichos agentes públicos no encontraron en la reglamentación vigente ninguna cláusula que les autorizara a impedir que el vehículo continuara con su siniestra carga (15). Aparentemente, se tomaron algunas medidas pero el problema subsiste. En 1994 L'Osservatore Romano clamó nuevamente contra las discriminaciones que efectúan los hombres que se consideran con derecho a determinar cuáles vidas humanas pueden ser impunemente segadas y cuáles restos humanos serán enterrados con honores fúnebres, arrojados a tachos de desperdicios o utilizados en laboratorios y en la industria cosmética.

El menosprecio hacia la dignidad connatural a toda persona concebida se ha acentuado en el curso del último cuarto del siglo XX. Un ejemplo de esta tendencia lo vemos en los criterios amorales que se observan en materia de experimentación con embriones y fetos a la que ya nos hemos referido. Parecería, empero, que las aberraciones son innumerables. Un ejemplo de

(15) Rodríguez Varela, Alberto: "La persona antes de nacer", Intervención en las Jornadas Rioplatenses sobre el Comienzo de la personalidad y el Estado, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1995, p. 29.

ello es el que comprobamos a través del volumen 29 de la revista Diabetes, órgano oficial de la American Diabetes Association. En ella se publicó un estudio con fotografías referidas a una "investigación" que tuvo por objeto el trasplante de páncreas fetal humano a ratas de laboratorio. Para concretar dichas operaciones los roedores recibieron las células de veinte criaturas en gestación abortadas al amparo del criterio fijado en 1973 por la Corte Suprema Americana en el tristemente célebre caso "Roe vs. Wade" que despenalizó las interrupciones provocadas de la gestación.

Las aberraciones que el ingenio humano, emancipado de toda moral objetiva, puede imaginar y ahora realizar son alucinantes. Los investigadores que solicitaron autorización al Consejo Superior de Sanidad de la Gran Bretaña para trasplantar embriones humanos a hembras de cerdos o conejos ponen en evidencia que, extraviada la genuina visión del hombre, desaparecen virtualmente los límites éticos. Los intentos de obtener fecundaciones mezclando gametos humanos y no humanos, a los que ya nos hemos referido, constituyen otra manifestación de una creciente anomia moral. El informe de la Comisión Warnock, elaborado como ya dijimos, para asesoramiento del Gobierno británico los autoriza expresamente en ciertos casos bajo la condición de que "el desarrollo de cualquier híbrido resultante sea interrumpido al nivel de dos células".

La desaprensión hacia los valores deontológicos que se observa en determinados círculos científicos, surge nítida de un informe del profesor Edwards –padre científico del primer bebé de probeta–, quien reconoce que algunos laboratorios recogen ciertos óvulos y los fertilizan en una probeta sin intención de transferirlos a ningún útero. Los utilizan –confiesa Edwards– "de manera semejante a los embriones de animales usados en la investigación" (16).

Graciela Iglesias, en un comentario publicado en La Nación, informa que científicos de la Universidad de Edimburgo estarían por iniciar la fertilización de óvulos extraídos a fetos femeninos concebidos con ese objeto (17). Procurarán así traer al mundo niños cuyas madres jamás nacieron y cuyos restos fueron arrojados a un horno incinerador de basura.

---

(16) Cit. por Andruet, op. cit., p 806.

(17) Iglesias, Graciela: "Los niños que mañana nacerán de la muerte", La Nación, 4/1/1994.

No menos escalofriante es el capítulo referido a la experimentación fetal. Baste recordar que en el Hospital George Washington se practicaron abortos con bebés de siete meses de gestación para experimentar placentas artificiales. Cuando se consideró suficiente la información recibida, se interrumpieron los circuitos y los bebés murieron. Igualmente repugnante es la tarea cumplida por "científicos" que se empeñaron en perfeccionar los sistemas de diagnóstico precoz de enfermedades o malformaciones para "liberarse" de los discapacitados antes de su nacimiento. El último capítulo de estas aberrantes prácticas está referido al trasplante de células fetales para el tratamiento de la enfermedad de Parkinson. Para ello se implantan en el mesencéfalo gran número de células provenientes de 8 a 12 fetos de 8 a 10 semanas de edad por paciente trasplantado. Los fetos abortados por procedimientos comunes no son idóneos para este "tratamiento". Los que se usan como fuente de células se extraen con precauciones especiales para someterlos a una *vivisección*, con la ayuda de la ecografía y un sistema especial de aspiración (18).

Parece mentira que en el siglo XX, después de las espantosas experiencias totalitarias en las que se practicó la discriminación homicida en escala cósmica, resulte necesario levantar la voz para defender a los más pequeños, a los más indefensos, a los más necesitados de protección: las personas concebidas y aún no nacidas.

El profesor Jerome Lejeune, al visitarnos en septiembre de 1993, subrayó la incongruencia en que incurren los gobiernos que, al tiempo que derogan la pena de muerte para peligrosos criminales, la establecen para personas inocentes, que todavía no han nacido, a través de la despenalización del aborto y de la experimentación embrional y fetal. Estos legisladores no han advertido algo elemental que destaca Olsen A. Ghirardi en el sentido de que el derecho a la vida no abarca solo un período sino toda la vida, desde la concepción hasta la muerte (19). No tiene, por ende, sentido ni coherencia amparar solo un segmento de la vida y condenar al otro a la experimentación y a la muerte. La vida humana es sagrada antes y después del alumbramiento. Porque como dice un antiquísimo proverbio oriental: "El niño al nacer tiene casi un año de vida".

---

(18) Ver: Ciclo de Conferencias sobre el respeto a la vida naciente. Procreación artificial y experimentación fetal, Caracas, 25/5/1989, Lejeune, Jerume: "Moral natural y experimentación fetal"; y Rini, Susana M. "Experimentación fetal en Estados Unidos de Norteamérica". Ver también: ASD Prensa, nº 300.

(19) Girardi op. cit. p. 40.

La tradición hebrea y cristiana, que comparte también el Islam de riguroso respeto al *nasciturus*, inspiró a las leyes sancionadas bajo su influjo durante dos mil años. Resulta, por ello, sorprendente que en el final de este contradictorio siglo XX, cuando se proclama a diario la intangibilidad de los derechos humanos, se haya extendido a lo largo y a lo ancho del planeta la negación más completa del primero y fundamental: el derecho de toda persona inocente a nacer y a vivir. Solzhenitsyn ha dicho, en uno de sus célebres discursos, que una de las mayores sorpresas de esta centuria es la expansión impresionante del materialismo y el relativismo en pueblos de añeja tradición espiritualista. Vivimos bajo el signo de una apostasía planetaria que mueve a prescindir de valores que hasta hace pocas décadas parecían incontrovertibles.

Urge volver a Dios para recuperar la verdadera dimensión del hombre. Porque hemos sido creados a su imagen y semejanza (Gén. 1, 26). Por haber prescindido de ese origen los pueblos han extraviado el camino, olvidado la dignidad humana, y aceptado aberrantes criterios legislativos.

Juan Pablo II, ratificando anteriores pronunciamientos del magisterio(20) ha confirmado en la Encíclica *Evangelium Vitae* que el hombre en ninguna circunstancia, ni siquiera en su etapa embrional o fetal, puede ser reducido al rango de cosa.

Frente al avance tecnológico, acompañado frecuentemente de una mentalidad inmanentisía hedonista y utilitarista que no marca límites éticos al obrar humano, resulta vital recordar con Juan Pablo II, la vigencia efectiva del Derecho Natural. Entre sus normas figura una aceptada durante siglos por todos los hombres de buena voluntad, cualesquiera fueran sus convicciones religiosas, y cuya defensa asume el Papa en la *Evangelium Vitae*. Nos referimos, concretamente, a la que prohíbe matar, de modo directo, a un ser humano inocente. Este precepto es válido, sin margen para la duda, tanto frente a la persona que aún no ha nacido, como ante la que se encuentra en el último tramo de su vida. Porque el derecho a la vida no abarca solo un período, sino toda la vida, desde la concepción hasta la muerte.

(20) Pío XII: Discurso a la Unión Médico Biológica San Lucas, 12/11/1944; Discurso al "Congreso del Frente de la Familia" 28/11/1951, transcripto en Pío XII y las Ciencias Médicas (compilación de C. López Medrano H. Obiglio L. D. Pierini y C. A. Ray), p. 118; Congregación para la Doctrina de la Fe: Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, Introducción nº 5.

Por eso el Papa, fundándose en "aquella ley no escrita que cada hombre, a la luz de la razón, encuentra en el propio corazón" (21), e invocando "la autoridad conferida por Cristo a Pedro y sus Sucesores, en comunión con los Obispos", confirma en la *Evangelium Vitae* que "la eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral". Este pronunciamiento solemne y categórico, válido para toda circunstancia, está claramente acotado por la exigencia de que el atentado revista carácter directo y voluntario y que se trate de una persona inocente. Quedan, entonces, sometidas a otras consideraciones morales y jurídicas, por momentos difíciles y complejas, situaciones en las que también se provoca la muerte, pero de modo indirecto, o en perjuicio de personas humanas que no son inocentes. Nos referimos, concretamente, en primer término, a casos como el contemplado por Pío XII en su discurso al Frente de la Familia, del 28 de noviembre de 1951 (22) que se regulan por el principio del doble efecto (23), y en segundo lugar a la legítima defensa (24), a la pena de muerte (25) al rechazo por

(21) Evangelium Vitae, nº 57.

(22) Hemos usado de propósito siempre la expresión "atentado directo a la vida inocente", "occisión directa". Porque si, por ejemplo, la salvación de la vida de la futura madre, independientemente de su estado de embarazo, requiriese urgente una intervención quirúrgica u otra aplicación terapéutica que tuviera como consecuencia secundaria, en ningún modo querida ni intentada, pero inevitable, la muerte del feto, tal acto no podría ya llamarse un atentado directo contra la vida inocente. En estas condiciones, la operación puede ser lícita, como otras intervenciones médicas semejantes, siempre que se trate de un bien de alto valor como es la vida y no sea posible diferirla hasta el nacimiento del niño ni recurrir a otro remedio eficaz" (Discurso al Congreso del Frente de la Familia", mencionado en la nota 2, párrafo 5º, p. 119 del libro Pío XII y las Ciencias Médicas.

(23) Ver: Basso, Domingo M.: Nacer y morir con dignidad, Buenos Aires, 1989, p. 187; Salsman, Jorge: Deontología jurídica o moral profesional del abogado, Bilbao, 1953, nº 24, p. 34.

(24) "La legítima defensa de las personas y las sociedades no es una excepción a la prohibición de la muerte del inocente" (Catecismo de la Iglesia Católica, nº 2263). El Catecismo cita a Santo Tomás, quien invoca expresamente el principio del doble efecto: "La acción de defenderse puede extrañar un doble efecto: el uno es la conservación de la propia Vida; el otro, la muerte del agresor...", S. Th. 2-2, 64, 7.

(25) Evangelium Vitae: nº 56.

medio de las armas de los “agresores de la sociedad” (26) y al empleo de la fuerza militar en una “guerra justa” (27).

Todas estas consideraciones tienen sentido moral y jurídico en la medida en que se reconozca que el hombre, todo hombre, desde que comienza en la concepción su existencia temporal, ostenta una dignidad que le eleva por encima de todo el universo material. El carácter sagrado de la vida inocente puede, empero, también ser comprendido por quienes no comparten la visión cristiana, ni tal vez creen en Dios, pero a través de “la luz de la razón” admiten la dignidad connatural al linaje humano. Por eso el Papa dirigió su Encíclica *Evangelium Vitae* “a todas las personas de buena voluntad”, incluso no creyentes, abiertas “sinceramente a la verdad y el bien” y dispuestas a descubrir “el valor sagrado de la vida humana desde su inicio hasta su término”.

Veamos, ahora, el caso planteado ante la Corte Suprema, el rol de los jueces, y la aplicación en concreto de las normas éticas y jurídicas que sucintamente hemos reseñado.

III. El caso

La señora S. T., embarazada de casi cinco meses, tomó conocimiento a través de una radiografía de que el feto padecía de anencefalia. Concurrió al Hospital “Ramón Sardá” y solicitó se le practicara “un parto inducido o lo que el médico estime como el medio más adecuado para dar fin a este embarazo”. En el pedido administrativo a los profesionales del Hospital, la requirente propuso la alternativa de “anticipar el parto o interrumpir el embarazo” puntualizando que “cuando a una se le niega la posibilidad de acceder a un aborto terapéutico se violan derechos humanos fundamentales”. Por ello, a juicio del juez Casás, que discrepó con la mayoría del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires, la práctica requerida era un aborto porque este “requiere de una mujer grávida, de un feto vivo y de una interrupción prematura del embarazo que produzca la muerte del feto” (f. 226). A la misma conclusión llega el presidente de la Corte Suprema, doctor Nazareno, al sostener en el punto 9) de su voto que la petición de la accionante implicaba, a todo evento, la intención de abortar.

---

(26) Quienes poseen la autoridad tienen el derecho de rechazar por medio de las armas a los agresores de la sociedad que tienen a su cargo” (Catecismo, nº 2266)

(27) Catecismo, nº 2309.

Los médicos del Hospital "Ramón Sardá" se negaron a interrumpir la gestación en desarrollo. El subdirector de ese nosocomio y médico obstetra, doctor Ricardo Illía, expresó en la audiencia de fs. 59/60 que "la ortodoxia médica no permite una práctica como la pedida" (f. 60 vta.) y que "ningún galeno en la República tomaría tal decisión" (f. 61). Por su parte, el director interino, doctor Juan D. Argento, sostuvo a f. 81 que "dentro del marco legal vigente resulta imposible acceder a lo solicitado".

Ante la negativa médica, la señora S. T. recurrió a los Tribunales de la Ciudad con una acción de amparo. Después de resolverse una cuestión de competencia, la jueza de la instancia rechazó el amparo promovido contra el Hospital por supuesta violación del derecho a la salud. Sostuvo, en su pronunciamiento, que si el caso encuadraba en el Art. 86, inc. 1º, C.P, la autorización previa era improcedente. En cualquier otra hipótesis, el pedido era igualmente inadmisible porque equivalía a requerir un permiso judicial para delinquir.

La Sala 1 de la Cámara local rechazó, por mayoría de cuatro votos contra uno, la acción de amparo y confirmó la sentencia apelada. Frente a esta decisión, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad. El Superior Tribunal, por los fundamentos que reseña el doctor Nazareno en el considerando 60 de su voto, revocó el fallo de la Cámara y autorizó a la Dirección del Hospital Ramón Sardá "para que proceda a inducir el parto o eventualmente a practicar intervención quirúrgica de cesáreas", "con el mayor respeto hacia la vida embrionaria" (puntos 2 y 3 del dispositivo).

La sentencia fue apelada por el asesor general de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad de Buenos Aires. Sin perjuicio de lo que diremos después sobre el rol de los jueces en casos como el que examinamos, el recurso extraordinario –por estar en juego la interpretación de normas de jerarquía constitucional que amparan la vida inocente– era procedente y así lo reconocieron todos los jueces de la Corte Suprema salvo el doctor Petracchi que lo declaró inadmisible por entender que el fallo apelado "se sustenta en legislación común nacional que no ha sido atacada de inconstitucional". Se refiere fundamentalmente a la normativa que regula el denominado "aborto terapéutico" previsto en el Art. 86, párr. 2º, inc. 1º del Código Penal.

La objeción que plantea el doctor Petracchi nos mueve a considerar que, no obstante haber sostenido los jueces del Superior Tribunal que no autorizaban un aborto sino un nacimiento anticipado, habría sido conveniente que –a todo evento– el apelante articulara la inconstitucionalidad del Art. 86,

párr. 2º, inc. 1º del Código Penal. Porque aun cuando un sector de la doctrina(28) cuestiona el criterio jurisprudencial según el cual no es viable el control de oficio de la inconstitucionalidad de actos legislativos o administrativos, lo cierto es que ante el enfoque imperante el recurrente pudo impugnar la aplicación al caso de dicha norma penal por resultar lesiva precisamente de las normas de jerarquía constitucional que todos los demás jueces de la Corte invocan para habilitar la instancia extraordinaria.

Aunque no podemos ahondar el tema, no es inoportuno recordar que aun antes de la reforma constitucional de 1994, que acentuó la protección explícita de la vida inocente, Germán J. Bidart Campos impugnó en reiteradas oportunidades la validez constitucional del Art. 86 del Código Penal (29). Con diversidad de matices y enfoques, de manera explícita o implícita, en forma total o parcial, esa norma ha sido asimismo impugnada –entre otros– por César P. Astigueta (30) Ricardo David Rabinovich (31). Vicente E. Andereggen (32) Nemesio González (33), Federico A. Torres Lacroze (34), Lucas J. Lennon (35) y Gregorio Badén (36). También nosotros hemos adherido a la

(28) Haro, Ricardo: "El control judicial de oficio de constitucionalidad", Ed, 64-643; Bidart Campos, Germán J.: "¿Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?", ED, 74-385; Sagués, Néstor P.: Recurso extraordinario, t. 1, p. 122; Hitters, Juan C.: "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de la leyes", ED, 116-896; y otros autores que cita Guastavino, Elías P.: Recurso extraordinario de inconstitucionalidad, t. 1, p. 159.

(29) Bidart Campos, Germán J.: "El aborto y el derecho a la vida", ED, 113-488;. "Autorización judicial solicitada para abortar", ED, 114-184; "Declaración judicial previa al aborto para el cual se solicita autorización", Ed, 117-426; "La inconstitucionalidad de las desincriminaciones del aborto en el Art. 86 del Código Penal", ED, 128-389.

(30) Astigueta, César P.: "Algo más sobre el derecho a nacer", ED, 117-428.

(31) Ravinovich, Ricardo D.: "Acerca de la vida y la muerte en el derecho argentino", en el vol. La vida y la muerte, Cuba, 1995, p. 34.

(32) Andereggen, Vicente E.: "El llamado aborto eugenésico y las facultades de los jueces", ED, 132-458.

(33) González, Nemesio: "Constitución Nacional, derecho a la vida y a nacer", ED, 134-436.

(34) Torres Lacroze, Federico A.: "Conducta de los jueces ante el aborto por violación", en La vida ante el derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1996, Pp. 201 y s.

misma interpretación del Código Penal y de la Ley Fundamental, y consideramos que tal exégesis se ha consolidado a partir de la incorporación a su texto de las convenciones internacionales que en el caso que comentamos sirvieron de sustento a la apertura de la instancia de excepción (37). Por su parte, varios magistrados judiciales han declarado la inconstitucionalidad del Art. 86 del Código Penal (38). Todo ello nos lleva a sostener que el asesor general de Incapaces, ante el fallo del Superior Tribunal, debió plantear también en su recurso extraordinario la cuestión federal derivada de la incompatibilidad que existe entre la protección constitucional de la vida inocente y la norma que autoriza el "aborto terapéutico".

Antes de pasar al examen de la sentencia de la Corte Suprema, estimamos pertinentes formular algunas consideraciones sobre el rol de los jueces frente a requerimientos como el formulado por la señora S.T.

IV. El rol de los jueces

En otra oportunidad (39), al comentar un fallo de la Cámara Civil de Mar del Plata que autorizó una ligadura de trompas, señalamos que el ordenamiento vigente no ha previsto ninguna autorización judicial previa para tal intervención quirúrgica. Y dijimos que corresponde a los médicos, con el consentimiento expreso de los pacientes, resolver cada caso con estricta observancia de los principios de la ética biomédica, y de lo dispuesto en la legisla-

---

(35) Lenon, Lucas J.: "La protección penal de la persona por nacer", en El derecho de nacer, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 62.

(36) Badeni, Gregorio: "El derecho constitucional a la vida", en El Derecho a nacer, op. cit., Pp. 34/35.

(37) Rodríguez, Varela, Alberto: Aproximación a la persona antes de nacer, Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 1997, pp. 192 y ss.

(38) Ver fallos publicados en ED, 128-388, sentencia del juez de instrucción Dr. Osvaldo J. Santiago; 132-456 y ss., dictamen del asesor de Menores de Cámara Dr. Alejandro C. Molina, dictamen del asesor de Menores de 1ª Instancia Dr. Marcelo G. Jalil, y sentencia del juez en lo Civil Dr. Lucas C. Aón, con notas de Vicente E. Andereggen (antes citada) y Alberto J. Gowland: Derecho a vivir; 134-435, fallo 41.816, Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Criminal de Instrucción Nº 18, sentencia del juez R. G. Moreno, con nota de Nemesio González antes citada.

(39) Rodríguez, Varela, Alberto: "Ligadura de trompas y objeción de conciencia", ED, 1/12/2000.

ción en vigor en orden a la responsabilidad penal, civil y administrativa de los profesionales de la salud.

La misma regla debió observarse en el presente caso. Nos encontramos, en cambio, con la paradoja de que los médicos se niegan a practicar la interrupción del embarazo solicitada y los jueces del Superior Tribunal, asumiendo un rol que no tiene base normativa, al revocar la sentencia de la Cámara local autorizan una práctica médica que el director y el subdirector del Hospital Ramón Sardá se negaron a ejecutar (40).

El tema de la "autorización previa", con relación al llamado "aborto terapéutico", ha sido materia de pronunciamiento en varias sentencias judiciales. Recordemos, en primer término, que la Cámara en lo Criminal y Correccional, Sala V, en sentencia del 30 de junio de 1978, declaró que los jueces no están habilitados para otorgar tal autorización (41). La primera razón elemental de exégesis dogmática es fácilmente comprensible. Porque aun suponiendo la posibilidad constitucional de aplicar la excusa absolutoria (42) prevista para diversas hipótesis en el Art. 86 del Código Penal, surge del texto expreso de la norma que la impunidad se refiere al "aborto practicado", es decir, a un hecho que ya ha ocurrido y que al ser sometido a los jueces no puede ser materia de sanción penal.

Germán J. Bidart Campos ha sintetizado el tema con claridad meridiana al formular el siguiente dilema: o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta especialmente despenalizada, y entonces no hace falta tal autorización, porque la conducta está exenta de sanción penal; o lo que se pide es autorización para cumplir una conducta que, prima facie, coincide con un tipo penal, y entonces la autorización no puede concederse, porque un juez no puede dar venia para delinquir (43).

En otra oportunidad el mismo autor agregó que "un pronunciamiento judicial que se anticipe a declarar si tal o cual conducta cae o no en la tipificación penal del Código, y que, en consecuencia, declare que la conducta está

---

(40) ED, 81-221.

(41) Ibídem.

(42) Luis C. Cabral considera que es una excusa absolutoria y no una causal de justificación. Ver Compendio de derecho penal y otros temas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 125.

(43) Bidart, Campos: "Autorización judicial...", cit.

prohibida e incriminada, o que queda en zona de permisión (penal y/o extrapenal), no parece ser propio de la jurisdicción judicial... De allí que volvamos a repetir que no juzgamos correcto aspirar a que un juez nos diga antes del hecho si –de cometerse– será punible o no" (44). Ello, por supuesto, no excluye que –como en el caso que comentamos– ante un pronunciamiento favorable a la autorización requerida, el expediente pueda y deba llegar a la Corte Suprema, a través de la vía prevista en el Art. 14 de la Ley 48, por configurar la sentencia apelada una lesión directa e inmediata a la vida humana inocente protegida por normas de jerarquía constitucional.

Porque ¿qué sentido y alcance tendría tal decisión judicial permisiva previa? ¿Acaso otorgaría un *bill* de indemnidad frente al juez que después deba determinar si medió o no delito? Como lo explica muy bien en su voto el doctor Nazareno (considerando 10), no es misión de los jueces evacuar consultas ni asumir el rol que incumbe a los médicos. ¿Por ventura alguien podría presentarse en un tribunal y preguntar a un juez si podrá defenderse de su vecino y, eventualmente, quitarle la vida, ejerciendo su derecho a la legítima defensa, en caso de una u otra agresión ilegítima? ¿Podríamos interrogar a un juez antes de cometer un hurto o una defraudación si nuestra futura acción se encuentra amparada por la excusa absolutoria del Art. 185 del Código Penal? Nadie duda que estos planteos serían desestimados de plano. Lo mismo debió ocurrir en el presente caso, resultando suficiente el rechazo que de la acción de amparo hizo la Cámara local.

Los jueces, en general, no han acogido favorablemente los pedidos de autorización para abortar (45). Incluso en un caso idéntico al ahora resuelto por la Corte Suprema se denegó un pedido de autorización para anticipar un parto con el fin de evitar un "perjuicio psíquico" a la madre, conocedora de que la criatura alojada en su seno se encontraba afectada de anencefalia (46).

No obstante, en el caso que comentamos, ante la autorización conferida por el Superior Tribunal de Buenos Aires, el recurso extraordinario resultó manifiestamente procedente, y ahora sí los jueces de la Corte Suprema quedaron habilitados para resolver una cuestión que afectaba de modo directo e

---

(44) Bidart Campos: "Declaración judicial previa", cit., 427.

(45) Ver, además del fallo que citarnos en la nota 21: ED: 114-183; 117-421; 128-388; 132-456; 134-435.

(46) Sentencia del Juzgado en lo Civil y Comercial de San Martín Nº 2, 31/10/1986, ED, 137.106.

inmediato el derecho a la vida de un inocente, amparado en nuestro ordenamiento jurídico por normas de nivel constitucional.

V. La sentencia de la Corte Suprema

Consideramos que el voto del doctor Nazareno –que tiene su complemento en el del doctor Boggiano– es el que ampara de modo más completo la vida inocente. Con claridad conceptual sintetiza el caso en tres interrogantes que plantea en el considerando 7º:

1º) ¿es el organismo viviente que anida en el vientre de la actora, a pesar de la patología que padece, una persona por nacer?;

2º) en caso afirmativo ¿tiene derecho a la vida?; y

3º) si en efecto lo tiene, ¿debe prevalecer sobre el que ha invocado la madre para fundar su amparo?

En la respuesta al primero el doctor Nazareno deja perfectamente en claro –ante algunas manifestaciones ambiguas de la sentencia en recurso– que el niño concebido en el claustro de la accionante: a) es una persona humana (Art. 7º, Cód. Civil); b) con una anomalía patológica que contrajo después de comenzar su existencia; c) que el ADN identifica a una persona como perteneciente al género humano y es el signo inequívoco de humanidad en los términos del Art. 51, Cód. Civil, y d) que ninguna patología ulterior a la concepción transforma a la persona en un producto subhumano El doctor Nazareno, citando a Alfredo Orgaz, rechaza con énfasis la cosmovisión materialista, en la que el hombre es solo un integrante más de la escala zoológica, y refuta la referencia a “moralistas católicos de renombre” cuya opinión se invoca en el fallo apelado recurriendo a la antropología filosófica volcada por Santo Tomás en la Suma contra los gentiles.

El segundo interrogante que plantea el presidente de la Corte Suprema se refiere –como ya lo hemos dicho– al derecho a la vida de la persona por nacer que padece anencefalia. Y su respuesta es categórica porque, como lo explica extensamente en su voto, cualquier magistrado que niegue tal derecho a personas que padecen patologías físicas “incurriría en una discriminación arbitraria” y vulneraría de modo manifiesto preceptos muy concretos de la Convención sobre los Derechos del Niño, los pactos de San José de Costa Rica y de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. 16 de la Constitución Nacional.

El tercer interrogante, de cuya respuesta dependía la decisión que adoptara el tribunal, se sintetiza –como ya lo hemos anticipado– en estos términos: ¿el derecho a la vida de la persona por nacer que padece anencefalia debe prevalecer sobre el que ha invocado la madre para fundar el amparo". Y aquí, como puede verse en el texto del voto del doctor Nazareno, la respuesta es terminante en defensa de la vida inocente, rechazando la posibilidad de que se anticipe el nacimiento, en el caso concreto sometido a juzgamiento, porque tal decisión –al abreviar por vía de consecuencia su existencia temporal– configuraría una clara lesión del derecho a la vida, "primer derecho de la persona humana (Fallos, 3 10:112, considerando 4º)".

Al describir la colisión entre el derecho a la vida del nasciturus y la salud psicológica de la madre, reconoce que se ha configurado una "situación dramática" que a "la actora tiene que producirle sufrimiento y frustración, inclusive a su grupo familiar". Pero el propósito de abreviar tal sufrimiento no es razón suficiente para que los jueces autoricen un alumbramiento anticipado que llevará inexorablemente a "la interrupción de una vida".

No menos categórico es el doctor Boggiano en su voto disidente. En efecto, en forma enfática afirma que interrumpir el embarazo no supone darle vida al nasciturus sino anticipar el momento de su muerte, debido a que la enfermedad que padece provocará su deceso inmediato. Además, considera que la sentencia recurrida "desconoce el valor inconmensurable de la persona por nacer, porque supone que su existencia tiene un valor inferior a la de otra que tuviese mayores expectativas, e inferior aún a la del sufrimiento de la madre o de su núcleo familiar".

Aclaremos que el sentido de los votos de los doctores Nazareno y Boggiano está referido exclusivamente –como no podía ser de otra forma– al caso sometido a juzgamiento. No se trata de negar la oportunidad y legitimidad de un alumbramiento anticipado en otras circunstancias El padre Domingo Basso, al comentar la sentencia de la Corte Suprema, ha señalado que "desde el punto de vista médico (científico-técnico) cuando existen motivos terapéuticos seriamente demostrados, el parto prematuro de un feto viable no tiene objeciones éticas" (47). En igual sentido, Carlos Abel Ray, en un excelente trabajo publicado con motivo de la sentencia que comentamos (48), precisó que "el parto inducido puede estar médicamente indicado por una enferme-

(47) Basso, Domingo. "Un caso que no debió ir a la Corte, La Nación 12/1/2001.

dad del feto o por una seria enfermedad de la madre En ambos casos deben estudiarse muy delicadamente los riesgos y beneficios que la inducción prematura del parto acarreará en ambos miembros del binomio madre e hijo. Hay muy razonables causas fetales para inducir un parto prematuramente como por ejemplo en los casos graves de eritroblastosis fetal o enfermedad hemolítica del recién nacido. Hay también justificables causas maternas para inducir un parto prematuro, como una avanzada tuberculosis pulmonar cavitaria o en una severa insuficiencia renal o cardíaca También puede haber enfermedad psiquiátrica grave en la madre, como cuando sufre una psicosis depresiva con amenazas e intentos de suicidio. En todos estos casos, después de evaluar la posibilidad de continuar con el embarazo, y decidido que hay que adelantar el parto, deben tomarse las máximas precauciones necesarias y posibles para que el parto inducido sea bien asistido y controlado y que luego del mismo haya adecuadas terapias intensivas materna y neonatal".

Agrega el doctor Ray que "lo que es válido para los embarazos con fetos normales o con alguna afección tratable, es también válido para los embarazos con niños con anencefalia. En estos casos de severas afecciones maternas, si se induce el parto, solo se tolera el adelanto de la muerte del niño y lo que se busca es el beneficio de la vida de la madre. En estos casos, al niño se lo debe atender, calentar y alimentar adecuadamente hasta que naturalmente se produzca su fallecimiento No se busca la muerte del niño, solo se tolera como mal no buscado".

En el caso concreto que comentamos ¿existieron tales motivos terapéuticos seriamente demostrados? De los votos de los doctores Nazareno y Boggiano surge una respuesta negativa. Coincidimos con ellos y con el editorialista de La Nación en el sentido de que "hubiera sido razonable dejar que la naturaleza siguiese su curso, aceptando tanto el nacimiento cuanto la muerte como los fenómenos naturales que son y que conllevan gloria y gozo o dolor y pena. Esta es la naturaleza de la condición humana y alterarla provoca, por lo general, más males que bienes" (49) Por lo demás, ya hemos dicho que no tiene sentido que los jueces autoricen prácticas médicas que los profesionales del arte de curar se negaron a realizar. El amparo había sido bien denegado en las instancias ordinarias y tal rechazo no debió ser revocado por el Superior Tribunal en fallo que finalmente convalidó la mayoría de la Corte Suprema.

---

(48) Ray, Carlos A.: "Comentarios sobre el embarazo y nacimiento de niños con anencefalia", ED, 19-438.

(49) Editorial "El derecho a la vida", La Nación, 15/1/2001, p. 14.

No queremos cerrar este comentario sin señalar algunas expresiones del voto mayoritario que atemperan nuestro juicio adverso y que son rescatables porque contribuyen a que no se pueda recurrir a este precedente jurisprudencial para intentar justificar uno u otro atentado directo contra la vida inocente. Nos referimos, en primer lugar, al empeño de los jueces en destacar que "en las actuales circunstancias la petición de amparo no implica la autorización para efectuar un aborto y que la sentencia en recurso no contempla siquiera esa posibilidad". Los jueces agregan que no se persigue una acción que tenga por objeto la "muerte del feto", destacando que "el pronunciamiento apelado ordena preservar especialmente su vida, en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla". A los jueces del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires les inquietó que los médicos manifestaran que el niño, después de nacido, "no recibirá auxilio alguno postnatal". Es que la omisión de auxilios ordinarios y proporcionados, además de ser moralmente censurable, podría generar responsabilidad penal para sus autores y partícipes. Por eso los jueces del Tribunal Superior, en el punto tercero de su sentencia, precisaron que la práctica médica autorizada debía cumplirse "con el mayor respeto" hacia la vida del niño.

A los jueces de la Corte que adhirieron al criterio mayoritario les preocupó destacar que su resolución no afecta la protección de la vida desde la concepción, tal como lo declaran el Art. 2º de la Ley 23849, la Convención sobre Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Reconocieron, además, que el niño se diferencia de la madre desde el comienzo de su gestación "y no a partir de su nacimiento".

Subrayaron, asimismo, en el considerando 13, "que no se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico", y reconocieron la condición de persona del niño con anencefalia. Queda así desestimado, por los propios jueces, todo intento de justificar en el futuro cualquier acción directa que tenga por objeto la muerte de un ser humano inocente en uno u otro tramo de su existencia.

Acordes con esa posición insistieron en la parte final del voto en proclamar que "esta es una decisión con pleno respeto a la vida desde el momento de la concepción" y pusieron distancia con algunos argumentos controvertibles del fallo apelado aclarando que la sentencia se funda exclusivamente en las razones por ellos reseñadas, "sin compartir las que se desarrollan en la sentencia en recurso".

Es evidente que los jueces del Alto Tribunal procuraron acotar su pronunciamiento a fin de que no se lo cite como precedente en ningún caso futuro de aborto o eutanasia, o en situaciones en las que se invoque la regla de los dos efectos cuando no se encuentren reunidos los recaudos a que aluden las notas IV y V de este comentario.

VI. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Los riesgos, sin embargo, de una utilización indebida de este precedente jurisprudencial son manifiestos, tal como lo expresó el Arzobispado de Buenos Aires en un comunicado en el que ratificó el carácter sagrado de la vida inocente, desde la concepción hasta la muerte natural (50) Sin embargo, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, en una sabia sentencia del 22 de junio de 2001, evitó cualquier nociva generalización de la doctrina del caso "Tanus" al resolver la causa Ac. 82.058, "BA. Autorización Judicial". En efecto, al expedirse, el alto tribunal provincial revocó la sentencia recurrida y denegó la autorización para que se indujera el nacimiento de un niño con anencefalia.

En un voto muy sólido, en el que examinó exhaustivamente el caso, el doctor Eduardo Julio Pettigiani planteó el siguiente interrogante:

"Condenándolo a muerte y ejecutándolo por una suerte de delito que creamos: el de padecer de anencefalia ¿con qué autoridad podemos después negar la procedencia de la pena de muerte para los autores de delitos aberrantes, si la estamos imponiendo para seres inocentes que ningún mal han hecho a la sociedad salvo el de haber sido generados con anomalías por aquellos que ahora piden su exterminio?".

Agrega más adelante el juez Pettigiani que "o le reconocemos al ser humano categoría de tal en cualquier circunstancia que sea, o por el contrario lo consideramos cosa en oportunidades, con lo que nos acercamos a la más abyecta forma de discriminación y de racismo. ¿En qué se diferencia esta cosmovisión de aquella que sustentaba que había razas superiores e inferiores? El ser humano enfermo, el supuestamente 'inviable', el que tiene una enfermedad incurable, o dicho en términos que hemos visto repetidos en la sentencia traída a conocimiento de esta Corte, el que se encuentra transitando 'un proceso de muerte' podría ser eliminado sin más trámite que el de consta-

(50) Ver: La Nación, 13/1/200 1, p. 12.

tar la aflicción que provoca a sus congéneres (obviamente los 'sanos') el tener que soportarlo. Entonces nos encontramos con dos clases de hombres: 'los sanos y los enfermos' –la raza buena y la antirraza en el Mithus (Der Mithus des XX Jahrhunderst, de A. Rosemberg, 21/22 edición Hoheneichen, Munchen, citado por el Pbro. Dr. Enrique Rau, en El racismo nacional Socialista y el cristianismo, Gladium, Buenos Aires, 1939, p. 21)–, de las cuales únicamente la primera merecería preservarse de tal manera que en palabras de Adolfo Hitler 'solo hay un derecho sagrado y este derecho es al mismo tiempo el más sagrado de los deberes: cuidar de que la sangre se conserve pura', para así asegurar que sean solamente los 'sanos' quienes conformen la población humana".

El juez Pettigiani sostiene que media una estrecha vinculación entre eugenesia y racismo, nexo que genera enorme preocupación ante "la irrupción de prácticas masivas de fecundación asistida". Porque, en definitiva ¿que diferencia hay entre el Plan T.4 de Adolfo Hitler, destinado a discriminar y eliminar minusválidos y recién nacidos defectuosos, con la "selección" de embriones que se realiza hoy en numerosos laboratorios, en los que se reserva para la experimentación y la muerte a los más débiles y menos dotados?

Acorde con lo expuesto, advierte en su voto el doctor Pettigiani que "la más leve categorización que hagamos entre seres humanos en cualquier estadio de su existencia distinguiéndolos por el grado de fortaleza o de salud que ostenten a los fines de decidir sobre su eventual viabilidad nos arrastrará inevitablemente hacia una progresiva deshumanización, llevándonos finalmente a consentir las aberraciones más inimaginables, de las cuales el nazismo no ha sido sino una muestra que por cierto puede repetirse bajo otras formas".

Otro voto destacable es el del doctor Eduardo Néstor De Lazzari, en el que efectúa una extensa transcripción del antes citado trabajo de Lucas J. Lennon (51) en el que se recuerda que "la esencia de la condición humana es la existencia misma en ese carácter, y constituye una mera circunstancia el modo autónomo (o autosuficiente) o dependiente (subordinado) en que esa existencia se desarrolla. ¿Es autónomo el bebé prematuro? ¿Lo son, por ventura, cada uno de los integrantes de la pareja de siameses? ¿Lo es el adulto descerebrado que con la ayuda de complicados aparatos y complejo instrumental mantiene su vida vegetativa en una sala de terapia intensiva? Sin em-

(51) Lennon: "La protección penal...", cit., en El derecho a nacer, cit., pp. 58/59.

bargo, nadie osaría negar a esos seres humanos dependientes la plena titularidad del derecho a la vida. No obstante, se esgrime ese frágil argumento para negárselo a seres humanos por nacer, vaciando así de contenido el principio cardinal de toda organización jurídica que consiste en dispensar un trato igual a los iguales, sin discriminaciones sustentadas en categorías artificiosas".

"La vida –apunta seguidamente el juez De Lazzari–, cualquiera sea el modo en que esté exteriorizada, merece respeto. No puede concebirse al desdichado feto como mera suma de cartílagos y arterias, pequeños músculos y órganos malformados, de cuya futura inviabilidad se derive la posibilidad de cancelar el tiempo que le resta, aunque sea exiguo. Con todos los defectos que su desarrollo demuestra sigue siendo persona humana. Y la vida, por más dificultades que presente y por más limitada que se exhiba, siempre es preferible a la no vida". Citando luego a Víctor Pérez Vargas, el doctor De Lazzari subraya que las personas por nacer y las personas físicas conforman dos etapas de la existencia de las que llamamos personas naturales. El derecho a la vida no se encuentra tarifado de acuerdo con la edad del que se protege".

Más adelante, el juez De Lazzari recuerda que la Constitución de la Provincia declara en su Art. 12 que "todas las personas gozan del derecho a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural". Afirma, en consecuencia, que "la vigencia en nuestro ámbito (la provincia de Buenos Aires) de tal precepto permite apartarse del criterio mayoritario establecido por la Corte Suprema de la Nación en la causa "T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (ent. del 11/1/2001) dado que en el ámbito federal no existe normativa de igual naturaleza y por ende el Alto Tribunal ha tornado su decisión en un marco jurídico diverso".

Ante la pretensión de subordinar la vida inocente a otros derechos, el doctor De Lazzari, citando a Gregorio Badén (52) afirma enfáticamente que el derecho a la vida de un ser inocente debe prevalecer sobre otros valores y bienes jurídicos, porque "una limitación parcial y temporal del derecho al bienestar se impone frente a la alternativa de una limitación absoluta y definitiva del derecho a la vida". Por eso –remarca– no es posible asignar prioridad al interés general familiar por sobre la vida del menor.

---

(52) Badent: "El derecho constitucional …", cit., en El derecho a nacer, cit., pp. 33/34.

Breve, pero elocuente, es el voto del doctor Héctor Negri. Comienza señalando la "inmensa desproporción entre los valores en juego". Porque, en efecto, en el juicio confrontan "el dolor de los padres" y el "interrogante tremendo de la vida".

"Este niño –observa el juez Negri– que aún no tiene nombre, es Único, irrepetible, inviolable, no fungible, no canjeable, irreemplazable. De él, de su misterio, apenas si sabemos que padece una complicada patología que lleva a los especialistas a cuantificar en término mínimos las probables proyecciones de su existencia extrauterina. En esas condiciones, entiendo que lo mejor es no privarlo de su derecho a permanecer en el vientre de su madre hasta cumplidos (por decirlo con una frase del Evangelio) "los días del alumbramiento" (Lc. 2.6).

Tales, en síntesis, los fundamentos de una sentencia ejemplar que confiamos señale un rumbo jurisprudencial en la República Argentina.

VII. El comienzo de la vida humana

Como lo expresamos al comentar el fallo dictado por la Corte Suprema en el caso del niño con anencefalia (causa "T. S."), tanto la minoría como la mayoría del tribunal reconocieron que en el ordenamiento legislativo argentino la vida humana se encuentra protegida desde el instante de la concepción.

El 5 de marzo de 2002, al expedirse en los autos "Portal de Belén, Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud s/ amparo", la Corte Suprema, a través de la mayoría de sus integrantes, ratificó esa posición y la amplió con consideraciones muy significativas referidas al comienzo de la vida humana.

Estamos ante uno de los puntos fundamentales de la bioética contemporánea, que frecuentemente ha sido distorsionado en la doctrina y la legislación comparada como consecuencia de un materialismo creciente y de intereses económicos que procuran prevalecer a expensas de la vida inocente.

El relativismo moral que predomina en nuestro tiempo ha contribuido a que surgieran diversas teorías –todas ellas falsas– destinadas a postergar el reconocimiento de la condición humana hasta transcurridos diversos plazos. Algunos que impugnan el criterio adoptado por la Corte Suprema en el juicio de amparo que más adelante comentaremos, pretenden postergar la hominización hasta el anidamiento o implantación del embrión en la pared uterina.

Esta perspectiva no resiste el menor análisis. Porque no hemos sido no humanos antes de ser humanos, y porque el anidamiento no configura ninguna discontinuidad ontológica. Es siempre el mismo ser cargado do potencialidades desde la concepción, que las desarrolla y explicita hasta su muerte.

Como lo sintetiza en breves palabras el profesor Rafael Luis Pineda, "en la fecundación –unión del espermatozoide con el óvulo– comienza una nueva vida, biológica y genéticamente única e irrepetible, por la constitución de un nuevo genoma con aportes genéticos del padre y de la madre, pero sustancialmente nuevo por el re-arreglo génico que ocurre en el apareamiento de los cromosomas por pares" (53). Agrega el mismo autor que "de este modo, ya desde la fecundación, y aun antes de la implantación, este nuevo sistema biológico comienza a actuar como una estructura independiente, dotada de individualidad genética, comportándose como una totalidad en constante y autónoma organización, hasta la constitución, semanas después, de un organismo completo. Se trata, entonces, de un nuevo individuo que comienza su propio ciclo vital, en el que está inscripta su propia naturaleza y en el cual no pueden reconocerse categorías que reduzcan su humanidad o las condiciones de respeto que merece como tal".

En abierto desafío al orden natural, y a la dignidad connatural a todo ser humano, en el curso del siglo XX algunos han intentado alzarse contra las más lógicas conclusiones de la biología y de la antropología filosófica. En general lo han hecho confundidos por criterios materialistas e inmanentistas que prescinden del significado trascendente de toda vida humana. Así hemos visto que se ha intentado postergar el reconocimiento de la condición humana al surgimiento de la cresta neural, a cuando aparecen arcos reflejos, a la existencia de movimientos espontáneos de brazos y piernas, a cuando media desarrollo de la corteza cerebral, a los dos meses, a los tres, al momento del nacimiento o aun después. En fin, verdaderos disparates carentes de sustento razonable.

Un plazo muy difundido es el de 14 días. En realidad –comenta Domingo Basso–, "la fijación del día 14 para la anidación del embrión es completamente arbitraria. Constataciones más recientes demuestran que el mismo anida alrededor del día 7 e incluso antes. La opinión de algunos científicos que proponían el día 14 fue adoptada en el célebre "Informe Warnock" (por el nombre de su autora, Mary Warnock, presidente del Comité de Investigacio-

(53) Pineda, Rafael: Contracepción de emergencia (un mal llamado método contraceptivo).

nes sobre la Fecundación y la Embriología del Departamento de la Salud de la Seguridad Social de Londres) y de allí pasó a otras legislaciones posteriores. Es, sin embargo, un error científico" (54).

Angel Santos Ruiz refuta esta endeble teoría que ha servido, sin embargo, para expandir la muerte prematura de innumerables personas humanas, en los siguientes términos:

No hay motivo válido para posponer el comienzo de la vida humana al momento de la anidación o implantación del embrión. "No hay razón alguna para suponer tal cosa, ya que la anidación –mecanismo que no se produce en la mayoría de las especies animales– no añade nada a la programación del nuevo individuo. Agrega el mismo autor que "después de la fecundación, no puede señalarse ningún momento de cambio radical que autorice a opinar que ahí empieza la vida humana; es una arbitrariedad incompatible con conocimientos elementales de neurobiología. El surgimiento de la cresta neural –primer esbozo del sistema nervioso– no es un dato relevante para cuestionar el carácter plenamente humano del embrión" (55).

Es evidente que el plazo de 14 días carece de todo sustento biológico y filosófico. Sobre el punto, Olsen A. Ghirardi se pregunta: ¿el mero hecho de la anidación hace pasar al embrión de la categoría pre-humana a humana? Y responde: no parece que esta actitud pueda ser sostenida con argumentos científicos o filosóficos (56).

Uno de los propulsores del plazo de 14 días no ha trepidado en formular consideraciones que desnudan el trasfondo de esta doctrina humanicida:

"En mi opinión "dice el doctor Peter Singer titular del Centro de Bioética Humana de la Monash University de Melbourne (Australia), una vez que uno se ha liberado de un mundo dependiente específicamente de concepciones religiosas, puede perfectamente admitir que el embrión de los primeros días no tiene ningún derecho a la vida. De la misma manera que consideramos la muerte cerebral como el fin de la vida humana, deberíamos también considerar el nacimiento del cerebro como el principio de la vida humana. Antes de ese momento podemos utilizar el embrión para la investigación científica con el consentimiento de los 'padres"'.

(54) Basso: op. cit., p. 81.
(55) Cit. por Basso: op. cit., p. 87.
(56) Ghirardi: op. cit., p. 47.

Ante tamaño dislate, Domingo Basso se pregunta: Si, según Singer el embrión no es de la especie humana ¿de qué especie será? Y como Singer agrega que la inexistencia de dolor es otro signo que indica la ausencia de humanidad, habría que responderle que esa estrafalaria hipótesis podría llevarlo a sostener que un ser humano bajo anestesia general no es persona (57).

Como lo explica Alejandro Serani, el cerebro ciertamente es un elemento importante para el desarrollo de la vida humana. "Sin embargo, es obvio que lo que respetamos en el hombre que actúa libremente no es su cerebro, sino al sujeto que posee ese cerebro" (58). Y ese sujeto existe desde que comienza el proceso de la fecundación.

No hay, pues, un "preembrión" que pueda ser tratado como un objeto. Luis Guillermo Blanco señala que negar la condición humana de vida que solo puede ser humana constituye "una suerte de esquizofrenia, en el sentido de negación de la realidad" (59).

Además, como ya lo hemos dicho, donde hay vida humana debe reconocerse filosófica y jurídicamente un sujeto que es persona y, por ende, titular de derechos inalienables. Por eso la Declaración sobre el Aborto que hemos citado anteriormente destaca que "el respeto de la vida humana se impone desde que comienza el proceso de la generación" (60). Esto significa que la protección jurídica de la vida humana debe extenderse al inicio de la fecundación. Como la unión de los dos pronúcleos (masculino y femenino) no es instantánea y se produce en un plazo breve, inferior a las 48 horas, esa célula que los contiene recibe el nombre de "ovocito pronucleado". Pues bien, ese ovocito pronucleado marca el comienzo de una vida humana. Es –como lo señala Blanco– un individuo que procede de células germinales humanas, "obviedad que queda harto corroborada por el simple hecho de que la progenie está definida por la especie a la que pertenecen ambos progenitores, de forma tal que, como bien se ha observado, una vida que se inaugura desde el momento mismo de la fecundación –desde el inicio de esta última, vale aclarar– no llegará a ser nunca humana si no lo es ya entonces".

---

(57) Basso: op. cit, p. 82.

(58) Serani, Merlo: op. cit., p. 227.

(59) Blanco: op. cit., "El preembrión humano" (Apostillas acerca de una falacia y sus consecuencias)", ED, 9/12/1993, p. 14.

(60) Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el aborto provocado, cit., nº 12.

"De allí, pues –concluye Blanco–, que el ovocito pronucleado presente, ontológicamente, una indiscutible condición humana" Por lo tanto, resulta forzoso admitir que desde el mismo instante en que un espermatozoide se pega y comienza a introducirse o ha sido introducido (mediante microinyección) en un óvulo, nos encontramos ante un ser dotado de humanidad, que así ha comenzado su propio ciclo vital y a quien, a todo evento, hay que reconocerle personalidad jurídica (61) y el incuestionable derecho de ser tratado como un sujeto y nunca como un objeto.

VIII. La "píldora del día después"

Lo expuesto precedentemente está estrechamente vinculado a la cuestión resuelta por la Corte Suprema, el 5 de marzo de 2002, con motivo de la acción de amparo promovida por la Asociación Civil sin Fines de Lucro "Portal de Belén", en la que solicitó se le ordenara al Ministerio de Salud y Acción Social que revocara la autorización y se prohibiera la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gabor S.A. cuyo nombre comercial es "Imediat" por tratarse de una píldora que tiene efectos abortivos, encubiertos bajo la denominación eufemística de "anticoncepción de emergencia".

El procurador general, doctor Nicolás Eduardo Becerra, expidió un importante dictamen en el que sostuvo que se encontraba en juego el derecho a la vida, puntualizando que el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico, por lo que su persona es inviolable y "constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental".

Sobre esa base, estimó que el pronunciamiento denegatorio de la Cámara Federal de Córdoba debía ser equiparado a una sentencia definitiva por mediar perjuicios concretos de difícil o imposible reparación ulterior. En tales condiciones, consideró que debían obviarse los ápices procesales que pudieran dificultar la tutela del "primer derecho de la persona humana".

El doctor Becerra señaló que el amparo había sido rechazado con "un criterio en extremo formalista" y que el tribunal a que no había precisado en forma concreta cuáles eran los elementos probatorios que no se pudieron utilizar para dilucidar la cuestión.

---

(61) Blanco: op. cit., p. 14.

Al finalizar su dictamen, el procurador general advirtió que la tutela legal para ser real y efectiva, debe empezar desde el momento en que el individuo vive, y que debe acentuarse cuando "es mayor la indefensión de la persona, ya fuere por su minoridad o por no haber nacido aun". Ello le mueve a sostener que los jueces deben adoptar, en casos en que se encuentra en juego la supervivencia de vida inocente, resoluciones expeditas, "sin obstáculos de índole formal que podrían frustrar definitivamente los derechos en juego", como previsiblemente ocurriría si el tema fuera derivado a las resultas de un juicio ordinario. Por todo ello, consideró admisible el recurso, declaró aplicable la doctrina judicial de la "gravedad institucional", y propuso que se revocara la sentencia para que la Cámara dictara otra ajustada a derecho.

La mayoría de la Corte Suprema, integrada por los doctores Julio S. Nazareno, Eduardo Mohiné O'Connor Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vázquez, declaró admisible el recurso por estar en controversia la interpretación de normas que amparan el derecho a la vida, incorporadas a la Constitución Nacional, al Pacto de San José de Costa Rica, y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Señaló que la cuestión debatida consiste en determinar si el fármaco "Imediat", denominado "anticoncepción de emergencia", posee efectos abortivos al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Para ello consideró pertinente dilucidar si la concepción se produce con la fecundación o con la anidación del óvulo fecundado en el útero materno.

En primer lugar, citando a Domingo Basso, y remitiéndose a los autores mencionados por este autor en su obra "Nacer y morir con dignidad", el tribunal reseñó la doctrina según la cual "el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos". Agregó que, en esa inteligencia, Jean Rostamíd, Premio Nobel de Biología, pudo afirmar que "existe un ser humano desde la fecundación del óvulo". Seguidamente, la Corte Suprema pasó revista a las enseñanzas del célebre genetista Jerome Lejeune, que niega carácter científico a las distinciones entre los términos "embrión" y "preembrión"; y a las de W. J. Larson, profesor de neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinatti (desde ha fertilización hay "un nuevo individuo"); B. Carlson, profesor de Anatomía y Biología Celular en la Universidad de Michigan ("el embarazo humano comienza con ha fusión de un huevo y un espermatozoide"); y T. W. Sadler, profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte ("el desarrollo de un individuo co-

mienza con la fecundación, fenómeno por el cual un espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo").

Puntualizó, también, el Alto Tribunal, en un todo de acuerdo con lo expuesto por el doctor Nazareno en el caso del niño con anencefalia, que es un hecho científico que "el ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles".

Citó, asimismo, el dictamen de la Comisión Nacional de Ética Biomédica –integrada entre otros por un representante de la Academia Nacional de Medicina– con motivo de la sentencia dictada en primera instancia, coincidente "por abrumadora mayoría" con el criterio que venimos reseñando en esta comunicación. Debemos acotar que con el doctor Hugo Obiglio nos expedimos en esa oportunidad, en representación de las Academias Nacionales de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales, puntualizando las razones multidisciplinarias que marcan el comienzo de la vida humana desde el instante de la fecundación. Sostuvimos, por ello, que resulta claro que "provocar la extinción de toda vida humana inocente, desde la concepción hasta la muerte natural, constituye un acto antijurídico desde la perspectiva del derecho argentino".

La Corte Suprema precisó en el considerando 9 que, según surge del propio prospecto del medicamento y del informe incorporado a los autos, uno de los cursos de acción del fármaco "Inmediat" se manifiesta modificando el tejido endometrial y produciendo una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación.

Ante esta comprobación, el tribunal observó que "el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación, constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior". Ello es así porque "todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo". En tales condiciones, frente a la violación de un derecho tan esencial como el que se encuentra vulnerado por la comercialización y distribución del fármaco cuestionado, resulta procedente la vía excepcional del amparo. Por nuestra parte agregamos, a todo evento, que si alguien pudiera albergar alguna duda sobre la tesis científica sostenida en el fallo, la conclusión sería la misma por aplicación del elemental principio in dubio pro vitae. Esta observación es concorde con el principio pro homine que –como lo expresa el Tribunal–, "informa todo el derecho de los derechos humanos".

En su pronunciamiento la Corte Suprema ratificó su doctrina en el sentido de que "el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos, 302:1284; 310:112; 323:1339)". Recordó, asimismo, que la mayoría en la causa "T.S." (y por supuesto las disidencias de los doctores Nazareno y Boggiano) ratificó "el pleno derecho a la vida desde la concepción", y reiteró la doctrina recordada por el Procurador General, en el sentido de que "el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico" (Fallos, 316:479).

Por último, la sentencia reseñó el contenido de los convenios internacionales que dan sustento normativo a la doctrina desarrollada en el fallo. Nos referimos al Pacto de San José de Costa Rica y a la Convención sobre los Derecho del Niño. En su parte dispositiva resolvió revocar el auto apelado, hacer lugar al amparo y ordenar al Estado nacional (Ministerio de Salud) que deje sin efecto la autorización del fármaco cuestionado, prohibiendo su distribución y comercialización.

Los doctores Carlos S. Fayt y Gustavo A. Bossert votaron en disidencia, negando a la sentencia de la Cámara Federal de Córdoba el carácter de sentencia definitiva. Por su parte, los doctores Augusto César Belluscio y Enrique Santiago sostuvieron, de acuerdo con el tribunal a que la acción de amparo no es la vía adecuada para debatir la controversia planteada y que era aconsejable aguardar los resultados de un juicio contencioso.

En rigor, ninguno de los jueces disidentes exteriorizó su disenso con la doctrina fijada por la mayoría. Es cierto que se abstuvieron de hacerlo por las razones procesales que invocaron en sus votos. Pero también lo es que en el caso del niño con anencefalia (causa "T. S.") –como ya lo hemos señalado– no solo los doctores Nazareno y Boggiano, que quedaron en minoría, sino todos los que conformaron el voto mayoritario, reconocieron la intangibilidad del derecho a la vida desde el instante de la concepción.

IX. Comentario final

El diario La Nación, al comentar en términos elogiosos el fallo dictado por la Corte Suprema en el caso "Portal de Belén", destacó el "deber del Estado de impedir la libre circulación de productos potencialmente aptos para interrumpir el desarrollo de la vida humana". Expresó, seguidamente, que "más allá del hecho de que la prohibición expresa del fallo recae solo sobre una de las marcas que distribuyen el producto lo que dejaría abierta la posi-

bilidad de que otros fármacos similares circulen en el mercado, se debe subrayar lo que el fallo significa como reafirmación jurídica del principio de defensa de la vida" (62).

La observación de La Nación es exacta. Las sentencias judiciales tienen imperio inmediato solo respecto de las partes y del tema concretamente resuelto en el fallo. Pero ello no excluye que la Corte Suprema es un tribunal de casación federal que, en ese carácter, ha interpretado y aplicado la Constitución Nacional y los tratados internacionales que protegen la vida desde la concepción, señalando –como ya lo hemos anotado– que "todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo" y, por ende, violatorio de esas normas fundamentales.

La decisión del tribunal debería tener, por consiguiente, fuerza suficiente como para que el Ministerio de Salud, a través de la ANMAT, revoque toda autorización conferida a fármacos análogos que tengan iguales efectos abortivos. En caso contrario, funcionarios, fabricantes, distribuidores y médicos que los receten podrían ser considerados penalmente responsables como partícipes necesarios de los abortos que provoque cualquier medicamento que tenga efectos similares a los del "Imediat". Es algo que deberían meditar quienes tienen atribuciones para hacer cesar la comercialización de tales productos.

(62) La Nación, Editorial, 9/3/2002, p. 18.

NECESIDAD DE CAMBIOS EN LA POLÍTICA EXTERIOR DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR EN EL ORDEN DE SEGURIDAD Y DEFENSA

Por Gustavo Marcelo Franco Ayala (*)

Los cambios que comporta la globalización, están produciendo una redefinición en los conceptos mismos de defensa y seguridad, y en la organización de estrategias de las instituciones de defensa. El estudio de la defensa tiene un interés particular porque revela transformaciones que se están produciendo en el Estado contemporáneo y en su rol como actor en el proceso de globalización.

Ante esta realidad, nos preguntamos cuál debería ser el papel del MERCOSUR ampliado en un mundo de rápida transformación, al que los acontecimientos acaecidos el 11 de septiembre habían despertado bruscamente del sueño de un orden estable y sin conflictos.

Según un breve análisis de la situación, afirmamos que ha llegado el momento de que el MERCOSUR asuma sus responsabilidades en el gobierno de la globalización.

El MERCOSUR debería ser una potencia que enmarcase la globalización, según los principios de ética, anclándola en la solidaridad y el desarrollo sostenible, lo que hace necesario desarrollar una política exterior de defensa y seguridad, más coherente reforzando la sinergia entre los Estados Partes y Asociados.

(*) Universitario, Coordinación de Investigación Científica y Tecnológica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

Introducción

"El crimen organizado tiende hoy a adquirir un carácter impersonal y anónimo. Avalándose en las nuevas tecnologías se está convirtiendo en una fuerza universal y sus grupos en verdaderas multinacionales del crimen"... "La caída de los regímenes comunistas y la fragmentación de la Unión Soviética, la decadencia de las instituciones en los países en vías de desarrollo, la pérdida de consistencia del tejido social y la marginación en las sociedades desarrolladas, han permitido el rápido crecimiento de las mafias a nivel internacional".

"Todo ello hace que el crimen organizado engangrene el mundo de los negocios, corrompa a la clase política, amenace el derecho de las personas, debilite la credibilidad de las instituciones y mine la vida democrática de la sociedad". Ciudad de Nápoles, entre el 21 y el 23 de noviembre de 1994 - Butros Gali, Secretario General de las Naciones Unidas.

Los cambios que comporta la globalización están produciendo una redefinición en los conceptos mismos de defensa, riesgo, o seguridad, y en la organización y estrategias de las instituciones de defensa. El estudio de la defensa tiene un interés particular porque revela transformaciones que se están produciendo en el Estado contemporáneo y en su rol como actor en el proceso de globalización.

El objetivo del presente trabajo es analizar cómo afectan los cambios en el entorno a las instituciones militares y de defensa en la región del MERCOSUR en los últimos quince años. Se estudian las transformaciones en las concepciones geoestratégicas, la percepción de los "riesgos", la reestructuración de la industria militar y las variaciones en las actitudes de la opinión pública. Se presenta un modelo explicativo sobre la forma en que esas transformaciones afectan a la organización de la defensa y a la naturaleza de las misiones militares en los Estados Miembros.

La defensa ocupa una posición clave en la estructura tradicional de los Estados modernos, fuertemente jerarquizados y centralizados, con una base territorial, una ideología de patria, y un sistema de servicio militar que define los países y situaciones que suponen un riesgo, y trata de fomentar los valores de la defensa en el resto de la sociedad.

El estudio de los procesos en la defensa y seguridad contemporánea tiene un doble interés. Por un lado, ofrece un escenario privilegiado para ana-

lizar los cambios en el rol del Estado como actor en el proceso de globalización a la luz de sus interrelaciones con otros actores. Por otro lado, interesa analizar la naturaleza de los nuevos conflictos.

Este trabajo analiza cómo afectan los cambios en el entorno derivados de los procesos de globalización a las instituciones militares y de defensa interrelacionadas. Se interesa por cuatro aspectos: la estructura internacional de la defensa, la opinión pública en temas de defensa, la industria militar y las organizaciones defensivas. Presta atención a cuatro factores: económicos, tecnológicos, geopolíticos y socioculturales.

La Seguridad y la Defensa deberán buscarse a través de la Cooperación entre los Estados Miembros para que mediante el diálogo entre Estados se establezcan lazos que garanticen la seguridad en el continente. Es improrrogable la necesidad de iniciar consultas entre los jefes de Estado o de Gobierno, la suscripción de un Acuerdo o Acta que establezca principios para la seguridad y la convivencia entre Estados y dar inicio a un proceso de diálogo, que se destacara por afirmar principios como la igualdad soberana entre Estados (lo que se traducirá en la equidad de derechos), el rechazo del uso de la fuerza, la inviolabilidad de las fronteras, el respeto por los Derechos Humanos y la libre determinación de los pueblos.

Prever la celebración de Cumbres o Conferencias periódicas en las que se aprueben medidas de cooperación en los terrenos económico, de seguridad (con un apartado especial sobre temas mediterráneos) y humanitario. Sus particularidades deberían ser que no se creara una organización como tal, sino un "proceso" (nada tangible excepto las reuniones) y que las decisiones fueran tomadas por consenso (es decir, ausencia de objeciones). Con lo cual daría una interesante aportación conceptual a las relaciones internacionales al interpretar la seguridad como un complejo multidisciplinar, en el que no se abordaran solo temas militares y de desarme, sino también asuntos económicos, de reagrupación de familias, de respeto por las minorías internas, etc.

La antigua división entre asuntos internos de un Estado, esfera reservada al orden jurídico nacional y al ejercicio absoluto de su soberanía, y asuntos internacionales donde se involucran dos o más Estados conforme al derecho internacional público, los usos y costumbres de las relaciones interestatales o la simple apelación al empleo de la violencia para la resolución de las controversias, pierden paulatinamente su vigencia.

Según los profesores británicos David Held y Antony McGrew: "El

concepto de globalización define un proceso o conjunto de procesos universales que generan una multiplicidad de vínculos e interconexiones que trasciende a los Estados y sociedades que conforman el sistema mundial moderno". "Las actividades sociales, políticas y económicas están siendo "extendidas" a través del globo de manera tal que los acontecimientos, decisiones y actividades que ocurren en un lugar del mundo pueden ser significantes de inmediato para personas y comunidades que se encuentran en sitios bastante distantes del sistema global".

El contexto internacional vigente durante la guerra fría (1946 - 1991) estuvo dominado por condicionamientos estratégicos rígidos, cuya desaparición ha dado lugar al desarrollo de particularidades propias del actual estado de los asuntos mundiales. La guerra fría configuró un sistema bipolar, liderado por las dos superpotencias de esa época. La multiplicación del armamento nuclear a disposición de ambas, con la amenaza de un holocausto que pusiera fin a la civilización, generó un balance estratégico que condicionó, de un modo casi total, la agenda internacional del período, con un fuerte predominio de las cuestiones de seguridad.

Hacia fines de la década de los años ochenta repentinamente se modificó todo el escenario internacional. Como muy bien señala Eric Hobsbawn: "El fin de la guerra fría suprimió de repente los puntales que habían sostenido la estructura internacional y, hasta un punto que todavía somos incapaces de apreciar, las estructuras de los sistemas mundiales de política interna. Y lo que quedó fue un mundo de confusión y parcialmente en ruinas, porque no hubo nada que los reemplazara. La idea, que los portavoces norteamericanos sostuvieron por poco tiempo, de que el antiguo orden bipolar podía sustituirse con un nuevo orden mundial basado en la única superpotencia que había quedado y que, por ello, parecía más fuerte que nunca, pronto demostró ser irreal. No podía volverse al mundo de antes de la guerra fría, porque era demasiado lo que había cambiado y demasiado lo que había desaparecido: todos los indicadores habían caído, había que modificar todos los mapas. A políticos y economistas acostumbrados a un mundo de una sola clase incluso les resultaba difícil o imposible apreciar los problemas de otra clase".

Antecedentes

La doctrina de la "seguridad preventiva" marca una transformación fundamental en los preceptos de seguridad que han orientado la política exterior, principalmente y casi exclusivamente, de los Estados Unidos a lo largo del siglo XX.

A partir de esta nueva doctrina, los Estados Unidos abandonan la tradición de actuar en los grandes conflictos bélicos como líderes de coaliciones multinacionales. Esta fue la forma en que los americanos se involucraron en la Primera y Segunda Guerra Mundial y, en menor medida, en los conflictos de Corea (1950 - 1953), Vietnam (1965 - 1975) y Granada (1986) y en la "Guerra del Golfo" (1991).

Otro importante cambio en la política de defensa y seguridad es el anuncio de que "Estados Unidos actuará contra las amenazas emergentes antes de que ellas estén completamente formadas" y que "en el nuevo mundo que hemos entrado el único camino para la paz y la seguridad es el camino de acción" –a diferencia del camino anterior basado en la disuasión–.

El aspecto medular de la nueva política estadounidense radica en la acción preventiva en destruir las amenazas "antes de que alcancen nuestras fronteras". Estados Unidos no dudará en actuar solo si lo considera necesario en el ejercicio de su autodefensa. Así abandona también la "doctrina de la retaliación", es decir, la tradición de actuar únicamente después de ser atacado.

Más recientemente, la lucha abierta contra el terrorismo y la invasión de Afganistán para destruir las bases de Al Qaeda son una respuesta a los atentados del 11 de septiembre de 2001.

Esta combinación de "unilateralismo" y "acción preventiva" no puede dejar de despertar en los pueblos del tercer mundo reminiscencias de la "del big stick", cuando el presidente Thedy Roosevelt defendía los intereses norteamericanos enviando cañoneras y "marines" para castigar a cualquier gobierno que pretendía defender sus economías del atropello imperial. Ayer –como hoy–, "la política de las cañoneras" se llevaba a cabo sin ninguna consideración por el derecho internacional y los derechos humanos de las poblaciones que recibían en forma directa los efectos de la violencia imperialista.

La política del ataque preventivo ha recibido fuertes críticas incluso en los Estados Unidos.

Se observa ahora una situación de poder general difuso, el cual es ejercido por múltiples actores en diversos campos y sustentado por diversos atributos.

Esta situación ha introducido un fuerte ingrediente de incertidumbre en la evolución de los asuntos mundiales, debido al cual es difícil anticipar es-

tratégicamente tanto los acontecimientos como sus consecuencias, generando así condiciones contextuales más riesgosas y menos previsibles.

La experiencia en estos últimos años nos permite reflexionar sobre las estrategias que deben diseñarse hoy, en función de las posibilidades y los requisitos que exigen una mayor incorporación a la seguridad y defensa de los procesos de integración a nivel mundial.

Se ha vuelto evidente que, en general, las políticas públicas adolecen de importantes limitaciones que comprometen la gobernabilidad democrática. Esta situación se puede plantear por el divorcio existente –tanto en la etapa de diseño como en su ejecución– entre las políticas económicas y las sociales, más aún si estas últimas tuvieran que relegarse al papel "de medidas compensatorias" de carácter asistencial, destinadas más a atenuar el costo social de las reformas y los ajustes económicos en curso que a promover un desarrollo integrador.

Se debe tener en cuenta que el presente se encuentra con una tendencia de una creciente gravitación de los procesos económicos, sociales y culturales de carácter mundial, que hoy se lo conoce como el proceso de globalización, aunque sus raíces se remontan a siglos en la historia. Este proceso exigirá el diseño de estrategias en función de las posibilidades que ofrece y los requisitos necesarios para una mayor incorporación a la economía mundial, al abordarse la relación entre seguridad y defensa con el desarrollo integral.

La Globalización es un fenómeno real de alcance mundial. La integración regional es una estrategia para hacer frente a la globalización. Cuándo y con quién usar es necesario definir.

Antecedentes históricos

En un primer momento la política exterior operó en un mundo relativamente estable y simple, el escenario estaba ocupado fundamentalmente por las relaciones entre las grandes potencias; sin embargo en el mundo de hoy, 60 años después de la Segunda Guerra Mundial, el escenario mundial es cada vez más dinámico del cual se deriva la creciente complejidad del mundo en general y del sistema internacional en particular.

Como es sabido, la geopolítica condiciona la diplomacia de un Estado tomando como parámetro, entre otros, los factores como economía, geografía, razas, etc. En este sentido, la mediterraneidad de uno de los Estados Par-

te, o como se llama ahora “un país sin litoral marítimo” condiciona fuertemente la acción exterior del país, fundamentalmente en el comercio y los productos locales; si bien existen referentes que indican que ese factor es superable; sin embargo, siempre lo condicionan sea por la distancia, por los costos de fletes, por las dificultades en las exportaciones de productos nacionales a su paso por los países vecinos, etc.

A partir de esa fecha se han dado numerosos e importantes pasos hacia la inserción de lo países de esta parte sur del continente sudamericano, en el escenario internacional, luego de una larga y casi inexistente, debido principalmente al tipo de gobierno que hasta entonces se tenían , entre ellos la apertura hacia otros Estados, el reconocimiento o la aceptación de la competencia de los Organismos Internacionales sobre los Derechos Humanos, pasando por otros hechos, se llega a la firma en Asunción del Mercado Común del Sur o MERCOSUR, como uno de los más importantes aciertos de la diplomacia, a pesar del lento avance y los retrocesos de este sistema de integración. Una vez que, a mediano plazo, se pueda asentar definitivamente este sistema, se pueda avanzar hacia la realidad definitiva de la siguiente etapa que sería, conforme a las informaciones y datos manejados, la Unión de Naciones Suramericanas o UNASUR, en donde como bloque se tendría un mayor peso en el escenario internacional al constituirse de ese modo en la quinta economía mundial.

Costos

El Estado ha dejado de monopolizar el manejo de las relaciones externas, debido a la intervención de nuevos actores en la escena internacional y este es el caso de las ONG‘s y las transnacionales, como corolario de los acelerados procesos de globalización, cuyo influjo desde un punto de vista económico, ha permitido la liberalización del comercio, la facilitación de las inversiones entre los diversos países del hemisferio, integrando la economía mundial, dejando atrás aquellas barreras comerciales de antaño, incluidos problemas de tiempo y distancias geográficas, los mismos que han generado la intensificación de las relaciones comerciales de bloque a bloque y entre países vecinos y limítrofes; asimismo, ha permitido el intercambio cultural y tecnológico, inclusive integrarlos políticamente.

Ahora cada país deberá analizar en detalle lo que las propuestas significan en relación a sus específicos intereses ofensivos y defensivos. No hay mucho más espacio para generalidades. Es decir, deberán afinar sus números y estimar costos y beneficios concretos, tanto en el corto como en el largo

plazo. Por cierto que ellos serán tanto comerciales como políticos y, estos últimos, en especial en el plano interno.

Tres son los productos principales de estos largos años de integración europea: reglas, redes y símbolos.

Reglas que pueden penetrar en la realidad

Encuadran el trabajo conjunto permanente entre los países socios y conforman el acervo comunitario, núcleo duro de compromisos que balizan el camino para quienes operan en el mercado integrado y protegen los intereses de todos los socios, especialmente los de menor dimensión.

Redes de todo tipo –no solo empresarias– que constituyen el tejido de intereses sociales que sustentan el proceso de integración. Son las solidaridades de hecho que imaginó Jean Monnet.

Y símbolos –bandera, euro, pasaporte, carril en los aeropuertos, patente de vehículos, entre otros– que son puntos de referencia que vinculan a los europeos con el proyecto común.

Son tres productos entrelazados que generan razonables expectativas de evitar el fracaso de la idea fundacional. Tener claro que ellos son la esencia de un proceso voluntario y permanente de integración entre naciones soberanas es quizás otra lección que se puede extraer de esta experiencia europea en relación con el aún embrionario Mercosur.

Los conflictos resultantes de los riesgos hacen que se politicen ámbitos antes ocultos o no abiertos a debate. Un riesgo es un efecto negativo o no deseado de algo que ahora no sucede pero que puede suceder si no se toman medidas apropiadas en el asunto. Existe una percepción social del riesgo y esta es cada vez más sensible a numerosas áreas de la vida moderna. El aumento de la sensibilidad de la opinión pública por los riesgos hace que se deba ofrecer una justificación pública de los costes y beneficios de ciertas decisiones. Eso favorece la democracia. Se discute sobre los avances genéticos, productos transgénicos, y en general sobre las consecuencias del desarrollo técnico, incluso antes de que este se produzca (technological citizenship).

Otro tipo de teorías ponen el acento en la cultura. La globalización económica trae cambios profundos a nivel cultural. Se produce una conver-

gencia por la que se unifican modos de vida, símbolos culturales, o conductas de consumo. La concentración de capitales y la combinación de tecnologías llevan a que las grandes compañías telefónicas se unan a las televisivas. La cuestión es si la globalización cultural está trayendo la homogeneización cultural. Ronald Robertson sostiene que la globalización corre pareja a la localización. Lo local y lo global no se excluyen mutuamente. La globalización significa también acercamiento y encuentro de culturas locales, las cuales se redefinen en el marco del nuevo contexto. Se produce una re-localización, una nueva forma de localismo, lo cual no significa volver al tradicionalismo sino de releer la tradición a la luz del nuevo contexto global.

La globalización también tiene consecuencias para la vida de las personas. Surgen nuevas comunidades transnacionales. Tienen que vivir y trabajar juntas personas de distintas procedencias. Cada vez más se trabaja juntos en lugares geográficamente muy separados. Pero junto a estas nuevas comunidades, la globalización destruye otras locales más tradicionales.

Esta idea de la autonomía de lo local la desarrolla Arjaun Appadurai. Habla de paisajes étnicos en el sentido de personas en constante movimiento. Son turistas inmigrantes, refugiados, exiliados, o trabajadores extranjeros. El trasiego de culturas hace que cambie la cultura tanto de destino como de origen. La mezcla puede ser tan compleja que es posible construir mundos y culturas imaginarias.

Las fronteras están amenazadas también por las corrientes de información. Esta estaba monopolizada por los gobiernos. Ahora, a través del satélite o Internet es posible saltarse la censura gubernamental, conocer nuevas perspectivas y ampliar las miras. Las personas juzgan su modelo de vida con el modelo de vida posible que les ofrece la televisión o Internet.

La globalización también es un nuevo reparto de los privilegios, pobreza, perspectivas de futuro, libertad, o poder. Existe un nuevo proceso de estratificación a nivel mundial. Un factor que cambia, según Zygmunt Bauman, es que los ricos ya no necesitan de los pobres para hacerse ricos (Beck 1998; 89). Se han perdido los nexos entre pobreza y riqueza con lo que la solidaridad es más difícil. Para unos la globalización abre mundos para otros los cierra. Bauman no aclara bien porqué y cómo se produce la quiebra de la solidaridad. Tampoco ve la posibilidad de una solidaridad cosmopolita que compense la polarización entre pobres y ricos. Sin embargo una de las tendencias que trae la globalización es el aumento de la conexión de los problemas del primer y tercer mundo (movimientos migratorios, riesgos ecológi-

cos). Los riesgos globales pueden llevar a un aumento de la solidaridad contrariamente a lo que sostiene Ronald Robertson Algunos de esos cambios tienen un particular impacto en la defensa militar. Las sociedades postmodernas no tienen una moral o un sistema de valores unitario. La solidaridad se expresa de nuevas maneras al margen del Estado (ONG, asociaciones, trabajo voluntario).

El mundo es, a la vez, más internacional y más local. Más internacional porque las economías de los Estados dependen mutuamente y las comunicaciones son globales pero también porque los problemas modernos no tienen fronteras (medio ambiente, paz, terrorismo, delito organizado). Por otro lado, los Estados pierden protagonismo.

El nacionalismo y lo local tiene una importancia creciente. En contraste, las estructuras de defensa se han vinculado tradicionalmente al concepto decimonónico de Estado. Los Estados nacionales deben gestionar ahora demandas contradictorias.

Por una parte, deben mantener un sentido de identidad nacional que los justifique. Al tiempo deben intentar fomentar el desarrollo económico en un contexto de economía global que escapa a su control. Deben atender a necesidades sociales, de seguridad ciudadana, de justicia, etc. en un contexto de escasez de recursos fiscales, Al tiempo deben hacer compatibles estas necesidades con las exigencias de pertenecer a estructuras internacionales y las demandas que les plantea los nuevos poderes locales. El Estado contemporáneo debe organizar su seguridad en el contexto de un mundo nuevo y lleno de contradicciones.

Los cambios sociales, económicos, políticos, geoestratégicos e institucionales recientes han traído cambios en las estructuras nacionales. Se está produciendo una redefinición en los conceptos mismos de defensa, riesgo, seguridad y en la orientación de las instituciones internacionales. Como consecuencia, las estructuras y las políticas de defensa y seguridad de los países desarrollados están en transición. Como ocurre en todas las transiciones, el momento es de incertidumbre. A esa incertidumbre se añade la complejidad de la vida internacional y la rapidez con la que se suceden los acontecimientos. Los factores que están incidiendo en los cambios en la seguridad son tantos y tan complejos que es difícil prever evoluciones siquiera a medio plazo.

Las amenazas se han tornado múltiples, impredecibles y difusas.

Ya no provienen de un Estado concreto o de una frontera sino de factores étnicos, criminales, religiosos, nacionalistas o ecológicos que los Estados apenas pueden controlar. La naturaleza de esas amenazas unida a la complejidad de las relaciones internacionales hacen que las alianzas defensivas no cubran todos los aspectos que amenazan a un país y que sea más difícil la respuesta. En ese sentido no son fiables por completo.

Sin embargo, los gobiernos mantienen posiciones de cautela frente a los cambios.

La falta de seguridad ciudadana ha pasado a ser en los últimos tiempos uno de los temas centrales de preocupación de los ciudadanos y, por tanto, una de las cuestiones a resolver por los responsables políticos de principios de este siglo. De este modo, Kris Bonner dice: "El interés de la población que hace referencia a la delincuencia ha aumentado enormemente en los últimos años. (....). La seguridad es una condición necesaria para el funcionamiento de la sociedad y uno de los principales criterios para asegurar la calidad de vida".

De este modo, por ejemplo, hemos asistido impávidos a la equiparación entre inmigración y delincuencia. Si reflexionamos, lo que tendremos que aducir es que detrás de la inmigración lo que hay es el respeto a la diversidad: resulta evidente, que lo que es diferente ha de ser tratado de manera diferente.

Por ello podemos precisar como muy acertadas las palabras de Albert Buitenhuis, quien afirma:

"La gente piensa, siente y actúa de manera diferente, y eso significa que no todo el mundo tiene las mismas habilidades. De hecho, siempre ha habido diferencias entre la gente: es un fenómeno común. A lo sumo, nosotros podemos concluir que nuestra sociedad está convirtiéndose progresivamente en diversa. Esta realidad, no obstante, de ninguna manera es el resultado de la corriente constante de inmigrantes. El hecho de que la gente es diferente también tiene un efecto en las organizaciones y, por lo tanto, la cuestión de si tendríamos que trabajar o no con la diversidad dentro de las organizaciones es, en consecuencia, irrelevante, porque lo hemos estado haciendo durante siglos. (....)".

"Sin embargo, nuestra cultura no apoya a la diversidad. No nos gusta la gente que se desvía de los demás, no porque tengamos mentalidades estre-

chas, sino porque este hecho comporta problemas y las organizaciones encuentran difícil tratar con problemas de esta naturaleza".

Esta realidad indiscutible y el hecho de que siempre haya sido así y que siempre lo será, explica por sí misma el porqué de la seguridad. Los responsables de satisfacer esta necesidad objetiva de seguridad somos las mismas personas y la comunidad en que estamos inmersos.

En este sentido, son las diferentes comunidades políticas quienes desarrollan, legitiman y consecuentemente, gestionan las políticas de seguridad.

La inseguridad ciudadana se ha convertido en uno de los grandes desafíos de las sociedades contemporáneas. El impacto del fenómeno sobre la calidad de la vida de los ciudadanos obliga a los gobiernos nacionales y locales y a los sectores organizados de la sociedad, a diseñar esquemas alternativos a los existentes que, siendo en su cometido de disminuir los niveles de inseguridad, no sacrifiquen el avance de la Democracia y el respeto por los Derechos Humanos y las Garantías Ciudadanas.

Con la democratización de nuestras sociedades y la puesta en vigencia de las Constituciones políticas, a las tareas policiales de represión y prevención del delito, se les añadió y antepuso el de protección de los derechos y de las libertades de los ciudadanos, utilizándose en muchos de ellas lo siguiente:

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Formulación moderna, pero a la vez tradicional; puesto que sus antecedentes evidentes se encuentran en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano:

La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública: esta fuerza es, pues, instituida en beneficio de todo el mundo, y no para la utilidad particular de aquellos a quien ha estado confiada.

La inseguridad no puede reducirse únicamente a los problemas de criminalidad. La inseguridad es una problemática compleja: está atada a los problemas de sanidad, de medio ambiente, de urbanismo, de formación; es el resultado de desigualdades crecientes en el acceso a los recursos; pone en juego conflictos de intereses, sobre todo con respecto a la división y al uso

del espacio y de los ritmos de la ciudad (tiempo libre por la noche, deportes, prostitución). La inseguridad es un riesgo urbano al que hace falta darle respuestas civiles. Manifiesto y Resoluciones de los temas abordados por las ciudades europeas sobre Prevención y Seguridad en la conferencia de Nápoles los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000.

Sin lugar a dudas la seguridad ciudadana es un tema que concita la atención actual. Casi todas las plataformas políticas han sentado sus bases de proyección en función a este tema, pero esto no es un tema que se proyecta solo en este tiempo, este tema tiene ya sus bases fundamentales desde los inicios de la existencia del hombre sobre la tierra. Se consideraba la seguridad como una condición inherente a la vida del ser humano, un privilegio como elemento fundamental para su desarrollo físico y social.

Conforme crecen las ciudades, conforme crecen las necesidades de seguridad, empiezan a formarse las organizaciones más complejas, con mejor infraestructura, mayor exposición de acciones directas para mantener la tranquilidad y el orden dentro de estas comunidades.

Desde allí empezamos ya a comenzar a actuar previniendo la acción delincuencial porque interrumpía el desarrollo normal de las actividades de las comunidades. Es por eso que se empieza a perfilar las nuevas políticas que tienen en consideración que los gobiernos deben enfrentar a la delincuencia como una prioridad para alcanzar niveles de tranquilidad y allí la policía empieza a especializarse, comienza a delinear nuevas estrategias para poder solventar esos espacios de intranquilidad.

Empezamos a darnos cuenta de que con tranquilidad y sin delincuencia, las ciudades necesariamente tienden a ser más seguras y una ciudad más segura, aumenta rápidamente su desarrollo hacia el logro de sus objetivos más especiales.

Debemos comprender que la seguridad abarca todas las instancias en donde el ser humano desarrolla sus iniciativas.

Por otro lado se habla de la seguridad, no como un problema delincuencial, de delincuencia menor o de crimen organizado. Debemos hablar de presentar iniciativas, participar activamente. Es necesario recordar una palabra que desde hace mucho tiempo no se encuentra en nuestro léxico, la solidaridad. Se ha perdido su práctica, cada uno nos aislamos en nuestros propios problemas y evitamos inmiscuirnos en lo que no “nos compete” y así evitan-

do inmiscuirnos en los problemas de los demás, estamos evitando inmiscuirnos directa y participativamente a la solución del problema del Estado. No se hace, porque no se quiere romper marcos, siempre estamos atados a tradiciones, conservadurismos o a ideas trasnochadas. Debemos cambiar.

La conciencia de seguridad debemos tenerla todos. Una conciencia de seguridad no solamente nos debe orientar a mirar a los delincuentes; la conciencia de seguridad nos lleva a tomar actitudes definidas que no desentonen con el común denominador de los ciudadanos respetuosos de los derechos de los demás y también haciendo prevalecer lo propio.

En un análisis desde la óptica de mayor escepticismo, en el MERCOSUR se puede recoger algunas de las opiniones que al respecto han circulado en los países de los Estados Parte:

– Las grandes dificultades que se han instalado en países de mayor dimensión económica, principalmente en los primeros años del presente siglo, hasta hoy, hacen que los esfuerzos de integración en la región se vean prácticamente imposibilitados para intentar una negociación cooperativa. Ante esta situación, ¿cómo podrían hacerse propuestas confiables de integración en el MERCOSUR?

– El naufragio del MERCOSUR se debe al hecho de que no hubo entre los principales protagonistas de la integración, personas con poder de trazar directrices y hacer que ellas se cumplan en sus respectivas instituciones y en sus respectivos países, fundamental para conformar un bloque con un mínimo de consistencia.

– Las acciones concretas y el énfasis de los principales países miembros se restringieron a las cuestiones puramente comerciales y todo era puesto en “la mesa de negociación”, con lo que se pretendió condensar los postulados y consecuentemente las acciones de todo el proceso, ya que la oferta de integración era dictada, o por lo menos pretendía serlo, por los miembros de mayor dimensión económica.

– Además, ahora que los Estados Unidos puede realizar bilateralmente negociaciones de integración económica con países individualmente, cuando cuenta con la llamada “vía rápida”, le va a dar un gran impulso al libre comercio en todo el hemisferio (ALCA).

En tanto que un análisis optimista nos da cuenta de manifestaciones de interés a favor del proceso:

– Los cuatro Estados Partes, individualmente considerados, tampoco hubiesen aumentado su proporción en el comercio global sin el MERCOSUR. Argentina ni Brasil han tenido una gran integración con la economía global, por lo menos en términos relativos.

– No hace falta esperar el funcionamiento del ALCA para convertir toda la región en una zona de libre comercio. Esto también es evidente. Independientemente de todos los problemas en el MERCOSUR como bloque y en sus países fundadores, individualmente considerados, lo que está claro es que el libre comercio es y será el objetivo fundamental en todo el hemisferio. Es obvio también que la desgravación tiene que ser gradual para evitar que los países y los sectores de productividad más elevada terminen desarrollando una competencia ruin frente a los de menor productividad.

– Probablemente, la estrategia más sensata en el mundo moderno sea la de proseguir los objetivos del libre comercio del MERCOSUR de sus países asociados, indudablemente mejor antes que después de que el ALCA eche a andar, estableciendo previamente alianzas de librecambio con otras zonas sudamericanas en proceso de integración, y en lo posible, en términos de instancias supranacionales.

La construcción del proceso de integración fue desde el inicio encaminado a la concreción de un espacio común integrado como Mercado Común, siendo este el principal objetivo y meta trazados en el Tratado de Asunción; pero fue necesario supeditar este objetivo al momento en que las circunstancias políticas, económicas e internacionales lo permitieran.

Los objetivos contenidos en el Tratado de Asunción; hicieron pensar en una integración progresiva en la cual sería necesario establecer órganos comunes o comunitarios, superando los de naturaleza intergubernamental, y que el proceso seguiría construyéndose por medio de normas comunitarias, caracterizadas como prevalentes sobre las normas nacionales contrapuestas, de efecto directo de las normas en el territorio de todos los Estados Partes y por la posibilidad de que sean invocadas de forma directa por los particulares.

La expectativa de concretar una integración comunitaria de carácter supranacional exige modificar o adecuar las constituciones nacionales de los

Estados Partes, para contar con el marco constitucional, lo que hace prorrogar la constitución de un mercado común a corto plazo.

La experiencia demostró que esta situación no ha sido un obstáculo para seguir adelante, ni que haya impedido construir el ordenamiento jurídico del MERCOSUR; las puertas están abiertas para el momento en que los Estados Partes consideren que existan las condiciones adecuadas para que el bloque cree tales instituciones. Los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio y el consenso aconsejarán la oportunidad o necesidad de dar un paso en tal sentido.

El perfeccionamiento y profundización son propios de un proceso de integración y ninguna crisis, aun la más severa, deben impedir su realización, todas las instituciones están sujetas a un permanente examen para la adecuación, actualización y perfeccionamiento institucional.

Bibliografía

Arjaun Appadurai. *La Aldea Global* - Globalización.Org

David Held y Anthony McGrew. 2003. *Globalización / Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden Mundial*. Paidós, Barcelona 2003.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Eric John Ernes Hobsbawn. *Historia del siglo XX*: 1914-1991. P. imprenta: Barcelona. 1997. 1a ed..

Held David. *La democracia y el orden global*. Editorial Paidós, Barcelona 2002.

Tratado de Asunción.

Ulrich Beck (2005). *Power in the Global Age*. Cambridge: Polity Press.

Zygmunt Barman. *La globalización: Consecuencias humanas*, publicado 1999.

Fondo de Cultura Económica.

GOBIERNO ELECTRÓNICO: REFLEXIONES JURÍDICAS EN RELACIÓN A LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Por Javier Parquet Villagra (*)

Sumario: 1.- Introducción 2.- Advenimiento de una cultura jurídica digital 3.- Función administrativa y herramientas tecnológicas 4.- Aplicaciones del gobierno electrónico y principios jurídicos rectores 5.- Mundo virtual y derecho resultante 6.- Asimilación tecnológica y articulación del marco jurídico paraguayo 7.- Inclusión digital y responsabilidad del Estado.

1. Introducción

El tema que nos ocupa nos sugiere cambio y transformación. Nos invita a imaginarnos un nuevo orden social y jurídico, basado en condicionantes distintos.

Los conductos tradicionales de interacción humana sufren una radical transformación con las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, herramientas científicas concebidas por el ingenio del hombre, llamadas a alterar profundamente las relaciones de los ciudadanos entre sí y los vínculos con sus gobernantes (1).

Así, los canales de comunicación y las posibilidades de acercamiento entre personas distantes se han ampliado, cualitativa y cuantitativamente,

---

(*) Profesor Asistente de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

(1) Fountain, Jane, *"Building the Virtual State"*, Brookings Institution Press, 2001.

causando una transformación innegable en la sociedad, con el potencial de mejorar la calidad de vida de cientos de miles de personas.

Coincidentemente, se articulan y evolucionan, seducidos por la tecnología, nuevas maneras de ejercer el "imperium", y se gesta la sustitución de las formas y canales tradicionales de actividad estatal por la gestión pública a través de medios electrónicos.

Con la irrupción de la tecnología, refería un autor que *"el jurista sospecha que hay un terremoto que afecta el suelo sobre el cual está parado"*

En razón a ello, nos interesa particularmente reflexionar sobre la repercusión y proyección jurídica general del fenómeno de la *Sociedad Tecnológica*, y en particular sobre la incidencia de este nuevo orden en la gestión administrativa del Estado.

2. Advenimiento de una cultura jurídica digital

Existe una directa relación entre el desarrollo, acceso y uso de la tecnología y la apropiación y valoración psicológica que las personas configuran a partir de ellas (2).

La cultura digital no es el cúmulo de acciones que promueven la masificación de la nuevas tecnologías, sino aquella telaraña de sentidos y significados que las personas han construido socialmente en torno al uso y apropiación de estas (3). David Silver define la Cybercultura como aquellos significados y visiones que las personas construyen a partir de su interacción con la tecnología (4).

---

(2) Raad, Ana María, "Reflexiones sobre una participación en una cultura digital". En "America Latina Puntogob. Casos y Tendencias en gobierno electrónico". Coedición FLACSO/ AICD-OEA. 2004, pg. 209.

(3) Dagnaud, Monique. Hombre Digital: ¿Construcción o destrucción de la identidad?, en Desafíos de la sociedad de la información en América Latina y Europa. Ediciones LOM, 2000.

(4) Se torna peligroso pretender que las nuevas tecnologías forzarán necesariamente un cambio social-cultural por sí solas, ya que como lo afirma Rusell Norman, estas no operan automáticamente sino que ofrecen oportunidades y potencialidades, que en el proceso de interacción van adquiriendo formas y resultados particulares.

La tecnología conlleva cambios en la configuración de las relaciones sociales, así como en los modelos de intercambio de conocimientos e información. Se configura una cultura del intercambio, la acción y la interacción digital. La sociedad tecnológica configura nuevos códigos y parámetros de socialización y entendimiento.

Consecuentemente, también las relaciones jurídicas de los ciudadanos se conducen e instrumentan de manera distinta, configurándose así una cultura jurídica digital, que discurre paralelamente a la interacción humana por medios virtuales.

Es preciso advertir que tal cultura jurídica virtual se evidencia de dos formas, que incluyen e incluirán tratamiento legal diferenciado. Una de ellas, que deriva de la actividad de los particulares entre sí, como por ejemplo el comercio electrónico, cuya regulación estará basada en el " Principio de la Licitud", que rige en el Derecho Privado. La otra, que deviene de los vínculos entre el poder público y los ciudadanos, cuya regulación obedecerá al "Principio de la Legalidad", rector de la actividad administrativa.

La dinámica e inteligencia de las relaciones con el Estado y sus órganos en el ejercicio del poder público, por medios digitales, adquieren dimensiones distintas. Pero aun así, pero con otro rostro, no es sino la moderna expresión de la eterna e histórica búsqueda de armonizar el ejercicio del poder público y las prerrogativas del ciudadano (5).

3. Función administrativa y herramientas tecnológicas

La actividad administrativa, como función del Estado, exige por su dinamismo y amplio espectro de acción, la tarea permanente de indagar y explorar las mejores y más eficientes modalidades de gestión. Tal prospección hace a su esencia.

En tal sentido, las aplicaciones tecnológicas que presentan las ciencias de la informática y las telecomunicaciones, se presentan como alternativa de vinculación y gestión extraordinaria, en sustitución de las formas tradicionales de relación y de ejercicio del poder público. Tales instrumentos son de incorporación obligatoria a sus sistemas de administración y gestión pública,

---

(5) Parquet Villagra, Javier, *"Marco jurídico a la gestión administrativa por medios electrónicos"*. Pg. 10.

habida cuenta las facilidades, ventajas y utilidades que ofrecen para cumplir con mayor eficiencia los fines del Estado (6).

Ante tal evidencia, los gobiernos –fundamentalmente a través de su Ejecutivo– se embarcan en la misión de implementar la aplicación de novedosos sistemas de administración pública, sustentados en las herramientas que ofrecen las modernas ciencias de la comunicación. Todos se han enfrentado al reto que plantea incorporar los nuevos métodos de trabajo que las tecnologías de la información ofrecen, adaptándolos a su realidad (7).

En los estudios sobre el impacto de la evolución tecnológica en el mundo en desarrollo en general, y en América Latina en particular, el tema del rol del Estado no puede estar ausente. Ello, no solo porque el Estado sigue siendo un actor fundamental de la vida política, económica y social de los pueblos, sino porque al igual que todas las organizaciones de la sociedad este está siendo profundamente transformado por el cambio tecnológico (8).

Nuestro país no puede escapar a tal fenómeno, ya que se encuentra incorporado a un orden globalizado con ondas raíces tecnológicas de la que no logrará abstraerse ni resistirse y que necesariamente lo conducen a incorporarse definitivamente a la cultura digital, propia de nuestros tiempos y de extensión global (9).

4. Aplicaciones del gobierno electrónico y principios jurídicos rectores

A la hora de evaluar los contenidos y aplicaciones ofrecidos a los ciudadanos mediante gestión administrativa electrónica, se distinguen tres dimensiones fundamentales: Información, comunicación y servicios (10). Examinemos sucintamente distintas aplicaciones del gobierno electrónico en la

(6) Working Group on E-Government in the developing World. *Roadmap por e-government in the developing world. 10 questions e-government leader should ask themselves.* Pacific Council on Foreign Relations, 2002. *http://www.pacificouncil.org/pdfs/e-gov.paper.f.pdf*

(7) Ver en la www: autralia.gov.au, canada.gc.ca, firstgov.gov (USA), fn.fi (Finlandia), korea.net, ukonline.gov.uk, gov.sg (Singapur), govt.nz/en/home (Nueva Zelandia).

(8) Orrego, Claudio, *"Los caminos hacia el E-gobierno: estrategias y recomendaciones"*, en "America Latina Puntogob, casos y tendencias en gobierno electrónico. Coedición FLACSO/AICD-OEA. 2004.

gestión administrativa, ya que constituyen la base fáctica de las reflexiones finales del presente trabajo:

a. Procesos de adquisiciones públicas. E-procurement. Quizás una de las aplicaciones tecnológicas mayor y mejor aprovechadas en la gestión pública. La totalidad del proceso de contrataciones públicas puede ser conducido por medios electrónicos y telemáticos, desde su publicación hasta la adjudicación respectiva. Las empresas oferentes y los ciudadanos, como usuarios del sistema, se conectan a portales y sitios gubernamentales, donde se publican las ofertas de contratación y se sustancian las distintas etapas del procedimiento de contratación. Asimismo, podrán deducirse las impugnaciones y recursos que correspondan contra los actos y medidas lesivos a los intereses del administrado. Cada una de las etapas son objeto de participación y control por parte de oferentes (11).

b. Procesos de declaración y liquidación tributaria. Los ciudadanos pueden cumplir con sus compromisos impositivos por medios electrónicos, rindiendo sus declaraciones y efectuar el pago de los tributos y otras contribuciones que le correspondan. El administrado podrá recabar informes e instrucciones. También podrá impugnar medidas administrativas deduciendo los recursos administrativos por medios electrónicos (12).

c. Justicia administrativa. Pueden conducirse y sustanciarse por medios electrónicos los procedimientos sumariales y procesos administrativos, que tengan por objeto determinar responsabilidad administrativa.

d. Organización administrativa. Se establecen redes de comunicación interna en las entidades públicas, facilitando la celeridad y eficacia de la gestión de sus agentes. Se desarrollan las denominadas prácticas de buen gobierno. Se busca el establecimiento e introducción de nuevas formas y procesos internos en la Administración del Estado, que permitan la integración de

(9) Una infinidad de estudios coinciden en que los tres elementos determinantes para la implementación de sistemas de e-government en cada país son: La modernización del Estado, la globalización y la tecnología.

(10) “E-government: A Global perspective. Assessing the Progress of the UN Member Status”. United Nations Public Administration and Finance Network (UNPAN).

(11) Las dos experiencias más significativas en este campo en América Latina son compranet y chilecompra.cl de México y Chile respectivamente.

(12) Ver programa chileno en estado.cl.

los sistemas de los diferentes servicios, compartir recursos y mejorar la gestión interna de los mismos (13).

e. Información y atención al ciudadano. Derecho a peticionar. Se establecen plataformas de atención a los requerimientos del ciudadano ágiles, eficientes y expeditivos, sean en sus requisitorias sobre información o para la realización de trámites y transacciones diversos. Se confiere un canal valiosísimo para ejercer el derecho a peticionar a las autoridades, consagrado en el artículo 40 de la Constitución Nacional paraguaya (14).

f. Desarrollo de la democracia (e-democracy). Se crean modalidades y mecanismos de interacción que permiten al ciudadano novedosas formas de ejercer sus derechos político-electorales, articulándose nuevos espacios y alternativas de acción y gestión. Como ejemplos, algunas de las actividades políticas que pueden conducirse, con asistencia de las TIC´s (Tecnologías de la Información y de la Comunicación): campañas, financiación, inscripción electoral, encuestas, comunicación entre representantes y votantes. Si todo esto fuera poco, votar.

g. Control, supervisión y vigilancia administrativa. A través de las nuevas modalidades de monitoreo telemático y acceso electrónico a la información, se ejerce con precisión, celeridad y eficiencia la gestión pública del control y supervisión de ciertas actividades del sector privado, objeto de supervisión pública. También se accede a la gestión administrativa, ejerciéndose el control ciudadano sobre la actividad de los órganos y sus agentes. Se articulan nuevos mecanismos para ejercer el control de legalidad y razonabilidad de los actos administrativos.

Como se observa y lo advirtieron infinidad de Estados, la calidad y eficacia de la gestión administrativa han encontrado en las tecnologías de la información y comunicación un respaldo funcional extraordinario.

---

(13) Usualmente a los sistemas de gestión virtual le preceden programas de reforma institucional y organizacional. Servicios de Impuestos Internos de Chile antes de dar inicio a su programa de prestación de servicios electrónicos realizó una profunda reingeniería de los procesos internos.

(14) La Constitución paraguaya prescribe que toda persona podrá peticionar a las autoridades, quienes deberán responder en el plazo establecido en la reglamentación respectiva. Este artículo constitucional aún no ha sido reglamentado en el país.

Pero nuestra admiración no se limita a apreciar la mera contribución técnico-funcional de la tecnología referida a la actividad administrativa, *sino al hecho de que esta contribuye a afianzar, fortalecer y asegurar la vigencia de los principios y postulados esenciales del derecho público*.

Hace poco leíamos la obra del apreciado profesor Celso Antonio Bandeira de Mello, en su impecable traducción al español (15). En él se enumeran y describen los principios constitucionales del derecho administrativo brasileño, similares a los prescritos en nuestra carta magna.

Constituye una apasionante tarea explorar cómo y de qué manera las tecnologías de la información y comunicación, aplicadas a la gestión pública, sirven para consolidar la vigencia y aplicación los principios rectores de la actividad administrativa.

a. Supremacía del interés general: Como expresa el Prof. Bandeira de Mello este, un verdadero axioma reconocible en el moderno derecho público. La CN paraguaya lo recoge e incorpora como norma estandarte y prescribe que jamás el interés particular primará sobre el general. Los sistemas de gestión por medios electrónicos se conciben en auxilio y cooperación a la generalidad y como instrumentos diseñados para asegurar una calidad de servicios para la sociedad en su conjunto y no como mero instrumento de facilitación personal o individual.

b. Igualdad e impersonalidad: En virtud a este principio de validez universal, de histórica vigencia como valor esencial del derecho, a cada individuo se le reconoce idéntico trato ante la ley. La gestión administrativa ante y desde los órganos del Estado, se ejerce, aprovecha, utiliza y reconoce por igual, garantizando al instrumento tecnológico el acceso sin reservas. El ejercicio de los derechos y obligaciones administrativas del ciudadano no admite discriminación alguna, ya que las herramientas tecnológicas no admiten cuotas ni limitaciones de conectividad alguna. La voluntad humana orientada a impedir el acceso encuentra, sino barreras técnicas insalvables, restricciones rigurosas para impedir el derecho a peticionar por vías electrónicas. La CN dispone que todos los habitantes de la República son iguales ante la Ley.

c. Publicidad: Quizás el principio de mayor reivindicación. La tecnología facilita el acceso a la información, difusión de la gestión administrativa

(15) Celso Antonio Bandeira de Mello, “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Porrúa Mexico, 2006.

y la participación ciudadana, a través del acceso e interacción con sitios y portales públicos diseñados para el efecto. El libre tráfico de datos y control ciudadanos ejercidos por medios electrónicos favorece extraordinariamente la transparencia del comportamiento administrativo. Los canales de control se multiplican. Ejemplo claro de lo apuntado son los procesos de contratación pública, que se exhiben al conocimiento y participación de todos, desde su inicio hasta su conclusión (16).

d. Legalidad y finalidad: La tecnología de la información también contribuye a la subordinación de la conducta del agente a la Ley. Estos principios, el de la legalidad y el de finalidad se afianzan por una vía indirecta y otra directa. La indirecta a través del aumento de control, publicidad y transparencia de la gestión, referidas precedentemente. La directa en razón a sistemas informáticos que condicionan la libertad o voluntad personal del agente, admitiendo medidas y actuaciones que la ley autoriza. Ciertos actos declarativos o constitutivos, sobre todo los reglados emitidos por medios electrónicos no podrán dictarse sin apego a la ley. Ejemplo de ello serían las liquidaciones tributarias, donde el sistema realiza el cálculo en forma prescindente a toda influencia o incidencia personal.

e. Racionalidad y proporcionalidad: El acto administrativo debe obedecer criterios aceptables desde el punto de vista racional. Además, la extensión e intensidad del mismo debe ser el justo y necesario para el cumplimiento de los fines. La conducta administrativa por medios electrónicos conlleva celeridad, eficiencia, transparencia, entre otras utilidades, resultando por tanto los actos dictados por tales medios razonables, oportunos y convenientes. Los trámites automatizados aseguran absoluta proporción y equilibrio entre las exigencias y peticiones del administrado y la reacción de la administración, cumpliéndose así el principio de la proporcionalidad. Ejemplos de lo apuntado serían los pedidos de informes, presentación de peticiones, declaraciones juradas, etc.

f. Motivación: La administración debe justificar y sustentar sus actos, apuntalando sus decisiones con fundamentos de hecho y de derecho. Ciertas

(16) Enérgico defensor de la gestión pública por medios electrónicos, el congresista Davis, de los Estados Unidos, expresaba: *"Los estadounidenses ven los beneficios de esta modalidad de gobierno más allá de su capacidad de prestar servicios mejores o más eficientes en función de su costo. Los ven como un medio de permitir a los ciudadanos estar mejor informados y tener una mayor participación en el gobierno"*.

actuaciones y medidas en donde existe obligación de pronunciamiento de carácter mecánico, o donde hay aplicación casi automática de la ley, se dictarán conforme a patrones o formas predeterminadas que aseguran el cumplimiento del principio.

g. Debido proceso: Todo Estado democrático confiere a sus ciudadanos las garantías constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio. Los procesos sumariales incoados al ciudadano pueden conducirse por medios electrónicos. La experiencia indica que la sustanciación de estos asegura una serie de principios procesales esenciales como ser la celeridad, eficiencia, certidumbre, simplicidad, preclusión y proporcionalidad. Todo ello sin mencionar el extraordinario ahorro económico y facilidad que tales procesos conllevan en beneficio del administrado.

h. Eficiencia: En beneficio directo del administrado, la reingeniería funcional basada en la gestión electrónica, coordinada y disciplinada de los órganos de la administración, se traduce en extraordinarios índices de eficiencia y eficacia.

i. Seguridad jurídica: La conducción de trámites o sustanciación de procesos, abiertos, transparentes, concretos, eficientes y con alto grado de control y supervisión generan previsibilidad y certidumbre jurídica.

5. Sociedad virtual y derecho resultante

Ya es profusa e ingeniosa la discusión referida a las relaciones entre la tecnología y el derecho, en la denominada sociedad de la información. En unas históricas jornadas académicas organizadas por la Universidad de Harvard denominadas “Harvard Conference on the Internet and Society”, se planteaba la disquisición sobre si en la implementación de las distintas expresiones del gobierno electrónico la tecnología precede al derecho, o si por el contrario es este último el que lo direcciona o condiciona. Existen dos corrientes, una de ellas que sostiene que estamos ante un mundo diferente, con características propias, que requiere se articulen normas expresas y particulares que lo regulen y disciplinen. Hay un mundo digital, una nueva manera de pensar dentro de un “paradigma digital”, que el derecho que conocemos no puede regular. Habrá una “lex informática” autotorregulada y autónoma.

Otra posición, que pudiéramos denominar "instrumental" que simplemente traslada las reglas existentes por analogía (17).

También puede citarse la posición de los ciber-activistas o ciber-libertistas, que llegan al extremo de aseverar que el espacio virtual es imposible de regular y que este debe desarrollarse sin restricción legal alguna, ya que cualquier forma de limitación desvirtuaría su esencia y naturaleza.

A nuestro criterio:

a. Un espacio virtual sin regulaciones es inadmisible, menos aún tratándose de actividad administrativa (18).

b. La pretensión de consagrar un mundo paralelo al real, con reglas y principios propios, escindido del sistema normativo vigente, es excesiva e impracticable.

c. La tesis instrumental peca de insuficiente, puesto que la transposición analógica omite considerar nuevos supuestos de hecho, resultando en no pocos casos ineficaz (19).

Nuestra posición es la siguiente: Los valores y principios jurídicos esenciales de Derecho Público permanecen inalterables en el ordenamiento, sea que se trate de regular el mundo físico o el virtual. Los principios rectores de la conducta administrativa no se ven afectados por la alteración de los canales de interacción. La ponderación del jurista no apunta a la evaluación del medio sino a la naturaleza del vínculo.

Sin embargo, la conducción de la gestión administrativa por medios electrónicos requiere indefectiblemente la articulación de una norma "autorizante" que confiera la posibilidad de trasladar la gestión material o escrita al espacio virtual, en virtud del principio de la legalidad, que rige la conducta

---

(17) Lorenzetti, Ricardo, "Comercio Electrónico" Abeledo-Perrot, 2001, pg. 37.

(18) Señala Ramón Brenna, que "un espacio sin leyes es realmente atractivo para nuestro espíritu de libertad. Pero un espacio sin ley no existe en este mundo real ni en el espacio virtual de la red" Brenna, Ramón. "Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley".

(19) Lorenzetti. *Ob. Cit.* pg. 44.

administrativa. La sustitución de las actuaciones y procesos escritos por el expediente electrónico demanda autorización legal.

A partir de allí y en forma concurrente o concomitante deben desarrollarse normas reguladoras especiales, creando un régimen que responda y acompañe eficazmente los requerimientos y desafíos que introducen las novedosas formas de gestión electrónica (20).

6. Asimilación tecnológica y articulación del marco legal paraguayo

Así como resultan fundamentales la coordinación y centralización tecnológica para el desarrollo de una plataforma técnica y científica idónea para ejecutar planes de gobierno electrónico, es igualmente inexcusable la articulación complementaria de un marco legal uniforme y coherente que acompañe las iniciativas científicas para lograr su aplicación eficiente y efectiva. La tarea de implementar normas de gobierno electrónico requiere de doble esfuerzo: tecnológico y legal.

La creación de una norma general para el soporte jurídico necesario es de suma importancia, puesto que cualquier acto de la Administración requerirá para su validez su adecuación al principio de legalidad, el cual obliga a las autoridades a ajustar sus actos a las disposiciones legales, pudiendo realizar solo aquellos que estén positiva y expresamente autorizados. De esta regla, como ya expresáramos en el presente trabajo, no escapa la regulación del gobierno electrónico, por lo que el principio de legalidad de los actos de la administración debe ser respetado en todo momento, otorgando las atribuciones que sean necesarias para la implementación del mismo (21).

---

(20) "E*ntendemos que el derecho vigente debe ser visto como un punto fijo, un ancla, para evitar que el paradigma digital se aleje de la experiencia enorme que se ha recogido en cuanto a la jerarquía de valores, la noción de lo justo y razonable."Ob. cit.*, pg. 44.

(21) En el Estado de Derecho moderno, la autoridad administrativa en su gestión pública solo puede dictar medidas que se hallen autorizadas en la Ley. Tal es el Principio de la Legalidad, principio rector de vigencia indiscutible y aplicación insoslayable en el Derecho Público.*"En el Estado de Derecho, la Administración solo puede proceder conforme a la ley, sustentada en ella y teniendo en vista el fiel cumplimiento de las finalidades señaladas en la ordenación normativa."* (Soto Kloss, Eduardo; "La toma de razón y el poder normativo de la Contraloría General de la República"; Págs. 168/9).

El objeto de la norma no deberá basarse en la regulación de tecnología específica, si no deberá formular declaraciones jurídicas generales que se requieran de manera indefectible a los efectos de otorgar el marco legal inicial y necesario. Citamos como ejemplo a la normativa española, la cual establece que "*el objeto de este real decreto es establecer las líneas estratégicas, dentro de la política del Gobierno, en materia de tecnologías de la información, así como impulsar y coordinar el desarrollo de la Administración electrónica en la Administración General del Estado y adoptar medidas para su ordenada implantación"* (22).

Las principales cuestiones que prescribirá la "norma madre" son la asimilación del expediente escrito al electrónico y la admisión del acto y las actuaciones administrativas por vía electrónica.

El gobierno electrónico implica que trámites y actuaciones que conforman el procedimiento administrativo, así como los actos y medidas administrativas, puedan realizarse y dictarse por los medios informáticos. Bastará para ello la equiparación del expediente electrónico al que se encuentra en soporte papel y la indicación de que la norma es de aplicación general a todos los procesos en sede administrativa.

Así, como ejemplos de normas similares en la región citamos la legislación uruguaya, la cual establece que "*su validez jurídica* (la del expediente electrónico) *y valor probatorio serán idénticos a los de las actuaciones administrativas que se tramiten por medios convencionales*".

También la legislación chilena prescribe en forma similar: "*Artículo 5º: Principio de escrituración. El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia"*. A ello se agrega lo dispuesto en el artículo 19 del mismo cuerpo legal, que determina: *"Utilización de medios electrónicos. El procedimiento administrativo podrá realizarse a través de técnicas y medios electrónicos. Los órganos de la Administración procurarán proveerse de los medios compatibles para ello, ajustándose al procedimiento regulado por las leyes"* (23).

---

(22) Real Decreto N° 589/2005.
(23) Ley N° 19880

La legislación colombiana dispone: "*Artículo 6°. Medios tecnológicos. Para atender los trámites y procedimientos de su competencia, los organismos y entidades de la Administración Pública deberán ponerlos en conocimiento de los ciudadanos en la forma prevista en las disposiciones vigentes, o emplear, adicionalmente, cualquier medio tecnológico o documento electrónico de que dispongan, a fin de hacer efectivos los principios de igualdad, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, moralidad y eficacia en la función administrativa. Para el efecto, podrán implementar las condiciones y requisitos de seguridad que para cada caso sean procedentes, sin perjuicio de las competencias que en esta materia tengan algunas entidades especializadas. La substanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes. Para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán adicionalmente utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas. Toda persona podrá presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública"* (24).

Si bien las normas citadas provienen de ordenamientos que cuentan con un procedimiento unificado en materia de sumarios en sede administrativa y a pesar de que actualmente nuestro país no cuenta con normas de tal tipo, la simple remisión de la eventual norma nacional que regule los sumarios administrativos a la ley de gobierno electrónico implicaría la coordinación total de dichos cuerpos legales.

Nos preocupa particularmente que en nuestro país, como consecuencia del avance incontenible de la tecnología, existen numerosas iniciativas y proyectos de gobierno electrónico, inclusive ya implementados por regulación administrativa, sin haberse dictado aún la "norma autorizante" a la cual nos refiriéramos. Ejemplos de ello, la Ventanilla Única de Exportación, los nuevos trámites ante la autoridad tributaria, gestiones catastrales ante la autoridad municipal, entre otros.

A simple vista se advierte, que se arriesga la posibilidad de que tales actuaciones sean impugnadas por carecer del requisito esencial para la validez y regularidad del acto administrativo: la autorización legal.

Las gestiones de implementación del gobierno electrónico requieren de coordinación y cooperación intraorgánica. La creación de una agencia con

(24) Ley 962 "Ley Antitrámite".

facultades reglamentarias conforme a materia es también de suma importancia. Ella se encargaría de regular las distintas aplicaciones del gobierno electrónico, reglamento específico mediante. Actualmente no hay coordinación técnica por parte de un órgano especializado entre entidades y organismos que en un grado u otro utilizan medios electrónicos.

La nueva agencia creada sería responsable, entre otras cosas, de promover acercamiento entre ciudadano y gobierno de manera armonizada con las disposiciones relativas a la protección de la privacidad, seguridad, políticas de disponibilidad de la información y de garantías de acceso a la misma

7. Inclusión digital y responsabilidad del Estado

La adopción e incorporación de tecnologías de información a los procedimientos gubernamentales como política pública, trasluce y revela el interés de un Estado de propender a la transparencia de su gestión, la apertura de la información, la instalación de un gobierno dinámico e interactivo, la búsqueda de mayor eficiencia administrativa y la modernización integral del aparato estatal.

El gobierno electrónico antes que nada es un instrumento y una estrategia para lograr fines públicos. Todo programa estatal orientado a su implementación no solo se limita a la asimilación tecnológica o aumento de su infraestructura técnica. El componente científico requiere además de dos elementos sustanciales: La articulación del marco jurídico adecuado para conducir tales gestiones y el desarrollo de políticas serias orientadas a asegurar acceso y conectividad a todos los ciudadanos.

El Estado debe articular políticas y estrategias que conduzcan a disminuir la *brecha digital*, entendida esta como la diferencia entre aquellos que pueden acceder a la tecnología y las que no. Si no se asegura la integración y participación de todos los administrados, o al menos la mayoría de ellos, se produce el fenómeno de la *exclusion digital*, definida por Carlos Sojo, la marginalización o vinculación parcial o deficiente de los medios tecnológicos que una sociedad posee (25).

---

(25) En el estado actual de implementación del gobierno electrónico a nivel mundial resulta inevitable a un Estado ser medido por el criterio de "brecha digital", el cual constituye una nueva expresión del desarrollo de una sociedad. Dicha brecha digital debe ser reducida a su mínima expresión, no

Al examinar los principios jurídicos rectores vigorizados por las prácticas electrónicas de gobierno, vimos como el "Principio de la Igualdad" era quizás el más fortalecido. La lógica indica que la exclusión digital acentuada lograría justamente lo contrario, marginar a aquellos que no tuvieren la suerte de procurarse medios de acceso al alcance de algunos más afortunados.

Los índices de conectividad vuelven a evidenciar los desajustes y desproporciones estructurales que tiene la sociedad; por lo tanto, *la incorporación de las tecnologías no estaría más que perpetuándolos o agravando las diferencias sociales y económicas* (26).

Teniendo presente los condicionantes precedentes, a lo que deberá sumarse un serio y comprometido liderazgo para encauzar un verdadero proceso de modernización del Estado paraguayo, por medio de la gestión administrativa electrónica, podrá soñarse con algún apego a la realidad, de contar con sus verdaderos beneficios y utilidades.

La verdadera reforma del Estado es aquella que apunta a la transformación de sus estructuras en beneficio y asistencia del ciudadano. Este debe orientarse a una auténtica y oportuna optimización de los servicios del Estado, en utilidad del verdadero beneficiario de su gestión, el administrado.



solo con otros Estados, sino con los diferentes segmentos de la población de nuestro país.

(26) Hay zonas rurales en el Paraguay que ni tienen acceso a medios de telecomunicación. La comuna de Asunción tiene un alto índice de conectividad en relación a otros municipios con un casi nulo parque informático.

¿ES VIABLE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN CASO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTIVIDAD LEGÍTIMA?

Por Juan Marcelino González (1)

I. Introducción

Pretendemos con el presente trabajo profundizar sobre un tema que nos parece de utilidad práctica para el campo del Derecho Administrativo: *¿Procede el daño moral frente a un reclamo por daños y perjuicios derivado del actuar legítimo de los órganos de entes del Estado?*, a la luz de las disposiciones constitucionales establecidas en los Artículos 17 inc. 11, 39, 45 y 106(2).

A modo de aclaración, sin perjuicio de la concordancia o discordancia que pueda tener el lector con este criterio, nos dirigimos con el presente hacia otro aspecto de la responsabilidad: *a revisar los alcances de la reparación en supuestos de responsabilidad del Estado por actividad legítima y, en particular, en lo que respecta al daño extrapatrimonial.*

Para ello, tendremos en cuenta las consideraciones esgrimidas en ciertas publicaciones relativas a la responsabilidad del Estado por actos normativos, a la responsabilidad del Estado legislador y a la responsabilidad del Estado por actividad lícita o legítima en general.

Algunos autores –como Germán Bidart Campos, Manuel Diez, Agustín Gordillo y Carlos Alfredo Botassi–, han llegado aún más lejos en sus análisis

---

(1) Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Filial P.J.C. Medalla de Oro y Mejor Egresado Promoción 2000. Autor de varios libros sobre temas de Derecho Administrativo y Procesal Civil.

(2) Artículo 17 – *De los derechos procesales*

sobre la responsabilidad del Estado por su actividad legítima reconociendo la responsabilidad del Estado por "actividad judicial legítima" (3).

Desde ya, como podrá imaginar el lector avezado en esta materia, tomaremos como punto de partida las ideas expresadas por el profesor argentino Julio Rodolfo Comadira (4), y siguiendo para tal fin los siguientes derroteros: efectuaremos un somero análisis de ciertas cuestiones en torno a la responsabilidad del Estado por actividad legítima; nos detendremos a considerar algunas similitudes y diferencias que se presentan entre los supuestos de la responsabilidad del Estado por actividad legítima y ciertas situaciones del derecho privado: el caso del acto necesario; analizaremos, brevemente, algunos temas relativos al daño moral; abordaremos, posteriormente, el examen de las distintas posturas doctrinarias que se han esgrimido con relación al interrogante que planteamos; pasaremos revista por los fallos que pueden ubicarse en la Jurisprudencia Argentina sobre el tema, en vista de que no tuve acceso a otras jurisprudencias extranjeras; aplicaremos nuestras conclusiones para un caso paradigmático: el supuesto en que se dicta un auto de prisión preventiva a una persona y luego se descubre su inocencia.

En) el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: … 11) La indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial. Artículo 39 – *Del derecho a la indemnización justa y adecuada.*

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. La ley reglamentará este derecho.

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.

Artículo 106 – *De la responsabilidad del funcionario y del empleado público.*

Ningún funcionario o empleado público estará exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de este a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto.

(3) Sobre la responsabilidad del Estado por "actividad judicial legítima", por su complejidad e importancia, lo estudiaremos en otra obra.

II. La responsabilidad del Estado por actividad legítima

Consideramos que la responsabilidad del Estado por actividad legítima es aquella que se suscita debido a una actuación de un órgano del Estado que no se aparta de la *regularidad en la prestación del servicio*, la cual atiende a una utilidad o finalidad pública, pero, a raíz de ella se causan perjuicios especiales y anormales a un particular, a quien se le impone un sacrificio superior (desigual, desproporcionado, grave, excesivo e irrazonable) del que resulta exigible a las restantes personas en virtud de las cargas que se imponen por la vida en comunidad (5).

Como se ha dicho con anterioridad, el Estado responde por daños derivados de actos legítimos a raíz de la actuación del Estado-Legislador, del Estado-Administrador, o del Estado-Juez.

En este campo de la responsabilidad del Estado, rigen ciertos presupuestos que ya han sido estudiados en profundidad por la doctrina (6), a saber: a) La existencia de daño actual y cierto; b) la imputabilidad material de los daños al Estado; c) La relación de causalidad entre el accionar del Estado y el perjuicio; d) La necesidad de que se consigue un sacrificio especial en el afectado; e) La ausencia del deber jurídico de soportar el daño a cargo del afectado.

A propósito de este tipo de responsabilidad Aberasturi (7) ha sostenido que nace para el Estado el *deber jurídico* de indemnizar por una conducta

(4) Comadira, Julio R. *"La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima, principio de juricidad y responsabilidad del Estado"*.

(5) Jorge Juratorio se refirió sobre este tipo de responsabilidad extracontractual del Estado como aquella que "sin culpa, actuación irregular, ni dolo, y en procura de un beneficio para la comunidad, origina un daño particularizado, generándose así su responsabilidad objetiva para su compensación, indemnización o restitución" (Autor citado, *"Factores de atribución en la responsabilidad del Estado por actividad lícita"*. Págs. 77 y ss.

(6) Véase sobre el particular: Cassagne, Juan Carlos, *"Las grandes líneas de la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema"* La Ley Argentina 2000-D-1219.

(7) Aberastury (h), Pedro, *"El problema de la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con particular referencia al Estado legislador"*. Argumentando que respecto de la aplicación subsidiaria, en primer lugar, de las normas de derecho público y,

legítima y que válidamente pudo desarrollar, en la medida que se reúnan estas tres condiciones:

1) Privación de un derecho de propiedad o de sus atributos esenciales que de modo total o parcial impliquen una imposibilidad real de ejercer aquel en la medida en que constitucionalmente está reconocido y tutelado.

2) Lesión esta que debe provenir de un trato desigualitario, de modo que el particular no asume en forma individual y de manera exclusiva lo que debe ser materia de cobertura, solidariamente, por el conjunto de la comunidad.

3) Por último, que el particular (persona individual o colectiva) que ha sufrido las consecuencias gravosas, no haya sido autor de la conducta disvaliosa; es decir, que se reconozca como causa justificante de la atribución de responsabilidad al obrar exclusivo del Estado.

Finalmente, es el caso de recordar que en nuestro país, no existe ninguna previsión legal que se ubica en torno a este campo de la responsabilidad, por lo que sería de aplicación subsidiaria las disposiciones del Código Civil.

III. Algunos supuestos especiales de la responsabilidad del Estado

La doctrina ha elaborado una serie de teorías con relación a la responsabilidad del Estado-Administrador; se detallan a continuación las más importantes y significativas.

1. La responsabilidad del Estado en el ejercicio del poder administrador en el ejercicio de su actividad lícita

El ejercicio del poder administrador puede comprometer la responsabilidad estatal en diversos supuestos. Los principales son los siguientes:

1.1 Responsabilidad por cese de los permisos

---

en segundo lugar, de la aplicación analógica de las normas del derecho privado. Véase también Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, pp. 145 y 564; Marienhoff, Miguel, *"Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad "omisiva" en el ámbito del derecho público"*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1996, pp. 18 y ss.

Es este el primer sector donde la jurisprudencia receptó la responsabilidad del Estado, en fallos de comienzos del siglo (8).

En 1909 *in re* "Ferrocarril de Buenos Aires contra el Gobierno Nacional", la Corte Suprema condenó a la nación por los daños ocasionados a la actora por el Decreto del 18 de febrero de 1887 *que ordenó levantar la vía férrea existente entre la Estación Central y Ensenada.*

Dijo el más Alto Tribunal de la Argentina que "el derecho de la empresa al mantenimiento de la vía de cuyo levantamiento se trata, fue una concesión perpetua y no una simple concesión graciable y precaria; por lo mismo, mientras la empresa no haya renunciado a ese derecho, lo que no se presume, debe juzgarse que conservó sus derechos primitivos".

Agrego allí la Corte Suprema Argentina que "…si en virtud del interés general o por otra causa se pretendiese revocar ese derecho, la justicia y la equidad reclaman que sea reparado el perjuicio que con ellos se ocasionare",

Sin embargo, es dable consignar que respecto de licencias para explotar juegos de azar, la jurisprudencia de la Corte Argentina encaró tales casos con un criterio distinto.

Verbigracia, en 1993 dictó sentencia en autos "Da Rocha, Faustino (su concurso) contra Provincia de Tucumán", litis en que se debatía la revocatoria anticipada del permiso de explotación de un casino en la Ciudad de Tucumán, en consonancia con una ley provincial del 2 de agosto de 1928, que había prohibido expresamente los juegos de azar en toda la provincia.

La Corte Argentina resolvió; "El Gobierno de Tucumán, al prohibir los juegos de azar mencionados en la ley ha *ejercido facultades* que le son privativas, comprendidas en el supremo derecho de policía que constitucionalmente le corresponde".

Se expuso que "Por lo demás, en este tipo de permisos la revocación es en principio libre y aunque haya de tenerse en cuenta el perjuicio a causar frente al interesado que explota una empresa en funciones, es de considerar también que existen motivos de revocación, resultantes del mismo permiso que excluyen toda responsabilidad".

(8) Colauti, Carlos E. *La responsabilidad del Estado por actos lícitos.* La Ley Argentina. 19991-B-709.

En cuanto al resarcimiento que se había pedido en la demanda, la Corte fundó el rechazo del mismo en que "no corresponde ninguna condenación por los daños originados en la prohibición; ello, porque estos estarían siempre representados por las ganancias que habrían de obtenerse en la explotación de juegos prohibidos"; y agregó: "No resulta de esto lesión alguna a los derechos legítimos del solicitante o sus sucesores, toda vez que prescindiendo de los beneficios a obtener mediante la infracción de leyes…quedan en poder de la actora ganancias considerables que han probado obtuviera y los demás que pudiera corresponderle".

Tratando se hacer un resumen caprichoso y subjetivo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Argentina para denegar el resarcimiento, se tiene que el mismo se fundó en tres principios basilares:

1. Resulta incuestionable el derecho de la Provincia de prohibir los juegos de azar, con base en el ejercicio de sus atribuciones de policía;

2. En tal situación, resulta improcedente el reclamo de daños originarios en tal prohibición;

3. La equidad no ha sido hecho a un lado, pues la Corte tuvo en cuenta al resolver que "quedan en poder de la actora ganancias considerables que han probado obtuviera y las demás que pudieran corresponderle".

Según Colautti; "El hecho de que existieran ganancias anteriores, prácticamente sin riesgo, es un elemento fundamental que debe tenerse en cuenta en el momento en que se reclaman daños por la revocación" (9).

Cabe consignar, antes de cerrar el tratamiento del punto, que resulta obvio que si en la concesión o la revocación del permiso hubo negligencia, error o dolo por parte de algún funcionario, la responsabilidad por los daños correspondería al agente y no a la comunidad.

1.2 Responsabilidad por la ejecución de obras públicas

Brevemente desarrollaremos este punto, con el objeto de dar un panorama total de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito. Tenemos que

(9) Colauti, Carlos. *La responsabilidad del Estado por actos lícitos*. La Ley Argentina. 1991-B-709.

la doctrina no ha desarrollado una prolija labor en ese sentido, teniendo solamente por referencia la jurisprudencia extranjera para dar luz sobre esta cuestión.

En ese sentido, la Corte Suprema Argentina, a partir de la década de 1940, comenzó a reconocer el derecho a indemnización de quienes resultaron afectados por la ejecución de obras públicas (10).

En el famoso caso "Juan Laplacette y otros contra la Provincia de Buenos Aires" la conformó por primera vez la doctrina sobre el tema, expresando que más allá de las divergencias doctrinarias "esa responsabilidad nace de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad". La forma de hacerla efectiva "a falta de disposición legal expresa debe buscarse –afirmo– en el derecho común".

En dicho caso, al construir una obra pública, la consecuencia obvia era que de ella resultaría la inundación de un campo, por lo que los propietarios del mismo habían accionado por expropiación forzosa. La propiedad había estado cubierta por las aguas durante cuarenta años, por lo que el tribunal ordenó pagar el precio establecido por las pericias, pero no admitió el lucro cesante reclamado, haciendo valer implícitamente las reglas del daño por expropiación.

Y en cuanto al resarcimiento a conceder, juzgó la Corte Argentina que "Corresponderá reconocer como daños causados a un inmueble rural por una inundación provocada como consecuencia de hechos imputables a la demandada, la pérdida del beneficio neto de la producción, determinada por estimaciones periciales, que deberá actualizarse tomando en cada caso los índices de precios agropecuarios a cuya remisión procede ajustarse cuenta habida de su vinculación específica con el rubro cuyo resarcimiento dispone. En cambio no debe accederse al pedido del actor de indemnizar la pérdida del beneficio patrimonial derivado de la explotación de los campos durante el lapso en que continúen bajo las aguas, reclamo que pretende, eventualmente, convertir en un resarcimiento del valor de las superficies inutilizadas, pues si bien parece cierto que se producirá una previsible perturbación del daño actual derivado de la salinización de las tierras que destacan los peritos agrónomos, la imposibilidad de determinar temporalmente el período en que continúen inundadas, impide, por ahora, considerar este punto, toda vez que no es

(10) La Ley Argentina. 32-242.

factible mensurar razonadamente su cuantía futura ni verificar la inutilización permanente de las zonas afectadas del inmueble" (11).

Se ha criticado este fallo, exponiendo prestigiosa doctrina que los daños provienen de obra pública, por lo que las previsiones del Código Civil, como lo serían el lucro cesante, no deberían ser aplicadas a este tipo de actividad que es típica del derecho público, considerándose que este encuadre jurídico extendió indebidamente la amplitud del resarcimiento (12).

1.3 Responsabilidad por disposiciones monetarias, cambiarias y de comercio exterior

Hasta aquí estaríamos exponiendo los presupuestos de la responsabilidad el Estado, en general.

En esta parte nos resta decir que en esta temática, en una primera parte la jurisprudencia extranjera se mostró contraria a admitir la responsabilidad del Estado por los cambios normativos.

Entre los varios fundamentos expuestos se tiene los siguientes: (13)

"El ejercicio de un poder legal como es el de crear impuestos o modificar los existentes, puede ciertamente producir perjuicios en el patrimonio de los particulares, sin que tal circunstancia sea obstáculo contra su legitimidad, *so pena* detener la actividad gubernativa…"

"El ejercicio por parte del Gobierno de poderes propios del mismo, no puede, en principio, ser fuente de derecho e indemnización para los particulares, aun cuando traiga perjuicio para estos, porque de lo contrario el respeto con semejante extensión de las garantías individuales podría detener la actividad gubernativa"

"Es obvio que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentaciones ni a la inalterabilidad de los gravámenes creados por ellas".

---

(11) La Ley Argentina. 1982-D-194.

(12) Colauti, Carlos E. *La responsabilidad del Estado por actos lícitos.* La Ley, 1991- B-709.

(13) Colauti, Carlos E. *La responsabilidad del Estado por actos lícitos.* La Ley, 1991- B-709.

"Esa actividad lícita e irrenunciable del Estado puede ser la causa eficiente de daños a los particulares y generar la responsabilidad consiguiente cuando afecte derechos amparados por garantías constitucionales, el menoscabo económico causado origina el derecho consiguiente para obtener una indemnización como medio de restaurar la garantía constitucional vulnerada".

Es decir, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia extranjera han sostenido que no puede admitirse un derecho adquirido del administrado por el mantenimiento de una pauta cambiaria, y aun cuando aquel entienda haber sufrido un perjuicio directo, en ese sentido, el Estado no puede ser responsable, *porque no resulta de una lesión a una situación jurídicamente protegida*. Dicho de otro modo, la actividad lícita e irrenunciable del Estado de arbitrar medidas de una determinada política económica, monetaria y financiera, no *genera* responsabilidad (14).

IV. Situaciones del derecho privado que se asemejan al supuesto de responsabilidad del estado por actividad legítima

A) fin de formular luego las conclusiones del caso respecto de la procedencia de la reparación del daño moral en el área de la responsabilidad que nos ocupa, nos parece conveniente examinar, previamente, cómo funciona ello en situaciones que se presentan en el derecho privado y que han sido catalogadas como similares a las de nuestro campo de la responsabilidad pública.

En un profundo y docente trabajo sobre esta materia, el profesor Comadira se ha referido acerca de las situaciones del derecho civil en la que se presentan supuestos de responsabilidad sin antijuricidad.

Hizo alusión dicho jurista (15) a que para el derecho civil: "Estas circunstancias… que eliminan la antijuricidad, sea porque se considere que convierten lo ilícito en ilícito, sea porque se entienda que cuando ellas concurren, el acto es *ab initio* legítimo, no excluyen, sin embargo, en el sentir de la mayoría de la doctrina, el deber de reparar que es derivado, según las diversas

---

(14) Casielo, Juan José. *Función legislativa y responsabilidad*, en "La responsabilidad. Homenaje a Isidro Goldenberg", pág. 458.

(15) Comadira, Julio R. "*La responsabilidad del Estado…*", págs. 359 y ss.

opiniones, del enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos, la expropiación privada, la equidad, la solidaridad social o de otras causales que atienden antes que a la culpabilidad del autor del daño en sí como eje de la responsabilidad".

Amén de estas causas de justificación (16), en la obra precedentemente citada se hizo mención también de otras implícitas, tales como: la legítima defensa, el estado de necesidad, la obediencia debida, el consentimiento del interesado, la autoayuda y, según algunos, el ejercicio regular de los derechos.

Nos parece oportuno revisar cómo funciona la procedencia del daño moral en uno de estos casos del derecho civil, de modo tal a hacer un paralelismo *infra* con nuestro supuesto de la responsabilidad del Estado por obrar legítimo.

V. El acto necesario

Antes que nada, cabe recordar que el "estado de necesidad" en el que se apoya este tipo de obrar, se plantea cuando una persona para salvar a sí misma, a otra cosa o a sus propios bienes o los ajenos, daña a un tercero. Esta causal demanda para su configuración la inexistencia de culpa del autor del hecho, la inevitabilidad por otro modo del mal inferido, la actualidad e inminencia del perjuicio y la superioridad cuantitativa y cualitativa del bien que se procura salvar.

Las posturas que se han esgrimido en torno a si debe ser resarcido el daño cometido mediante un acto necesario son las siguientes:

a. *La tesis contraria al resarcimiento.* Para sostener ello, se han dado los siguientes fundamentos:

a.1. Están los que consideran que la naturaleza jurídica del acto necesario es un acto lícito, y en tal mérito, fundamentan su postura en el hecho de

(16) En cuanto a las causas de justificación véase: Bueres, Alberto (Director), Mosset Iturrape, Jorge (Director), Kemelmajer de Carlucci, Aída, (Coordinadora), Ghersi, Carlos (Co-autor), Stiglitz, Gabriel A. (co-autor), Parrelada, Carlos (Co-autor), *Responsabilidad Civil.* Bs. As., 1992, págs. 75 y ss.

que no puede ser obligado a reparar el perjuicio aquel que actúa conforme a una conducta ajustada a derecho.

a.2. Otros autores han sostenido que el acto necesario es ilícito y que el mismo deviene inimputable porque la necesidad es un elemento que excusa al agente y lo imputa a efectuar el acto dañoso.

b. *La tesis favorable al resarcimiento***.** Se ha fundado ella en los siguientes argumentos:

b.1 Aquellos que sostienen que el acto necesario es un acto ilícito y que señalan que el *deber de reparar* se funda en los principios generales de la reparación que rige por los actos ilícitos (17). En tal razón, estiman que la reparación debe ser integral.

b.2 Aquellos que sostienen que se funda en que se ha experimentado un enriquecimiento sin causa (18), en ese sentido lo tenemos a Llambías que además de la teoría del enriquecimiento sin causa, lo ha complementado con razones de "equidad".

b.3. Aquellos que sostienen que se funda en la expropiación privada. Con esta postura se ha sostenido que la extensión de la reparación debería ser idéntica a la medida del bien expropiado. La crítica a ello ha sido que se equipara así la reparación del obrar ilícito con la del acto ilícito.

b.4. Aquellos que han sostenido la aplicación de razones de "equidad" y de "solidaridad social".

De los fundamentos antes referidos solo algunos de ellos nos servirán para nuestro campo de la responsabilidad del Estado por actividad legítima.

---

(17) Art. 1833 C.C.. El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño. Si no mediare culpa, se debe igualmente indemnización en los casos previstos por la ley, directa o indirectamente.

(18) Art. 1817 C.C.. El que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su *enriquecimiento*, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio. Cuando el enriquecimiento consiste en la adquisición de una cosa cierta, corresponderá la restitución en especie, si existe al tiempo de la demanda.

El mencionado en a), al ser una tesis contraria al resarcimiento del daño, no resulta de utilidad para el caso que nos ocupa toda vez que sería el correlativo, para nosotros, de la vetusta doctrina de la irresponsabilidad del Estado.

La misma inaplicabilidad se advierte en el argumento aludido en el punto b.1., que se refiere a la responsabilidad ilícita, y cuyos principios, por ende, no pueden extrapolarse a la responsabilidad (pública) legítima.

Lo propio acontece con el citado en el punto b.2., pues cuando el Estado actúa en forma legítima no es que lo hace enriqueciéndose en función de ello, es decir, obteniendo un provecho de un daño evitado, sino que se supone –por presunción *iuris tantum*– que actúa en armonía con el ordenamiento jurídico y en virtud de un interés público que atañe a la sociedad en su conjunto. Por tal razón, este fundamento tampoco nos parece adecuado extrapolarlo de un caso al otro.

La "equidad", referida en los puntos b.2 y b.4, entendemos que está revestida de límites difusos que no permiten determinar a ciencia cierta la *extensión del resarcimiento***.** Importa un cauce demasiado casuístico y su aplicación quedaría exclusivamente en las manos de los jueces. Parecería que de admitirse su aplicación en el caso que nos ocupa, así como el factor de atribución (19), creemos –según nuestro limitado y modesto entender– que es conveniente ubicarlos en principios del derecho público (20) que abarcan de mejor manera la relación jurídica que se presenta entre un administrado y el Estado.

---

(19) Respecto al factor de atribución en estos casos, el profesor Cassagne ha sostenido que el mismo se ubica en el "sacrificio especial", véase Cassagne, Juan Carlos, *"Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración"*.

(20) Esta tesis la sostenga teniendo en cuenta que esta idea que exponemos de aplicar los principios propios del derecho público y no en el Código Civil, cabe recordar que fue considerado así hace más de 130 años en Francia, en el renombrado caso "Blanco" (1873), en el cual el Tribunal de Conflictos enunciaba: "Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a particulares por el hecho de las personas que él emplee en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de los particulares entre sí".

Lo propio sucede con la postura que le agrega a la "equidad" el plus de la "solidaridad social", la cual nos parece que no termina de definir con base constitucional el fundamento que buscamos.

En fin, tal como lo ha sostenido el profesor Cassagne, en estos casos el fundamento es de jerarquía constitucional y no legal, y se ubica en la igualdad ante las cargas públicas, "precepto que integra el complejo de principios que conforman el Estado de Derecho y que según Marienhoff constituía el fundamento mismo de la responsabilidad" (21).

Debe ser indemnizado el daño que provoque el actuar legítimo del Estado, de concurrir, desde luego, los presupuestos para ello, distribuyéndose entre los miembros de la sociedad aquellos perjuicios especiales y anormales que se traducen de la vida en comunidad. Ello es así, por virtud del principio del reestablecimiento del equilibrio que procura garantizarse a fin de mantener la igualdad ante los daños causados por el Estado" (22).

Ahora bien, veamos que es lo que se ha sostenido en el sistema civil con referencia a sí corresponde la reparación del daño moral en el caso del "acto necesario".

Sobre el particular, dice Calvo Costa que se han esgrimido estas dos posturas:

a. La postura de Llambías, que considera que no corresponde reparar el daño moral porque tal perjuicio supone siempre un comportamiento culposo de parte de quien lo ocasiona, y que en la hipótesis del estado de necesidad está excluido.

b. La otra postura que sostiene que debe ser admitido el daño moral como excepción y en cantidad moderada cuando el damnificado sufre el perjuicio en su integridad física.

---

(21) Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo.* Tomo IV, pág. 813 citado en estos términos por Cassagne, Juan Carlos, en "*Reflexiones sobre los factores de atribución en la responsabilidad del Estado por la actividad de la administración*".

(22) Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones,* Tomo I, Editorial Perrot, 1998, págs. 167/8.

Lo cierto es que en el campo de la responsabilidad del sistema civil, advertimos que la solución se ubica en torno a lo que preceptúa la figura del "enriquecimiento sin causa".

VI. El daño moral

Nos parece modestamente atinado efectuar un somero análisis del daño moral y sus previsiones en el Código Civil, plexo normativo en el cual, como sabemos, es en el único lugar en donde el ordenamiento jurídico paraguayo regula este tema que nos ocupa.

En nuestro sistema legal el daño moral tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio o punitivo. Es decir que lo que interesa para nuestra legislación es la magnitud del daño sufrido y lo que se procura es compensar el daño.

El Código Civil contiene normas que se refieren a la indemnización del daño moral, únicamente en el Art. 1835, que copiada textualmente dice:

"Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del *daño moral* solo competerá al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrán acción los herederos forzosos".

La cuestión a dilucidar es qué sucede con los casos de responsabilidad extracontractual lícita que no están contemplados en nuestro Código Civil.

Otro tópico por poner de resalto sobre este tema es que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia extranjera han llegado a la conclusión que *el daño moral es independiente*, no accesorio, del daño material (23). Cuestión que cabría merituar cómo juega en los supuestos de la responsabilidad del Estado por actos lícitos o legítimos.

---

(23) Ver Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Tomo I, pág. 169 que si rigiera el otro sistema de la reparación del daño, de "carácter meramente ejemplar", en los casos de responsabilidad objetiva (por riesgo o vicio de las cosas) no cabría la indemnización por daño moral.

VII. Posturas doctrinarias sobre la viabilidad del daño moral en casos de responsabilidad del Estado por actividad legítima

En lo que respecta a la responsabilidad pública puede apreciarse que cierta doctrina se ha referido con relación a la procedencia de la reparación del daño moral en ella.

Sobre el particular, podemos sistematizar las siguientes posturas:

1. La postura de Comadira, quien ha señalado que el resarcimiento en caso de responsabilidad del Estado "…es discutible que deba comprender el daño moral pues este, en principio, no se debería generar cuando el sacrificio se origina en un deber comunitario".

2. Se ha sostenido que la indemnización a cargo del Estado, en estos casos de "hechos lícitos pero dañosos", es de equidad; y con ella, se ha considerado que no es que se busque una reparación plena o integral sino una razonable compensación para el perjudicado. Por tal razón, esta postura ha concluido en que se trata de una indemnización limitada en la cual desaparece el resarcimiento del daño moral y, en cuanto al material, se reduce al emergente, consecuencia directa y necesaria, con exclusión del lucro cesante.

3. Otra postura es la de Ghersi (24), quien considera que debe accederse a la reparación del daño moral cuando se trate de un daño a la persona pero cuando se afecta el patrimonio.

4. Mosset Iturraspe y Sagarna (25) se han pronunciado por la reparación del daño moral sin hacer distinción de los diversos casos que pueden llegar a plantearse.

Un último argumento que creemos oportuno traer a colación, y sobre el cual se ha referido el profesor Cassagne, es el de la aplicación en esta materia de *las reglas de la justicia distributiva* y del *principio de corrección del des-*

(24) Ghersi, Carlos. *"Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales"*.

(25) Mosset Iturraspe, Jorge. *"El Estado y el daño moral"*. La Ley Argentina, 1986-D-4; Sagarna, Fernando, *"La responsabilidad del Estado por daños por la detención preventiva de las personas"*. La Ley Argentina, 200-c-890.

equilibrio causado al administrado que soporta un daño por violación, a su vez, del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Ello es así, puesto que no debe soslayarse que en este campo de la responsabilidad estatal legítima no es que estemos frente a un caso de dos particulares que debaten en un pleito por un daño derivado de un acto necesario o por una situación de legítima defensa; sino que deberíamos enfocarlo merituando si nos encontramos frente a un supuesto de un perjuicio especial y anormal (desproporcionado, inequitativo, desigual, grave, excesivo e irrazonable), causado a un administrado por el actuar de un órgano u ente del Estado.

VIII Jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina en esta materia

Por la facilidad de acceder a la jurisprudencia argentina, en vista de los servicios ofrecidos por la editora La Ley Paraguaya, y por la dificultad muchas veces de acceder a este tipos de informaciones de los otros países, solamente nos referiremos aquí a la jurisprudencia de la Corte Argentina, que dicho sea de paso, nos da mucha luz sobre el tema objeto de esta monografía.

Si pasamos revista por los casos resueltos por la Corte Suprema de la Argentina que se refieren sobre la responsabilidad del Estado por actividad legítima, apreciamos que solo en dos de ellos se ha aludido respecto de la reparación de “daño moral”.

En el caso “Rebesco, Luis contra Policía Federal Argentina”, en donde se presentó el hecho de que una persona viajaba en micro, el cual al arribar a un cruce de calles se vio en el medio de un intenso tiroteo entre efectivos de la policía y un grupo de presuntos delincuentes. Como consecuencia de este enfrentamiento el actor recibió una herida de bala en el rostro. De las pruebas colectadas en la causa se pudo concluir que el disparo provino del personal de la policía. En dicho fallo se reconoció la procedencia del *daño moral* en un caso de responsabilidad del Estado por actuación de sus efectivos policiales. Para así decidir se puntualizaba lo siguiente:

1. Cuando la actividad lícita estatal, aunque inspiraba en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general– esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad por su obrar lícito.

2. El ejercicio de funciones estatales atinentes al poder de policía, como el resguardo de la vida, la salud, la tranquilidad y aun el bienestar de los habitantes, no impide la responsabilidad del Estado en la medida en que se prive a alguno de ellos en su propiedad o se lo lesione en sus atributos esenciales.

3. En el caso de autos el accionar del personal policial se encuadró en el marco de su función específica, esto es, la de atender a un servicio que beneficia a la colectividad en general. Pero, al producir en ese ejercicio una lesión a los bienes o a la persona de alguno de sus integrantes, es de estricta justicia que la comunidad los afronte, no porque la conducta estatal sea contraria a derecho sino porque el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo.

4. Acreditado que la lesión que afecta a Robesco reconoce como *causa eficiente* aquel accionar y que ello no proviene de una conducta propia que la origina, la no admisión de la reparación significaría un gravamen desproporcionado que excede la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad.

5. Tal conclusión, que emana de un principio que se sustenta en garantías constitucionales, se afirma en el concepto ya adelantado de que las cargas de la participación necesaria para el logro de una utilidad colectiva deben distribuirse proporcionalmente entre los miembros del cuerpo social y no deben recaer solo sobre un de ellos.

6. En el caso, no hay razón justificante que legitime el perjuicio sufrido por Rebesco y para su reconocimiento no es necesario indagar en la existencia de factores subjetivos de atribución de responsabilidad sino que debe estarse a aquel, de naturaleza objetiva, que encuentra fundamento en la garantía irrenunciable para el Estado de amparar elementos derechos de sus integrantes.

Un segundo caso es el del precedente “Torres” (26), el cual se refiere a un supuesto de responsabilidad del Estado (la provincia de Buenos Aires),

(26) La Ley Argentina, 1986-D-1. En este caso el Alto Tribunal condenó a la accionada por considerar que el perjuicio provenía de la realización de una obra pública que consistió en el encauzamiento de aguas a través del conocido sistema de las “lagunas encadenadas”. Se reconoció en el fallo la reparación del lucro cesante “tanto el ya operado como el futuro” y se *recha-*

por actos que trajeron aparejadas inundaciones de campos, entre ellos, el de propiedad de los actores.

En este caso, en lo que interesa a nuestro interrogante, se rechazó el daño moral en estos términos: "No se ha demostrado…que los actores hayan sufrido perjuicios de carácter extrapatrimonial suficientes para justificar el reclamo por lo que, conforme a la jurisprudencia de esta Corte sobre el punto, corresponde desestimarlo".

IX. Nuestra postura

De todas las posturas que hemos referido *ut supra* a nuestro modo de ver resulta la más adecuada a los principios establecidos en el artículo 39 de la Constitución Nacional y las disposiciones del Código Civil, la que ha escogido la Corte Suprema de la Argentina en el caso "Rebesco".

Nos parece que la tesitura que considera que debe admitirse la reparación del daño moral cuando se trata de una lesión a la persona y no cuando se afecta al patrimonio, si bien se apoya en encomiables fines humanitarios, *no se ajusta a nuestra modesto criterio a ciertos preceptos de nuestra Constitución Nacional.*

La Ley Fundamental vigente a la fecha (20 de junio del 1992) consagra y garantiza por igual todas las libertades, tanto la libertad de vivir (derecho a la vida, Art. 4), como la libertad de propiedad y las restantes libertades económicas (de trabajo, a ejercer industria lícita, de comerciar, 109, 176, etc.)(27)

Sostener en forma genérica que el daño moral debe ser resarcido si afecta al cuerpo o a la vida de una persona, pero no si se menoscaba su patrimonio, no nos parece que sea un estándar objetivo. Ello es así, pues nos conduce a un camino cercano al que llegó Ekmedijan cuando concluyó sosteniendo una escala axiológica de derechos.

El juego armónico entre las libertades, derechos y garantías que prescribe la Ley Fundamental no nos debe llevar a considerar que existe preemi-

---

zó el daño moral entre otros rubros indemnizatorios reclamados, por ejemplo, el costo de reparación del suelo.

(27) Ampliar en Linares Quintana, Segundo V. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, pág. 373.

nencia abstracta y genérica de algunos derechos sobre otros, sino que pensamos que corresponde merituar las circunstancias concretas de cada caso en particular.

Por ello nos parece que lo más adecuado es el criterio del *daño anormal o desproporcionado*. Esto significa que en los supuestos de responsabilidad del Estado por obrar legítimo cabe revisar cual es la cuota del sacrificio que se le impone al justiciable en particular.

Una persona que dedica sus días a delinquir (por ejemplo, al secuestro de personas), que es detenida en forma preventiva con indicios ciertos –en un comienzo– sobre su participación en un hecho, y que luego se descubre que es inocente en el caso concreto, entendemos que no podrá obtener el resarcimiento del daño moral por el entierro carcelario. Este perjuicio extrapatrimonial, a nuestro modo de ver, no debe ser reparado en este supuesto en virtud de un deber comunitario y de las reglas de la justicia distributiva por no tratarse de un gravamen anormal o desproporcionado provocado por un acto lícito.

En cambio, en un caso como el del fallo "Rebesco", si una persona queda atrapado en el medio de un enfrentamiento entre policías y delincuentes, y es herido o muere a raíz del accionar policial, estimamos que reside en él un daño especial, desproporcionado y anormal como bien muestra lo dicho en sus fundamentos.

En tal mérito, el fundamento por el cual cabe resarcir estos daños en el campo de la responsabilidad del Estado, creemos que no se ubica en el tipo de derecho que el justiciable invoca, sino el *quantum* de la afectación del daño. Es decir, resulta necesario efectuar un escrutinio para determinar si se superan ciertos límites normales y razonables en virtud de lo cual deja de ser una carga propia de la vida en comunidad y se convierte en un sacrificio o daño especial.

Consideremos que este criterio debe aplicarse en forma excepcional y con carácter restrictivo. El Estado, en principio, como regla general, no debe responder por el daño moral que sea reclamado a raíz de su actividad legítima. Ello es así, porque, como señala Comadira respecto del daño moral, estamos frente a un "deber comunitario" y no frente a una relación de particular a particular.

Nos parece que este es un estándar objetivo, que el daño especial traiga consigo cierto tenor que amerite el resarcimiento por un daño extrapatrimonial.

En suma, razones de índole constitucional nos conducen a interpretar esta cuestión en este sentido. No puede decidirse sobre ello de un modo dogmático desconociéndose la procedencia de una justa reparación que en el caso de algunos justiciables pudiera corresponder en virtud de las pautas de la justicia distributiva que imperan en este campo de la responsabilidad. Pero ello, por supuesto, sin recaer en extremos desmedidos.

X. Conclusiones

El alcance de la reparación en casos de responsabilidad del estado por actividad legítima ha sido un tema que la doctrina y jurisprudencia extranjera han merituado reiteradas veces por su importancia práctica.

En tal examen, no puede soslayarse el tópico de la inclusión o exclusión del daño moral en ellos. Las conclusiones sobre el particular estimamos que son susceptibles de ser aplicadas para otros daños extrapatrimoniales que, según la opinión que se tenga, puedan identificarse en un caso judicial.

Hemos sostenido, como regla general, que el Estado no debe responder frente a un reclamo por daño moral por su actividad legítima. Solo en forma excepcional, y con carácter restrictivo, debe resarcirlo en un supuesto en que se trate de un sacrificio especial y anormal.

Para arribar a tal conclusión, hemos señalado que no compartimos la tesitura que distingue –en forma genérica y abstracta– ciertos derechos de otros, sino que estimamos que existe un estándar objetivo, verificar si existe un daño especial, anormal, desproporcionado, irrazonable, desigual, grave.

Es decir, revisar si se ha superado el límite de la cuota normal de sacrificio que supone la vida en comunidad; ello, en función de las cargas comunitarias de las que debemos participar necesariamente para el logro de una utilidad colectiva.

Asimismo, hemos echado mano de tal regla para aplicarla en el supuesto de un auto de prisión preventiva (legítimo) a una persona inocente. Hemos sostenido ciertos parámetros para que resulte admisible el daño moral en estos casos de responsabilidad judicial legítima. Estimamos, empero, que los

daños anormales (desproporcionados, graves, irrazonables, etc.) que puedan invocarse en este sentido, en general, se ubicarán en el marco de la responsabilidad del Estado por su obrar administrativo ilegítimo, es decir, por las condiciones indignas de detención en las que se encuentran los presos.

Como consecuencia de ello, el daño moral que pueda reconocerse en un caso judicial *en forma independiente*, no accesoria, a un daño material, estimamos que solo podremos ubicarlo en un supuesto de responsabilidad del estado por actos ilegítimos o por actos legítimos de los que se deriven daños especiales y anormales.

EL CUSTODIO DE LA CONSTITUCIÓN (*)

Por Segundo V. Linares Quintana

Con motivo de cumplirse el centenario del nacimiento de aquel ilustre argentino que fuera el doctor Roberto Repetto, distinguidas personalidades se han ocupado, desde tribunas diversas, de su brillante actuación en la cátedra universitaria y en el desempeño de la magistratura, así como de sus relevantes condiciones de jurisconsulto notable y ejemplar ciudadano.

Nosotros, circunscribiremos nuestra conferencia al análisis de la trascendental misión que primordialmente ejerció –como Ministro, primero, y como Presidente, más tarde, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– de guardián y custodio de la Ley Suprema de la República, a manera de alerta y celoso centinela del pleno y efectivo cumplimiento del esencial principio de la supremacía de la Constitución, que constituye la piedra angular del sistema jurídico-político argentino.

El doctor Repetto tuvo luminosa actuación en el más alto Tribunal Judicial del país, al que señaló rumbo seguro y señero, elaborando votos y sentencias que pueden compararse sin desmedro con las mejores pronunciadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Con justicia dijo el diario “La Prensa” en su nota necrológica, que “no se olvidará que perteneció a la Suprema Corte durante las revoluciones de 1930 y de 1943 y que su palabra y su conducta contribuyeron a salvar con dignidad la existencia del Alto Tribunal y del Poder Judicial de la Nación”.

(*) Conferencia pronunciada por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana en el Instituto Popular de Conferencias, el 25 de septiembre de 1981, con motivo del centenario del nacimiento del Dr. Roberto Repetto.

En el escrito con que el doctor Repetto efectuó su propia defensa en el inicuo y vergonzoso seudo juicio político que un régimen corrupto y despótico hizo a los miembros de la Corte Suprema, el gran magistrado expresó –con palabras que los argentinos deberíamos tener siempre presentes–: "La primacía de la Constitución, el equilibrio de los poderes, el respeto a la ley y la independencia de la justicia, son principios rectores del orden republicano. No basta enunciarlos como normas abstractas. Deben ser normas de vida que determinen hábitos de conducta y consoliden una cultura cívica integral y profunda".

E impartiendo la última lección ejemplar de su vida, agregó: "Los actos nos sobreviven en la proyección trascendente de su fuerza moral. Esa es la enorme responsabilidad de la conducta. La vida pasa en su aparente contingencia, pero la verdad de nuestros actos no se pierde con nosotros, porque las normas que regulan sus valores tienen vigencia de eternidad en la vida de la justicia".

Recuerdo que en una carta que envié al doctor Roberto Repetto (hijo), con motivo de la muerte de su ilustre padre, escribí estas palabras, que hoy reitero: Tan irreparable pérdida –dije entonces– "no aflige solamente a la familia y a quienes se honraron conociendo a su padre, sino a todos los argentinos de verdad, que ven en su fallecimiento la desaparición de uno de los grandes valores morales e intelectuales de la Patria, símbolo por excelencia de un Poder Judicial tal como lo concibieron los Constituyentes de 1853: independiente, digno y sabio".

El doctor Repetto fue un eximio jurista, cuya profunda especialización en el campo del derecho civil –claramente evidenciada en la cátedra y el Poder Judicial– es de todos bien conocida. Pero, además, fue un gran constitucionalista, que unía a un amplio dominio de la teorética de la ciencia política y constitucional, las raras condiciones del hombre de Estado que ha de poseer el auténtico constitucionalista, cuyas conclusiones tienen siempre vasta y honda proyección sobre la esencia misma del Estado, el Gobierno y los individuos.

Las cuatro virtudes cardinales, –principio de otras en ella contenidas– son la justicia, la prudencia, la fortaleza y la templanza.

La justicia –la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo, según la clásica definición de Ulpiano– hace a la esencia misma del Derecho

al mismo tiempo que se erige en uno de los ideales supremos del individuo y del Estado.

Explícase, entonces, que desde el nacimiento de este, y aun en las más remotas y rudimentarias formas del gobierno de los hombres, aparezca la administración de la justicia como una de las funciones primordiales de quienes ejercen el poder, y su recto ejercicio sea primaria y permanente preocupación. Ya lo proclama el Libro de los Libros: Amad la justicia vosotros los que juzgáis o gobernáis la tierra" (Libro de la Sabiduría, cap. 1, vers. 1): "Si verdaderamente hacéis profesión de la justicia, sean rectos vuestros juicios, ¡Oh hijos de los hombres"! (Salmo LVII, vers. 2): "¡Ay de aquellos que establecen leyes inicuas y escriben continuamente sentencias de injusticia!" (Isaías, cap. X, vers. 1).

El Estado tiene el deber esencial e ineludible de respetar, a la vez que asegurar, la inviolabilidad del individuo –en cuanto ser libre capaz de decidir sus acciones, escogiendo sus propios fines y medios–, indispensable para que pueda obrar como un ser naturalmente investido de libertad, dignidad y responsabilidad.

Cuando Aristóteles, echando los cimientos de la ciencia política y constitucional, proclamaba que "la justicia es la base de la sociedad" (1), coincidiendo con la idea de Platón, de que ella es común de todas las partes del gobierno (2), no hacía sino expresar uno de los principios fundamentales del Estado, a través de todos los tiempos, según el cual no existe libertad si no hay seguridad jurídica, y la seguridad jurídica está ausente cuando no reina la justicia.

Al despedir los restos del ministro del Alto Tribunal, doctor Miguel Laurencena, expresó el doctor Repetto que no existe en la democracia "función más delicada, ni más noble que la de asegurar la justicia. Más delicada, porque los errores de los jueces, nazcan ellos de la ignorancia o de la burocracia, aparejan el deshonor y el descrédito del Estado y de la Sociedad; más noble porque nada enaltece y tonifica tanto el espíritu de los hombres como la certidumbre de una justicia positiva realizándose a cada instante en sus relaciones recíprocas" (3).

---

1) ARISTÓTELES, Política, libro I, cap. I, § 66. p. 6.
2) PLATÓN, Las Leyes, libro XII.
3) In memoriam: Roberto Repetto, p. 85.

Bien proclamaban las viejas Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio: "De la Justicia resultan muchos beneficios: los buenos se hacen por ella mejores, recibiendo premio por sus buenas acciones; y los malos se hacen buenos, por temor a la pena que por ella se impone a sus delitos. Es virtud por la que se sostiene el mundo, haciendo vivir a cada uno en paz según su estado, a su placer, y satisfecho de lo que tiene. Por tanto todos deben amarla como a padre y madre que les sustenta; obedecerla como a Señor; y guardarla como a su vida" (Partida Tercera, título I, ley 2).

Aunque teórico del absolutismo, Hobbes fue uno de los pensadores políticos que más radicalmente mantuvo la afirmación de que un gobernante que deja de proporcionar seguridad a sus súbditos, pierde el derecho al mando. Tanto es así, que en su famoso Leviatán sostuvo que "la obligación de los súbditos respecto al soberano ha de durar tanto como dure el poder de éste y su capacidad de protegerlos" (4).

La preocupación por la seguridad fue idea dominante en tan fervoroso defensor de la libertad como fuera Montesquieu, para quien "la libertad consiste en la seguridad, o al menos en creer que se tiene la seguridad". También escribió el ilustre autor del Espíritu de las Leyes, que "la libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno de su seguridad" (5). Y cuando Montesquieu formula su clásica doctrina de la separación de los poderes gubernativos, distribuye a estos a través de un mecanismo de interdependencia y control recíproco de los órganos respectivos que los ejercen, con el fin de que, sobre la base de la idea de que el poder detiene al poder, se asegure la libertad, que para él se identifica con la seguridad.

Un siglo más tarde, nuestro gran Sarmiento afirmaba, de manera coincidente, que "la Constitución no se ha hecho únicamente para dar libertad a los pueblos; se ha hecho, también, para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad" (6).

La seguridad jurídica es el conjunto de las condiciones que hacen posible la inviolabilidad del hombre, y con ella la manifestación y el cabal desa-

---

4) THOMAS HOBBES, Leviatán, cap. XVII.

5) MONTESQUIEU, Espíritu de las Leyes, libro XII, cap. II y libro XI, cap. VI.

6) DOMINGO F. SARMIENTO, obras completas, T. 20, p. 104.

rrollo de la personalidad de este, a fin de que –conforme a la acertada expresión de Jean Jaurés– "ninguna persona humana, en ningún movimiento del tiempo, pueda ser apartada de la esfera del derecho".

La función jurisdiccional aparece como el instrumento más adecuado y eficaz para lograr y mantener la seguridad jurídica, a través del imperio de la justicia, y con ella la juridicidad y la libertad en el Estado democrático constitucional; por lo que es la función que mejor define el carácter jurídico de este sistema político, garantizando en la práctica institucional el correcto y efectivo funcionamiento del gobierno de las leyes, para que este no degenere y se convierta en el execrable gobierno de los hombres, bajo el cual mueren los más excelsos valores de la persona humana.

No exagera entonces Joaquín V. González cuando afirma que "ningún pueblo de la tierra ha gozado de la libertad mientras no ha tenido asegurada la justicia" (7); como tampoco se equivoca Matienzo, al enseñar que "después de la defensa nacional contra las agresiones exteriores, ningún asunto interesa más a la prosperidad de un país que la buena administración de la justicia"(8) bien entendida la prosperidad como el estado de felicidad y bienestar que solamente puede disfrutar el hombre en un régimen de libertad.

No cabe duda de que la función estatal de dirimir los conflictos entre los individuos es una de las más antiguas; pero uno de los acontecimientos más trascendentales en la evolución de las instituciones humanas fue la diferenciación de la función jurisdiccional de las funciones de hacer y de ejecutar las leyes; lo que no ocurrió hasta el surgimiento del Estado moderno, a través de la institucionalización de la idea de la separación de los poderes, expuesta teóricamente por Montesquieu, en 1748, en las páginas de su libro famoso, sobre el presupuesto de que no existe libertad si el poder de juzgar no está separado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo.

La concepción teórica fue llevada a la práctica por vez primera por la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que elevó al órgano investido de la función jurisdiccional a la jerarquía de un verdadero Poder Público, en el mismo plano de igualdad que los Poderes Políticos: Legislativo y Ejecutivo,

---

7) JOAQUIN y. GONZÁLEZ, Manual de la Constitución Argentina, § 580, 591.

8) JOSÉ NICOLÁS MATIENZO, El gobierno representativo federal, p. 294.

e incluyó en ella la trascendental misión de ejercer el control de la supremacía de la Constitución mediante la declaración de inconstitucionalidad.

El Profesor Edward Gaylor Bourne, de la Universidad de Yale, ha escrito, con acierto, que "La más alta realización del pensamiento político y del arte de gobernar del siglo XVIII" es el sistema norteamericano de gobierno, que se basa en la independencia y el equilibrio de los poderes gubernativos realizado mediante un complejo mecanismo de frenos y contrapesos consolidado por un ajustado balanceo entre el gobierno central y los gobiernos estaduales; y cuya mayor originalidad radica, en gran medida, en la institución, como Poder Público, de la administración de justicia, que en el sistema europeo tradicional había sido hasta entonces considerada como una mera dependencia del Poder Ejecutivo (9).

El sistema norteamericano –claramente expuesto en El Federalista– asegura la independencia del Poder Judicial mediante la inamovilidad de los jueces y la irreductibilidad de sus remuneraciones.

De su medulosa exposición sobre el tema, en el capítulo LXXVII de El Federalista, Hamilton extraía la conclusión de que "el departamento judicial es, sin comparación, el más débil de los tres departamentos del poder; que nunca podrá atacar con éxito a ninguno de los otros dos, y que son precisas toda suerte de precauciones para capacitarlo a fin de que pueda defenderse de los ataques de aquéllos". Y sostenía, con énfasis, que "la independencia completa de los tribunales de justicia es particularmente esencial en una Constitución limitada".

Tocqueville, en su célebre obra La Democracia en América, escrita en 1835, y que ha sido el primer gran análisis científico de la Constitución estadounidense, escribió: "No creo que hasta el presente ninguna nación del mundo haya constituido el Poder Judicial de la misma manera que los norteamericanos" (10). Bien pudo afirmar Watson, en su clásico tratado, que "el establecimiento del sistema judicial de los Estados Unidos fue quizás la obra más exitosa de la Convención. Ninguna parte de la Constitución ha procurado mayor prestigio a sus autores que el Art. III" (11).

---

9) EDWARD GAYLOR BOURNE, introducción, The Federalist, p. VII.

10) ALEXIS DE TOCQUEVILLE, La democracia en América, p. 106.

11) DAVID K. WATSON, The Constitution of the United States, t. 2, p. 1050.

La Constitución norteamericana colocó a una Corte Suprema en la cúspide de la pirámide del Poder Judicial, como intérprete final y guardián de la Constitución en cuanto Ley Suprema de la Nación.

Washington atribuía importancia decisiva a la creación del Poder Judicial con un tribunal superior a la cabeza, para el funcionamiento correcto y la preservación del sistema constitucional de su país. Al entregar a John Jay el nombramiento de primer Presidente de la Corte Suprema, aprovechó la oportunidad para decir: "Me da especial placer dirigirme a vos como la cabeza de ese gran departamento, que debe ser considerado como la clave de nuestro edificio político". En la misma época, escribió a James Wilson: "Considerado el sistema judicial como el principal pilar sobre el cual nuestro gobierno debe descansar, creí de mi deber nombrar para los altos cargos de ese departamento a aquellos hombres que yo consideraba que darían lustre a nuestro carácter nacional". Sin duda alguna, prevalecía en los norteamericanos la idea que expresara Webster, de que "la Constitución sin la Corte Suprema no sería una Constitución y el gobierno no sería gobierno" (12).

No exageró Lord Bryce, en su finisecular y célebre análisis de las instituciones norteamericanas, escribiendo que "la Corte Suprema es la voz viva de la Constitución; esto es, de la voluntad del pueblo expresada en la Ley Fundamental sancionada por él. Es, por consiguiente, como alguien ha dicho, la conciencia del pueblo, que ha resuelto protegerse a sí mismo contra toda acción apresurada o injusta, sujetando a sus representantes a la restricción de una ley permanente. Ella es la garantía de la minoría, la que cuando está amenazada por la impaciente vehemencia de una mayoría, puede recurrir a esta ley permanente, encontrando el intérprete y defensor en un tribunal colocado muy por encima de los ataques de las facciones. Para cumplir con estas importantes funciones, el tribunal debe ser tan estable como la Constitución. Su espíritu y su tono deben ser los del pueblo en sus mejores momentos. Debe resistir los impulsos transitorios, y resistirlos con tanta mayor firmeza como tan vehementes sean. Atrincherado tras baluartes inexpugnables, debe ser capaz de desafiar los ataques abiertos de los otros departamentos del Gobierno, y las ¡más peligrosas, por impalpables, seducciones del sentimiento popular" (13).

---

12) BENJAMIN HARRISON, Vida constitucional de los Estados Unidos, ps. 233/234.

13) JAMES BRYCE, The American Commonwealth, t. I, p. 272.

Por su parte, el Chief Justice Taney en el caso Gordon v. United States (117 U.S. 699), sostuvo que la Corte Suprema "es tan esencial a la organización del gobierno establecido por la Constitución, como la elección del Presidente o de los miembros del Congreso ... Para prevenir una apelación a la espada y la disolución del Pacto ha sido que esta Corte, por la Ley Fundamental, fue hecha igual en origen e igual en título que los departamentos Legislativo y Ejecutivo del gobierno, y colocada fuera del alcance de los poderes delegados a los departamentos Legislativo y Ejecutivo".

Como ha escrito una historiadora del Alto Tribunal de los Estados Unidos: "La Suprema Corte fue instituida por los Padres Fundadores para mantener a los Estados, al Congreso y al Presidente dentro de los límites de sus poderes. Hicieron que la Constitución fuese difícil de enmendar, porque en ella enunciaron precisamente esos amplios principios cuyo bien era proteger de la tiranía del gobierno o de las mayorías al ciudadano en general. Dejaron, pues, en manos de la Corte la tarea de cuidar que estos principios de libertad y justicia para todos nunca se violasen. De este modo, la Suprema Corte se convierte a menudo en conciencia de la comunidad. Como no controla "ni la bolsa ni la espada", cuenta principalmente con la fuerza de su juicio moral, con su prestigio jurídico y tradicional, y con el efecto educativo de sus palabras para compeler a la obediencia a sus decisiones" (14).

Por todo ello, ha podido decir Harold Laski, en su discutido libro sobre la democracia norteamericana, que el respeto que se tiene por los tribunales federales y por encima de todos, por la Suprema Corte, es difícilmente sobrepasado por la influencia que ellos ejercen en la vida de los Estados Unidos. Si es exagerado decir que la historia norteamericana está escrita en los términos de sus sentencias federales, no lo es decir que la historia norteamericana sería incompleta sin una cuidadosa consideración de ellas. Fuera de la Presidencia, ninguna otra posición es más vehementemente deseada que la de Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos" (15).

En forma coincidente, Charles Warren inicia su clásica obra titulada La Suprema Corte en la Historia de los Estados Unidos, afirmando: "La historia de los Estados Unidos no ha sido escrita únicamente en los recintos del Congreso, en los despachos del Ejecutivo o en los campos de batalla, sino tam-

14) MARJORIE G. FRIBOURG, La Suprema Corte en la historia de los Estados Unidos, p.00.

15) HAROLD J. LASKI, The American Democracy, The Viking Press, p. 110.

bién y en gran medida, en los estrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos", y cita la opinión del Attorney General George W. Wickersham, quien dijo que "en la mayoría de las causas sometidas a su decisión, cada sentencia llegó a ser una página de historia" (16).

Ha escrito también Warren: "La parte vitalmente importante, sin embargo, que la Corte ha desempeñado en la historia del país, preservando la Unión, manteniendo la supremacía nacional dentro de los límites de la Constitución, afirmando las doctrinas de derecho internacional y la integridad de los tratados, y afectando la línea del desarrollo económico, social y político de los Estados Unidos, no puede ser comprendida por el simple estudio de sus decisiones tal como aparecen en los textos de derecho. La Corte no es un organismo disociado de las condiciones y la historia de las épocas en que ha existido. No formula y elabora sus decisiones en un vacío legal. Sus jueces no son abstractos e impersonales oráculos, sino hombres cuyos criterios son influidos, aunque no por un designio consciente, por la herencia, la educación y el medio como también por el impacto de la historia pasada y presente; y, como el Juez Holmes ha dicho: 'Las sentidas necesidades de la época, la moral y las teorías políticas prevalentes, intuiciones de política pública, reconocidas o inconscientes, y hasta los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido mucho más que ver que el razonamiento en la determinación de las reglas por las que los hombres han de ser gobernado' (Oliver Wendell Holmes, The Common Law, 1881). Las designaciones para la Corte, además, no han sido hechas de un claustro de pedantes jurídicos, sino del conjunto de abogados y jueces que participan activamente en la vida del país. Los Presidentes, al elegir los Jueces, necesariamente han tenido en cuenta consideraciones geográficas y políticas, por cuanto ha sido deseable que la Corte sea representativa, en lo posible, de las diferentes secciones del país y de los principales partidos políticos. El Senado, al rechazar por razones partidarias las nominaciones de eminentes autoridades jurídicas, más de una vez ha influido en el curso de la historia. El carácter y la capacidad de prudencia actuando en casos, han sido elementos que exigen consideración, por cuanto los razonamientos de grandes abogados y grandes estadistas imponen una reflexión y proporcionan una asistencia a la Corte capaces de influir poderosamente el rumbo del Derecho. La reacción del pueblo al derecho declarado judicialmente ha sido un factor especialmente importante en el desarrollo del país: ya que si la decisión de los Jueces sienta Derecho, a menudo el juicio

16) CHARLES WARREN, The Supreme Court in United States History, Boston, t. I, ps. 1.

del pueblo acerca de la decisión hace historia. De aquí que el efecto producido sobre la opinión pública contemporánea frecuentemente ha sido de mayores consecuencias que la real decisión misma; y en la estimación de este efecto, debe tenerse en cuenta el hecho de que mientras el derecho llega a los abogados a través de los textos oficiales de las decisiones judiciales, llega al pueblo del país filtrado a través de las columnas de los diarios y los editoriales de los periódicos partidarios y a menudo exagerado, distorsionado y teñido por el comentario político. Finalmente, debe ser señalado que el Congreso, en su legislación sancionada como resultado de decisiones judiciales, siempre ha desempeñado un papel importante con relación a la Corte. Por todas estas razones, la verdadera historia auténtica de la Corte debe ser escrita, no solamente a través del texto de sus decisiones, como de los periódicos, cartas, biografías y debates congresionales contemporáneos, que revelan sus relaciones al pueblo, a los Estados y al Congreso, y las reacciones de dichos cuerpos a sus decisiones. El recurso a tal evidencia de la contemporánea opinión y crítica respecto de la Corte es especialmente necesario para una comprensión de la medida en que la oposición a la Corte y los contra movimientos populares han afectado la historia del país en los diferentes períodos" (17).

Los Constituyentes argentinos estaban perfectamente compenetrados de la extraordinaria importancia que revestía la creación de un Poder Judicial, independiente y respetable, en un pie de igualdad con los Poderes políticos, Legislativo y Ejecutivo, que, además de administrar justicia con equidad, ejerciera la misión fundamental de velar por el cumplimiento pleno y efectivo de la Constitución y al crearlo, colocaron a la Corte Suprema a la cabeza del Poder Judicial, como guardián y custodio de la Ley Suprema de la Nación.

En su clásico e insuperado Manual de la Constitución Argentina, Joaquín V. González escribió: "La Ley Suprema requería un tribunal supremo, y al establecerlo en esa forma y carácter el admirable sistema de nuestro gobierno, ha creado una fuerza secreta e indestructible que circula por todo su organismo y le comunica siempre nueva sabia y vitalidad. Él conserva y acrecienta el tesoro acumulado de las virtudes, talentos y cualidades que fueron el patrimonio de los autores de la nacionalidad y de su Ley Suprema, en su doble y luminoso origen, y será el que se transmita a los tiempos venideros". Y el notable jurisconsulto y hombre de Estado argentino citaba al eminente constitucionalista norteamericano Kent, quien en sus Comentarios a la Cons-

17) CHARLES WARREN, The Supreme Court in United States History, Boston, 1928, t. I, ps. 1/4.

titución de su país y refiriéndose al similar tribunal supremo del mismo, dijo: "Nada puede concebirse de más grande e imponente en el conjunto de la humana justicia, que el espectáculo de la Corte Suprema, oyendo en juicio solemne las demandas y conflictos de las soberanías nacional y de los Estados, serenando las pasiones irritadas y celosas, y estrechando a toda esta gran Confederación de Estados, en paz y concordia, por la sabiduría, la moderación y la equidad de sus fallos" (II, lect. XIX, 414) (18).

La más importante de las funciones que corresponden a la Corte Suprema, cuyo ejercicio comporta el cumplimiento de su misión institucional por excelencia, es la defensa de la Constitución en cuanto Ley Suprema del país e instrumento básico de libertad y de gobierno, que sujeta a todos los habitantes de la República, tanto gobernados como gobernantes.

Porque si bien es cierto que el cumplimiento y la defensa de la Constitución constituyen el deber máximo y específico de todos y cada uno de los órganos de gobierno y no solo del Poder Judicial, corresponde a este, y en último y definitivo nivel a la Corte Suprema, la declaración de inconstitucionalidad. Por eso es que el más alto tribunal del país es el guardián y custodio por excelencia de la Constitución.

Así ha escrito Bielsa: "Lo que aparece como dominante en la jurisdicción de la Corte Suprema, hasta el punto de considerarse que es función normal y aun providencial en ella, es la defensa de la Constitución. Se atribuye a la Corte Suprema, respecto de la Constitución, el papel de su defensora auténtica e independiente, por haber sido creada con ese objeto, por la Constitución misma, aunque esta en su texto no haya instituido expresamente la competencia del alto tribunal para decidir como intérprete final" (19).

La propia Corte Suprema, en el leading case Fisco Nacional v. Manuel Ocampo, decidido en 1872, dijo: "La Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el Poder Ejecutivo en el desempe-

18) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, Manual de la Constitución Argentina, § 751, p. 189.

19) RAFAEL BIELSA La protección constitucional y el recurso extraordinario, § 53, p. 289.

ño de sus funciones… La Constitución no ha creado tribunal alguno que le sea superior, y es por esto que el Art. 94 la denomina Suprema" (20).

"Como de la norteamericana –ha escrito González Calderón– puede decirse que es la pieza maestra en el organismo político ideado por los Constituyentes y que a ella se debe primordialmente el afianzamiento de los principios y mandatos de la Constitución, encauzando el desarrollo de los poderes y de la conciencia pública" (21).

En su escrito de defensa que presentó ante el Senado, en el execrable juicio político que el régimen dictatorial entonces gobernante hizo a los dignos miembros del Alto Tribunal, el doctor Repetto dijo: "Los principios consagrados en la Constitución por virtud de sacrificios consumados en tiempo ya distante de nosotros, encontraron siempre cauce y norma protectora en la Corte Suprema: uniendo así el presente y el pasado en la continuidad de una tutela que asegura la primacía de la Constitución, el Alto Tribunal ha aportado a la República una incalculable fuerza moral y jurídica, conservadora y renovadora a la vez de nuestra vida institucional. La Corte Suprema se ha constituido así en custodia fiel del patrimonio cultural legado al porvenir por los varones que fundaron la República" (22).

La Constitución es ley suprema de la Nación, y en tal carácter sujeta y obliga a gobernantes y gobernados, a la vez que a la Nación y a las Provincias.

Preséntase así la Constitución como la Ley de las Leyes –según la acertada expresión de Alberdi–(23) "en torno a la cual –al decir de Echeverría– gravitan, como los astros en torno del sol, todas las fuerzas parciales que componen el mundo de la democracia" (24).

"El principio de la supremacía de la Constitución constituye la más eficiente garantía de la libertad y la dignidad del individuo, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que

20) Fallos: 12, 149.

21) JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, Curso de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1943, p. 854.

22) In memoriam: Roberto Repetto, Bs. As., 1981, p. 253.

23) J. B. ALBERDI, Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, Obras selectas, t. 14, cap. III, § IV, p. 72.

24) ESTEBAN ECHEVERRÍA, Dogma Socialista, § X, p. 206.

prescribe la Ley Fundamental. Si los actos emanados de dichos poderes tuvieran la misma jerarquía jurídica que las normas constitucionales, la Constitución –y con ella, todo el sistema de amparo de la libertad y la dignidad humanas que ella consagra– podría en cualquier momento ser dejada sin efecto por los órganos institucionales a los cuales aquélla pretende limitar en su actuación.

La Constitución Nacional es un instrumento de libertad y de gobierno, a la vez que un pacto entre Provincias soberanas, con poderes originarios y preexistentes a la organización constitucional definitiva. Es instrumento de libertad en cuanto su finalidad esencial y última es la garantía de la libertad, la dignidad y el bienestar espiritual y material del hombre. Es instrumento de gobierno, en cuanto organiza un Estado de Derecho sobre la base de la separación de los poderes. Y es pacto federal, en cuanto el Estado Argentino fue creado sobre la base de la unión indestructible de Provincias indestructibles: en cuya virtud las Provincias, que son iguales, no pueden separarse de la Unión sin el consentimiento del pueblo de la Nación. Porque el acto constituyente argentino estuvo integrado por dos voluntades: la de las Provincias y la del pueblo de la Nación. Y la Constitución así formada se autodeclaró perpetua e indestructible, en cuanto, como declara el Preámbulo, ha sido establecida "para nosotros y para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino".

¿Cuáles son las cualidades que hacen de los ministros del empinado tribunal grandes jueces y grandes presidentes?

Si para el ejercicio de la función pública se requieren indispensables condiciones de idoneidad, conforme lo exige la Constitución Nacional, o sea, la posesión de suficiencia o aptitud para el cargo, cuando se trata de la sublime y difícil función de administrar la justicia, nunca serán suficientes las exigencias de índole intelectual y moral que han de imponerse a quien deba desempeñarla.

El juez debe poseer las virtudes supremas de la sabiduría y la prudencia, como que aquélla conlleva ésta. Bien dice el Libro de los Proverbios: "Para que tus oídos estén siempre atentos a la voz de la sabiduría, aplica tu ánimo al estudio de la prudencia". Y ¿qué es la prudencia? Es una de las virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir, lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello; y es sinónimo de templanza, moderación, discernimiento, buen juicio.

El profesor norteamericano Robert K. Carr, en un valioso libro sobre La Corte Suprema y la revisión judicial ha definido al temperamento judicial, como "la aptitud para decidir el caso en sus manos, con razonable inteligencia y satisfactorio criterio, con la menor referencia a sus propios intereses y prejuicios" (25).

"Los Juzgadores que ejerzan su oficio debidamente –prescribían las viejas Leyes de Partidas, de Alfonso X El Sabio–, deben con derecho titularse jueces, que tanto quiere decir como hombres buenos que son puestos para mandar y hacer derecho" (Partida Tercera, tít. IV, ley 1).

Pero la naturaleza de las funciones que cumple la Corte Suprema de Justicia, en cuanto cúspide de uno de los Poderes del Estado, a la vez que como guardián e intérprete final y definitivo de la Constitución, impone que sus ministros satisfagan otras aptitudes más que las de los jueces comunes.

Theodore Roosevelt, quien fuera Presidente de los Estados Unidos, en un discurso pronunciado en 1902, dijo que no seria posible omitir la inmensa parte jugada por la Suprema Corte en la creación, y no simplemente la modificación de las grandes políticas, a través de las cuales y por medio de las cuales el país ha alcanzado su actual posición... Los Jueces de la Suprema Corte del país deben ser, no solo grandes juristas, sino también grandes estadistas constructivos (26).

Por su parte, Bielsa, entre nosotros, también ha dicho que "el nombramiento de los magistrados en la Corte Suprema no tiene el carácter de un verdadero nombramiento de funcionarios. La designación de un miembro del Poder Judicial es acto administrativo en sentido formal, pues en sustancia es acto de gobierno, sobre todo en lo que respecta a jueces de la Corte Suprema. En efecto, con la designación de un miembro de este tribunal no se trata solo de proveer una función o de integrar un órgano técnico jurisdiccional; ese acto implica, más que todo, integrar un poder. La trascendencia de la función jurisdiccional de la Corte Suprema da a quienes la componen un especial carácter en punto a u institución. Las decisiones de la Corte Suprema tienen proyecciones a veces insospechadas, y a la influencia de sus dictados no son extrañas la experiencia, la disciplina en la función pública y la educación

25) ROBERT K. CARR, The Supreme Court and Judicial Review, p. 244.

26) CHARLES WARREN, The Supreme Court in United Status history, t. I, ps. 1/2.

jurídico política de sus miembros. Según la concepción dominante, aún, no solo se ve en la Corte Suprema al jurista profesional, sino también al intérprete final de la Constitución. Es pues la aplicación de tal principio lo que determina prácticamente una relativa diferencia en el criterio de elección de magistrados de este tribunal, respecto de la elección de los demás jueces"(27).

Ha dicho el notable Juez de la Suprema Corte norteamericana Frankfurter, que "la historia de la Suprema Corte no es una abstracción, sino el análisis de individuos actuando como una Corte que hace decisiones y lenta doctrinas, y de otros individuos, sus sucesores, que perfeccionan, modifican y a veces anulan las decisiones de sus predecesores... En derecho también los hombres hacen diferencia... No existe inevitabilidad en la historia excepto cuando la hacen los hombres" (28). Y agrega que "la historia de la Suprema Corte es la historia de relativamente unas pocas personalidades... El hecho de que ellas estuvieron allí y que otras no lo estuvieron, seguramente marcó diferencias decisivas. Conocer qué clase de hombres fueron resulta crucial para conocer la Corte" (29).

El doctor Vicente C. Gallo ha escrito: "A tan alta dignidad no debe llegarse ni por la influencia política, con criterio partidista, ni siempre exclusivamente por la vía del ascenso, como eslabón de una larga cadena que se mueve subiendo impulsada por un resorte. La designación libremente hecha, mediante selección efectuada entre los mejores candidatos debe recaer en los que tengan bien acreditada la vida honesta, la sólida preparación y la larga experiencia en la vida pública. Más que juristas, con práctica judicial, la Corte requiere en su personal estadistas y hombres de gobierno, capacitados para alumbrar con su pensamiento los varios aspectos de una grave cuestión y para inspirar con su patriotismo ilustrado la solución que mejor armonice la ley con los intereses supremos del Estado. Deben tenerse siempre presente a este efecto las palabras de Washington, quien refiriéndose a estas designaciones, decía en una de sus históricas cartas que habrá que proceder con la mayor circunspección, determinándose solo por principios y sintiendo que los ojos de Argos están abiertos y celosamente vigilantes para señalar y condenar cualquier tendencia o parcialidad hacia amigos o parientes. Es el mismo concepto que anima las palabras de Urquiza, cuando hablando al Parlamento en 1854, al inaugurar las sesiones del primer Congreso Legislativo Federal, le dice:

27) RAFAEL BIELSA, La protección constitucional y el recurso extraordinario, ps. 103/104.

28) F. FRANKFURTER, Mr. Justice Holmes, ps. 8/9.

29) F. FRANKFURTER, Law and Politics, p. 113.

"Por decreto de 26 de agosto último que pasará a la aprobación del Senado, he nombrado a los jueces que deben integrar la Corte Suprema de Justicia. El gobierno ha prestado toda la atención debida a la importancia y aun a la necesidad de la pronta institución de este alto poder público; pero consideró también que su misma altura y la naturaleza de sus funciones exigían en su composición las primeras notabilidades de nuestro foro que se hallasen en aptitud de concurrir a ella; y dando preferencia a esta consideración han sido electos ciudadanos residentes dentro y fuera de la República y a largas distancias de la Capital lo que ha retardado su constitución". Con ese criterio Urquiza designa para integrar la primera Corte a los doctores Gabriel Ocampo, José Roque Funes, Francisco Delgado, Martín Zapata, Facundo Zuviría, Bernabé López, José Benito Graña, Nicanor Molinas, Baldomero García, y como fiscales los doctores Ramón Ferreyra y Pío Tedin. El tribunal no llegó a constituirse ni funcionó por renuncia, ausencia o nuevos destinos de algunos de los nombrados: el presidente doctor Derqui anuló la designación en 1860, y correspondió al presidente Mitre la organización definitiva y la solemne y efectiva institución de la Suprema Corte de la Nación, de conformidad a las disposiciones de la Constitución reformada y a las de la ley federal sancionada al efecto. Fueron sus componentes los doctores Valentín Alsina, Salvador N. del Carril, Juan B. Barros Pazos, Francisco Delgado y Francisco de las Carreras; y como procurador general el doctor Francisco Pico. Habiéndose excusado el primero que era entonces senador nacional, fue reemplazado como presidente, por el doctor Francisco de las Carreras. La biografía de los componentes de esa primera Corte ha sido hecha con un alto concepto de juez por el doctor Clodomiro Zavalía en su importante Historia de la Corte, que es una generosa fuente de informaciones y de enseñanza"... Es lo que autoriza a Mitre a decir en su mensaje de apertura del Congreso en 1867: "La acción de la justicia nacional se robustece y se ensancha cada día... Después de cinco años de un ejercicio no interrumpido y tranquilo, esta sabia institución, nueva entre nosotros, establece sus precedentes, forma la jurisprudencia que nace de sus decisiones y adquiere así cada vez más la importancia que por la ley y por el respeto, sus procedimientos le conquistan y la constituyen en el poder moderador, sin el cual los conflictos inevitables entre los diversos poderes en que la Constitución que nos rige ha delegado la soberanía del pueblo, no podrían resolverse sin la fuerza y la violencia" (30).

Refiriéndose a quienes fueron Presidentes eminentes de la Corte Suprema, Antonio Bermejo y José Figueroa Alcorta, el doctor Repetto enunció

30) VICENTE C. GALLO, Prólogo a FELIPE S. PÉREZ, Tratado sobre la Jurisprudencia de la Corte Suprema, t. I, ps. 7/10.

las cualidades esenciales que debe reunir quien integra el más Alto Tribunal de la República, y que, desde luego, él mismo satisfacía con amplitud. "Individualmente –dijo– poseían aquel equilibrio de alma y esa moderación de conducta en que los moralistas han hecho residir la sabiduría; en sus virtudes se mezclaban por igual la bondad con la firmeza, la prudencia con la inteligencia; actuaron olvidando todo interés personal ante el interés público y con el horror a las cosas torpes; profesaron el amor al estudio, al bien y a lo bello. Añádase a lo dicho la pureza y austeridad de sus costumbres sencillas, su adhesión absoluta y total a los conceptos de patria y familia de los que hicieron un culto, a su fe en la eficacia de las instituciones que nos rigen, lealmente practicadas y su dedicación al pueblo al cual se esforzaron en darle mucho de sí mismos sin esperar nada en cambio. Vivieron en el ejercicio de las funciones públicas, como si no debieran morir nunca y por eso ejecutaron grandes cosas" (31).

Como frutos preciosos de su larga experiencia, enriquecida por su talento natural y sólida cultura jurídica y general, a la vez que una severa ética, el doctor Repetto nos ha dejado invalorables conceptos sobre los jueces y la función judicial.

"El magistrado –escribió– debe, ante todo, ser laborioso. Si el trabajo útil se concilia mal con la dispersión de la atención que reclaman las diversiones mundanas, cuando se tornan incesantes, debe dosificarlas o renunciar a ellas. No debe, sin embargo, vivir absolutamente fuera de la sociedad. Es indispensable que la conozca para concebir ideas que le permitirán juzgar sanamente a sus semejantes. En otros términos: un teórico puro es siempre peligroso".

"La justicia que no es dada con simpatía –también pensaba– es la más cruel de las injusticias. El juez hierático, divinizado por la función, ejecutor ciego de la ley, ajeno a todo sentimiento de placer o de dolor, realiza un concepto antiguo, propio de civilizaciones menos perfeccionadas que la actual. En realidad, un juez –descontada su preferencia jurídica– debe ser un hombre cuya virtud ingente, debe por lo menos igualar a la del tipo que la poseyere en el más alto grado".

"El Poder Judicial –escribió, asimismo– exige de parte de aquellos a quienes es confiado, la más perfecta integridad y el desinterés más absoluto.

---

31) In memoriam: Roberto Repetto, p. 60.

La justicia se ejerce por delegación expresa o tácita del pueblo, de la potestad pública. Ninguna de las delegaciones realizadas por el pueblo es tan delicada y grave como la que se deposita en el juez". Por ello, creía que "ninguna misión es más santa, ni más difícil que la de la magistratura".

Según tan ilustre y recto magistrado, auténtico paradigma del juez: "Todo el éxito de la administración de justicia finca en la concurrencia de dos cualidades fundamentales que han de encontrarse reunidas –como el calor a la llama– en la persona del juez. La primera, de orden intelectual, recae sobre la ciencia y el discernimiento necesario para la aplicación del derecho; el juez debe conocer a fondo la teoría y la práctica del derecho. La segunda condición es de orden moral; refiérese a la autoridad del magistrado, y se encuentra representada por una energía tan firme que –en algunos casos podrá llegar a parecer coraje y en otros crueldad– para hacer prevalecer la ley, que siempre contiene justicia, sobre cualquier otro orden de consideración"(32).

El doctor Repetto acostumbraba a decir que siempre en la Corte Suprema debe haber tres juristas y dos hombres de Estado que conozcan la dimensión jurídica.

Hubo un gran humanista que se sentó con honor y dignidad en el Alto Tribunal, quien en algún momento, se sintió abrumado por la solución continua de los problemas jurídicos, y comunicó al doctor Repetto su decisión de retirarse del cuerpo. Repetto le pidió que permaneciera en su sitial, convenciéndolo de que en la Corte, la cultura humanista era tan necesaria como el conocimiento del derecho, y aquel magistrado cambió entonces su parecer y permaneció en el Tribunal hasta su misma muerte.

Repetto repetía con Lammenais: "Cuando pienso que un hombre juzga a otro hombre, me siento embargado por un gran temblor", y con Voltaire: "La más bella función de la humanidad es la de hacer justicia".

Escribió también: "El derecho –proclamémoslo bien alto– es solo la expresión de la idea de justicia. Nosotros tenemos la firme creencia en un ideal de justicia, que actúa sobre los hombres como el ideal de la belleza, y que los orienta hacia una mejor dirección social. Este ideal de justicia –agregaba–, este idealismo jurídico, constituye el sentido íntimo de lo justo. Al

32) In memoriam: Roberto Repetto, ps. 199/204.

lado de la belleza artística clásica (escultura, pintura, música, literatura), hay lugar para una justicia correlativa a la civilización misma" (33).

Pensaba el doctor Repetto que "el rol del magistrado es el de confundir en un mismo pensamiento, el amor del derecho y el amor de la justicia". Aconsejaba, con sabiduría y rectitud: "Tratad de elevaros por encima de las controversias cotidianas hasta sus principios superiores de razón de equidad y de utilidad general, de los cuales se deriva la magnífica reglamentación de las legislaciones positivas". Y proclamaba, resumiendo sus profundas convicciones de hombre de leyes: "No nos equivoquemos, el derecho es todavía una religión, la única viviente poderosa, en el corazón de la generalidad de los hombres. Sin sus dogmas de la equidad natural, en los cuales todavía se cree, sin estos textos que ejercen su influencia reguladora sobre todas nuestras acciones y sobre todas nuestras relaciones; sin estas balanzas tradicionales donde se pesan cada día bajo nuestros ojos, lo justo y lo injusto, nuestras viejas sociedades caerían hechas polvo y volveríamos al caos, es decir, al reinado de la fuerza" (34).

Según la letra de la Constitución y de la ley, el Presidente de la Corte Suprema se encuentra en un pie de igualdad con sus pares, los restantes Ministros del Alto Tribunal. Sin embargo, en el hecho, sus calidades y virtudes personales pueden crearle una situación natural y lógica de liderazgo moral que sus colegas aceptan y respetan.

Antes de llegar a ocupar la Presidencia de la Suprema Corte norteamericana, Charles Evans Hughes escribió: "El magistrado presidente, como cabeza de la Corte, tiene una posición destacada, pero como pertenece a un cuerpo pequeño de hombres dotados de la misma autoridad que él para determinar las decisiones, es evidente que su influencia real dependerá de la fortaleza de su carácter y de las pruebas de capacidad que ofrezca en las relaciones entre los jueces... La preeminencia de Marshall se debía al hecho de que se trataba de John Marshall y no solo a que era el magistrado Presidente" (35).

En la historia del supremo tribunal de los Estados Unidos y de su similar en la República Argentina, se ha dado así el caso de grandes Presidentes, cuyas condiciones intelectuales y morales les permitieron crear y ejercer esa

33) In memoriam: Roberto Repetto, p. 192.

34) In memoriam: Roberto Repetto, ps. 195/198.

35) CHARLES EVANS HUGHES, The Supreme Court of the United States, p. 57.

autoridad intelectual y ética que marcó hitos señeros en la vida del tribunal. Y así como en la gran República del Norte se hace referencia a la Corte de Jay, o de Marshall, o de Taney o de Hughes o de Stone, en nuestro país ha podido hablarse de la Corte de Bermejo, o de Figueroa Alcorta o de Repetto.

Una carta que John Marshall escribiera a Story, cuya existencia fue ignorada durante mucho tiempo, y que hoy se encuentra en la Biblioteca de la Universidad de Michigan, relata un ilustrativo incidente vinculado con el nombramiento del gran Chief Justice.

En diciembre de 1800, el Presidente de los Estados Unidos John Adams, recibió una carta del Presidente de la Suprema Corte, Oliver Ellsworth, renunciando al cargo por razones de salud. John Marshall, a la sazón Secretario de Estado, esperaba aprovechar la oportunidad para fortalecer al Tribunal y sugirió al Presidente Adams nombrar un Chief Justice enérgico, proponiendo, como el más capacitado para llenar la vacante, al Juez William Patterson, de New Jersey, con el convencimiento de que sería nombrado, ya que era notoria su autoridad sobre el titular del Ejecutivo. Sin embargo, en esta ocasión, Adams, sorprendiendo a todos, desechó la propuesta de Marshall y ofreció el cargo a John Jay, que ya había sido el primer Presidente de la Corte y que había dejado la función seis años antes. Jay rehusó el ofrecimiento invocando su quebrantada salud, en unas líneas que envió a Marshall, quien, enseguida de recibirlas, se trasladó al despacho del Presidente para informarle de la decisión de Jay. Ante la ansiosa expectación de Marshall, Adams leyó la carta, que decía: ... renuncié a la Corte perfectamente convencido de que conmigo la misma ... no lograría la energía, importancia y dignidad necesarias para dar debido apoyo al Gobierno de la Nación". Cuando el Presidente levantó la vista del papel, preguntó: ¿a quién nombraré ahora? No podría decirle –contestó Marshall dubitativamente– pues supongo que subsiste la objeción a Patterson. ¡No lo nombraré!, exclamó Adams vivamente. Sucedió un largo y tenso silencio antes de que el Presidente añadiera pensativamente: Creo que tengo que nombrarlo a usted, Marshall. Este, sorprendido, vaciló unos segundos para luego inclinar la cabeza. Se había mencionado su nombre para ocupar la Presidencia de la República, pero nunca para ser Presidente del más alto tribunal del país, y como su mayor preocupación era preservar la Constitución, Marshall comprendió que la Presidencia de la Corte significaba más para él que la propia Presidencia de la República (36).

---

36) MARJORIE G. FRTBOURG. La Suprema Corte en la historia de los Estados Unidos de América, ps. 20/21.

Al constituirse definitivamente la Corte Suprema, el Presidente Mitre escogió para integrarla, a eminentes personalidades, que pertenecían a la oposición, como Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Valentín Alsina, José Delgado y José Barros Pazos, y designó Presidente del Alto Tribunal al primero de ellos, por decreto del 6 de enero de 1863, luego de haber rehusado el cargo Valentín Alsina.

Antonio Bermejo, de íntima relación con Mitre, ha referido, que interrogado el prócer acerca de los motivos que lo habían llevado a adoptar criterio tan encomiable, respondió: "Como Presidente de la Nación busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran un contralor imparcial e insospechado de las demasías de los otros poderes del Estado, y que viniendo de la oposición dieran a sus conciudadanos la mayor seguridad de la amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del Alto Tribunal, y designé al Presidente para evitarles el inconveniente de la elección".

La ejemplar lección de gobierno fue seguida por otros titulares del Poder Ejecutivo, quienes tuvieron en mira, por sobre todas las cosas, las relevantes aptitudes de hombres públicos y jurisconsultos acreditadas a lo largo de una carrera de honores sin mácula. Así, en 1870, Sarmiento nombró Presidente de la Corte Suprema al ministro de esta, Salvador María del Carril, quien fuera destacado Constituyente de 1853; en 1877, Avellaneda designó para el elevado cargo al ministro decano José Barros Pazos, y poco después a José Benjamín Gorostiaga, miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente; en 1887, Juárez Celman nombró ministro y luego Presidente de la Corte a Benjamín Victorica; en 1892, Pellegrini hizo lo propio con Benjamín Paz; en 1903, Roca designa a Abel Bazán; en 1905, Quintana nombra a Antonio Bermejo, designado un año antes ministro de la Corte por Roca.

Fallecido Bermejo, el Presidente Yrigoyen, por decreto suscrito el 4 de septiembre de 1930, nombró Presidente de la Corte Suprema a José Figueroa Alcorta, mediante un decreto que si bien se hizo público, no llegó a ser comunicado oficialmente, debido a los acontecimientos que culminaron con la deposición del titular del Ejecutivo. El gobierno provisional instalado el 6 de setiembre de dicho año, ante la vacante de Presidente producida por la muerte de Bermejo y el desconocimiento del nombramiento hecho por Yrigoyen, comunicó a la Corte Suprema que le "reconocía el derecho de elegir su Presidente, mediante el ejercicio de funciones propias".

La Corte, al tomar conocimiento de la comunicación del Presidente Provisional general Uriburu, expresó, reunida en acuerdo extraordinario, que "si bien los antecedentes no abonaban esta tesis, por cuanto el cargo de referencia ha sido provisto por nombramiento emanado del Poder Ejecutivo, es evidente, sin embargo, que tal atribución ejercida hasta ahora por el Presidente de la República, no deriva de fundamento alguno constitucional o legal, y en cierto modo afecta, sin atendible justificación, el principio de la independencia de los poderes, una de las bases esenciales de las instituciones políticas que nos rigen. Que la aquiescencia de la Corte Suprema al respecto, ha obedecido, sin duda, en el pasado y respondía en el caso actual, al propósito concordante con su índole esencialmente moderadora de conciliación y de armonía con los otros poderes del Estado, de mantener su actuación a cubierto de roces o conflictos, tanto menos justificados cuanto más difíciles de allanar en el terreno de la ley. Que a mérito de las consideraciones precedentes y a la comunicación aludida, resuelve proceder en acuerdo de la fecha a practicar la elección de Presidente de la Corte Suprema, cargo que se conferirá con carácter vitalicio el día y hora que al efecto se designe".

Consecuentemente, el Alto Tribunal designó presidente a José Figueroa Alcorta, quien ejerció el alto cargo hasta su muerte ocurrida el 29 de diciembre de 1931. La Corte decidió entonces elegir Presidente a Roberto Repetto, pero este solicitó que se aplazara la designación hasta que el Tribunal estuviere integrado. Al ocupar el general Justo el Poder Ejecutivo, algunos de sus ministros sostuvieron que correspondía a este Poder la designación, como lo habían hecho los Presidentes de la República desde la constitución del Alto Tribunal. El eventual conflicto fue evitado al ser nombrado Presidente de la Corte al doctor Repetto simultáneamente por el Ejecutivo y por la Corte. Desde entonces, el Presidente de la Corte Suprema ha sido designado por el Alto Tribunal como constitucionalmente corresponde.

La Constitución posee un cuerpo y un espíritu: vale decir, una envoltura corpórea o ropaje formal y técnico a la vez que un alma o espíritu que le insufla vida y aliento. El cuerpo puede ser modificado y perfeccionado de acuerdo con la ley eterna del progreso humano. Claro está que la ciencia política y constitucional, no solamente en el nivel de la teoría, sino también sobre la base de la experiencia histórica de todos los pueblos del mundo aconseja reducir al máximo sus enmiendas, ya que la fundamentalidad y la flexibilidad que deben tener sus normas permitirán su adaptación a las nuevas situaciones, por la vía de la interpretación más que de la reforma. En cambio, el alma de la Constitución es la sustancia espiritual y permanente tanto como las cosas humanas pueden serlo, integrada por el conjunto de ideas y de prin-

cipios históricos, filosóficos, sociológicos, políticos, económicos, jurídicos, etc., que hacen a la esencia inmanente e inmutable de la Nación, y que han sido consagrados e institucionalizados en la Ley Fundamental de la República; por lo que la reforma de ese espíritu, y con mayor razón su cambio y supresión, comportarían la destrucción y la muerte de la Constitución, y con ello la traición a la historia, a los ideales y a la razón misma de ser del país y de sus habitantes, así como al esfuerzo y al sacrificio de quienes construyeron la patria y forjaron su grandeza.

El constitucionalista italiano Pierandrei, que visitó nuestro país poco antes de su fallecimiento, y que se ocupó en profundidad de la interpretación constitucional, ha escrito que "naturalmente la operación interpretativa no puede considerarse llevada a término sino cuando la norma ha sido estudiada, de manera sistemática, no solo en relación con los demás preceptos, sino también en su posición dentro del ámbito de la Constitución. Y a tal propósito es oportuno señalar que esta última se funda en torno a un complejo de principios generalísimos, los cuales, puede decirse representan el núcleo central de ella: se trata de los principios que más directamente expresan los valores políticos en los cuales la Constitución encuentra su fundamento y por los cuales un determinado Estado se caracteriza de modo peculiar; principios que pueden aparecer formulados expresamente en el texto escrito o estar implícitos o bien que pueden derivar, a través de una cierta evolución histórica, de las costumbres o de reglas convencionales". Y agrega que toda dificultad queda superada, en último análisis, mediante la comprensión de la idea que anima a los principios mismos, de la cual surge lo que se llama el espíritu o el alma de la Constitución (37).

El notable constitucionalista español, Manuel García Pelayo, que hoy ocupa la Presidencia del Tribunal Constitucional de su patria, en su clásico Tratado de Derecho Constitucional Comparado, enseña que "el sentido de la Constitución y de cada uno de sus preceptos solo se adquiere cuando se conexiona con los motivos políticos directivos o con las decisiones políticas fundamentales a las que sirven mediata o inmediatamente dichos preceptos"(38). Y, coincidentemente, otro reputado constitucionalista hispano, Pablo Lucas Verdú, sostiene, con acierto, que "quien analiza las normas consti-

---

37) FRANCO PIERANDREI, L'interpretazione della Constituzione, p. 496.

38) MANUEL GARCÍA PELAYO, Derecho constitucional comparado, p. 110.

tucionales, intentando establecer su sentido, ha de tener presente la ideología inspiradora de la Constitución". O sea, la fórmula política de la Constitución, que no es sino "la expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social" (39).

En nuestro país, la Doctrina Constitucional de Mayo es, a la vez que la fórmula política el alma o el espíritu de nuestra Ley Suprema, ya que la Constitución Nacional consagró en forma definitiva el auténtico e insustituible modelo de la República Argentina, al institucionalizar la Doctrina de Mayo, surgida con el nacimiento mismo de la patria y la nacionalidad y consustanciada con el ser argentino, solemnemente consagrada el 25 de Mayo de 1810, y que constituye el basamento inconmovible de todo el ordenamiento jurídico y moral del país al punto que no podría ser removido o afectado en su esencia sin contrariar esa verdadera acta fundacional o fe de bautismo del Estado constitucional argentino. Por ello, y como la sombra sigue al cuerpo ella acompaña a nuestra Nación y a nuestro Estado que dejarían de ser tales si se la desnaturalizara o prescindiera de ella que únicamente podría cesar con la muerte de la República en la tierra de los argentinos.

Y señalamos muy enfáticamente este hecho, por cuanto el doctor Repetto en el cumplimiento de su sublime y empinada misión de guardián y custodio de la Ley Fundamental, inspiróse siempre, como punto de partida y basamento granítico de sus interpretaciones constitucionales, en la Doctrina de Mayo, en cuanto alma o espíritu y fórmula política de nuestra Ley de Leyes como instrumento de libertad y de gobierno.

El doctor Repetto realizaba lo que Joaquín V. González había llamado la interpretación constructiva de la Constitución, siguiendo la línea de la constitutional construction –construcción constitucional– de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas.

Esa sabia posición –que únicamente pueden adoptar quienes verdaderamente poseen auténtico sentido de estadistas– lo llevaba al doctor Repetto a considerar que la Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todos los tiempos y circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas, existentes al tiempo de la interpretación de los grandes fines que informan a la Ley Suprema del país.

---

39) PABLO LUCAS VERDÚ, La interpretación constitucional, p. 145.

Como juez eximio, pero a la vez como agudo hombre de Estado que era, el doctor Repetto, al interpretar la Constitución, aplicó siempre el criterio finalista, que proporciona seguro rumbo y orientación exacta. Porque en la interpretación de la Ley Suprema de la República debe siempre prevalecer su contenido teleológico, ya que si la Constitución es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en salvaguarda de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y amparo de la libertad, la dignidad y el bienestar espiritual y material del hombre: bienestar este último que solo puede darse cuando rige la seguridad jurídica, que es hermana inseparable de la libertad. Por consecuencia, la interpretación de la Ley Fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquélla debe privar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción gubernativa, mientras se manifiesta dentro de los cauces constitucionales, pueda resultar incompatible con la libertad, que es el fin supremo del Estado. El contenido teleológico de la Constitución rige en todas las situaciones y la emergencia no crea poder. El doctor Repetto siempre tuvo muy en cuenta el sabio concepto de Story: "En un gobierno libre, los gobernantes nunca tienen un interés permanente distinto al del pueblo, del cual forman parte, y ante el cual son responsables" (40). Nunca olvidó, tampoco, la luminosa máxima alberdiana: "Cuando la Constitución es oscura e indecisa, se debe pedir el comentario a la libertad y al progreso, las dos deidades en que ha de tener inspiración. Es imposible errar cuando se va por un camino tan lleno de luz" (41). Por eso es que el ilustre juez y hombre de Estado difícilmente podía desorientarse y errar.

El doctor Repetto estaba consustanciado con la idea de que dentro de la estructura básica –genérica, elástica y previsora– de nuestra Constitución, tiene fácil cabida la política más adelantada y progresista, dentro del marco del respeto de los derechos humanos y los principios del gobierno democrático constitucional. Así lo entendió con su clara visión de estadista, aquel otro ilustre argentino que se llamó Alfredo L. Palacios, que sentía profundo respeto y aprecio por el doctor Repetto.

---

40) JOSEPH JOHN STORY, Commentaries on the Constitution of the United States, Boston, 1918, 413.

41) JUAN B. ALBERDI, Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Obras selectas, Buenos Aires, 1920, t. 10, cap. 36, p. 241.

En la Convención Reformadora de 1957. Palacios afirmó categóricamente que "el concepto de persona humana que consagra la Constitución de 1853 permite que de él surjan los derechos de los trabajadores". Y con su justiciero espíritu, dijo también, en tal oportunidad que la Corte Suprema "realizó una obra concorde con el espíritu de los Constituyentes, al declarar constitucionales las leyes de trabajo que se han dictado" (42).

Durante la presidencia del doctor Repetto, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de leyes sociales básicas, como las relativas al trabajo de mujeres y niños, vacaciones pagas, indemnización por despido, etc.

En el leading case L. S. Quinteros y. Compañía de Tranvías Anglo Argentina, resuelto en 1937 (Fallos, t. 179, p. 116), dijo el Alto Tribunal bajo la inspiración del doctor Repetto: "La Constitución es individualista, como dice el apelante, pero debe entenderse tal calificación en el sentido de que se reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede privarlo (Arts. 14 y sigts.). Pero no es individualista en el sentido de que la voluntad individual y la libre contratación no pueden ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias: "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio" dice el Art. 14; el Art. 17 repite en dos ocasiones que los derechos que reconoce pueden ser limitados por la ley y el Art. 19 fija como límites a la autonomía individual "el orden y la moral pública". De su Preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución se propone el bienestar común, el bien común de la filosofía jurídica clásica".

Las páginas que el doctor Repetto escribió analizando nuestras instituciones gubernativas, constituyen lecciones magistrales de derecho constitucional y ciencia política, que hubieran honrado la más calificada cátedra de la materia, y que podrían haber suscrito sin desmedro para su fama prestigiosos tratadistas argentinos y extranjeros.

"La primacía de la Constitución –expresaba en alguna de ellas–, el equilibrio de los poderes, el respeto a la ley, la independencia de la justicia, son principios rectores del orden republicano. No basta enunciarlos como normas abstractas; deben ser normas de vida que determinen hábitos de conducta y consoliden una cultura cívica, integral y profunda. Si esos principios fueran vulnerados por aquellos a quienes la función de gobierno impone la responsabilidad especial de su custodia, la pasión y el desorden regirían los intereses

42) ALFREDO L. PALACIOS, El pensamiento socialista en la Convención Nacional de 1957, p. 182.

públicos, y la vida, el honor, el alma misma del hombre, quedarían a merced de la arbitrariedad" (43).

Su escrito de defensa, en el burdo seudo juicio político con que un régimen dictatorial avasalló al más Alto Tribunal de la República, constituye una pieza jurídica notable, a la vez que una ejemplar lección de derecho constitucional y de ética cívica, que todos los argentinos debiéramos tener siempre presente, sobre todo en los momentos de crisis institucional como la que vivimos.

"La República –decía– sustenta su ordenamiento jurídico sobre tres principios combinados: 1) Constitución limitativa; 2) Gobierno legal; 3) Separación de poderes. 1) La Constitución otorga a cada ciudadano un dominio inalienable, cuya invulnerabilidad garantiza contra toda invasión del poder político. Estos derechos a la vida, a la libertad, a la búsqueda de la felicidad, representan la sustancia misma de las libertades esenciales. Un Poder Judicial sin autonomía no podrá protegerlos. 2) El sentido mismo de las instituciones republicanas consiste en que el gobierno dependa ilimitadamente de las leyes, no de los hombres. La Ley, concebida como norma que opone un orden estable a la dominación arbitraria de un hombre o de un poder, es la base jurídica de la República; pero solo retiene su virtud protectora cuando la inamovilidad de los jueces y la estabilidad de las resoluciones judiciales existen y son reconocidas por los otros poderes del Estado. De otra manera, el gobierno dependerá ilimitadamente de los hombres, no de las leyes. 3) La Nación distribuye los atributos de su soberanía en tres poderes autónomos, limitados y definidos, de acuerdo con el antiguo concepto según el cual el poder debe controlar el poder. La Corte Suprema contribuye de manera fundamental a mantener el equilibrio de poderes, ya que personifica el ideal de la función judicial independiente en la más alta esfera de su ejercicio. La existencia de una Corte Suprema es exigida por la forma republicana de gobierno que nuestro Código Fundamental estructura. Ella mantiene la supremacía de la Constitución, y al hacerlo, define y controla la extensión de los poderes del gobierno. Además, "es el intérprete final e irrevocable de todas las reglas, doctrinas y poderes que la Constitución contiene" (Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, p. 759) (44).

¡Admirable descripción en síntesis extrema de la estructura y dinámica del gobierno de las leyes establecido por la Constitución!

43) In memoriam: Roberto Repetto, p. 252.
44) In memoriam: Roberto Repetto, ps. 249/250.

La democracia constitucional –que es el gobierno de las leyes, en oposición al gobierno de los hombres, porque en ella la Constitución y la Ley se imponen a la voluntad de los individuos, sean gobernantes o gobernados– se funda, entre otras bases, en el principio de la soberanía popular, que exige que el pueblo sea el titular de la soberanía y el poder constituyente. De donde resulta que el funcionamiento correcto y por ende exitoso del sistema republicano exige ineludiblemente, un adecuado nivel de capacitación etico-cívica de los ciudadanos, que deben ser protagonistas activos y no espectadores pasivos del drama institucional.

En 1846 se preguntaba Esteban Echeverría: "¿Cómo podrá combinarse la soberanía del pueblo, es decir la acción incesante del pueblo en el gobierno, el orden y el progreso social, con la absoluta ignorancia del pueblo que ejerce esa soberanía? ¿Hará jamás buen uso de la potestad soberana quien no sabe lo que es patria, libertad, igualdad, fraternidad, ni derecho de sufragio y representación: el que no tiene, en suma, noción alguna de los deberes del hombre y del ciudadano?

"La democracia –sostenía el doctor Repetto– y con ella todo régimen político, requiere como condición esencial de existencia, la elección de los más aptos y de los más sabios para la dirección de los negocios públicos. Solo cuando estos son conducidos por los mejores en el sentido de la competencia técnica y moral, se obtiene en la práctica de las instituciones la democracia orgánica ilustrada, la que engendra los verdaderos partidos constitucionales y la que permite hacer cada día más efectivo el concepto de lo justo, realizándose tanto en las relaciones de los hombres entre sí y con el Estado, cuanto en las de este con las otras naciones de la tierra. Y tal criterio de selección aplicado con la estrictez impuesta por la necesidad que la determina, es singularmente educativo, pues los ciudadanos concluyen por adquirir la convicción de que las posiciones públicas solo se alcanzan cuando se tiene la competencia que suministra el contacto perseverante con las grandes disciplinas intelectuales y morales que constituyen el acervo espiritual de la humanidad" (45).

El doctor Repetto conocía muy bien los trágicos avatares que signaron el largo y difícil proceso que precedió a la organización constitucional definitiva del país, y por ello valoraba en su verdadero significado y trascendencia la sanción de la Constitución Nacional de 1853-1860, que instaure el gobierno de las leyes; a la vez que comprendía como mandato imperativo de los

45) In memoriam: Roberto Repetto, p. 59.

Constructores de la Nacionalidad, el sagrado deber que surgía para las sucesivas generaciones de argentinos, de conservar y defender la República por los siglos de los siglos.

"Nuestras instituciones –escribió– no han nacido del simple transcurso del tiempo. Fueron creadas por el ideal de los que lucharon contra la anarquía para fundar la República sobre la tierra asolada. No olvidemos que esos hombres vivieron para la posteridad, sacrificándose por la afirmación de sus principios, en bien de nosotros y de las generaciones venideras. ¡Hoy más que nunca debemos velar por el mantenimiento de la obra común para que el porvenir pueda afirmar que tanta grandeza no fue estéril y que los que supieron forjarla y mantenerla no vivieron ni murieron en vano" (46).

Ineludible deber que, como los tiempos que siguieron lo mostraron, ha sido de difícil cumplimiento, ya que la ruptura de la estabilidad constitucional ha sido cada vez más frecuente y repetida la sustitución del gobierno *de-jure* por un gobierno *defacto*.

La República, como la libertad que es esencia de ella, nunca se adquieren en forma definitiva, sino que deben ser ganadas día por día, hora por hora, minuto por minuto, por la acción ininterrumpida de los ciudadanos, mediante el leal y efectivo cumplimiento de sus deberes, para hacerse merecedores al goce pleno de sus derechos.

Ya en la Antigüedad, Aristóteles, justicieramente considerado como el fundador de la ciencia política y constitucional, advertía acerca de la dificultad en conservar el gobierno republicano. "Para el legislador y para los que quieren fundar un gobierno democrático –enseñaba–, la tarea más laboriosa no es establecerlo, ni tampoco es la única; lo difícil y más interesante es proveer a su conservación. Porque no se trata de establecer una forma de gobierno, sea cual fuere, para que dure tres o cuatro días. He aquí –concluía el Estagirita– por qué es preciso combinar todos los medios adecuados para garantía de su estabilidad".

Apenas aprobada la Constitución de los Estados Unidos por la Convención Constituyente de Filadelfia, y antes de ser ratificada por los Estados, alguien preguntó a Benjamín Franklin con ansiedad: "Y bien, doctor, ¿qué tenemos: una república o una monarquía?". A lo que el ilustre constituyente –

---

46) In memoriam: Roberto Repetto, p. 253.

que fuera llamado “el más sabio de los norteamericanos”– respondió secamente: “Una República, si es que los ciudadanos pueden conservarla”.

El doctor Repetto sabía perfectamente que el principio de la separación de los poderes es la columna vertebral de la República, a la vez que el rasgo que mejor define a la democracia constitucional, y que se mantiene, a través de los tiempos y de las vicisitudes de los hombres y de los pueblos, como el más firme baluarte de la libertad individual. El profesor norteamericano Arthur T. Vanderbilt ha escrito que en las recientes décadas ha estado de moda en algunos sectores pronunciar oraciones fúnebres sobre el cadáver de la doctrina de la división de los poderes; mas a pesar de esos intentos de sepultarla, conserva una vitalidad notable que tiende a aumentar cuando es amenazada. Instintivamente, la gente parece sentir en su violación, aun en horas de peligro, una amenaza mayor que la que soporta en su vida diaria, y reconoce en su observancia la posibilidad de lograr el reinado del Derecho, el único que puede asegurar la libertad tan esencial para el individuo y para nuestra civilización” (47).

Por ello, en el conocido caso Guardian Assurance Company Limited (Fallos: 150, 89), el Alto Tribunal, con la participación del doctor Repetto, dijo que “al Poder Judicial no compete pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de las leyes bajo su concepto puramente económico o financiero, apreciando si estas pueden ser benéficas o perjudiciales para el país. Y así, en el caso, prescindirá esta Corte ex profeso, de entrar en un campo meramente especulativo, que en las recientes décadas ha estado de moda en algunos para aquilatar las ventajas o desventajas que representa para la economía nacional el funcionamiento de las compañías de seguros cuyo capital y dirección no están radicados. La Corte debe limitarse a buscar solución a las cuestiones jurídicas que se han planteado, estableciendo la conformidad o disconformidad de las disposiciones legales impugnadas con los preceptos y principios de la Constitución Nacional... Que obedeciendo a semejantes principios esta Corte ha considerado siempre las causas de la naturaleza de la presente, con criterio exclusivamente constitucional, sometiendo las disposiciones impugnadas al contralor de las leyes fundamentales que rigen el caso. Solo así ha podido conservarse, en todo tiempo, la armonía de los poderes del Estado, ejerciendo el Congreso, libremente, la alta prerrogativa de dictar las leyes y prestando la Corte Suprema contra el abuso de estas, su amparo estricto y definitivo”.

---

47) ARTHUR T. VANDERBILT. The doctrine of the separation of powers and its actual present day significance, p. 10.

Las notables condiciones de jurista y hombre de Estado que integraban la rica personalidad del doctor Repetto, se manifestaron con rara plenitud en la difícil tarea de delimitar el ámbito de los poderes del Estado frente al recinto de la libertad individual. Tenía presente que, como escribiera Esteban Echeverría, en el Dogma de Mayo –fundamento ideológico de la Constitución Nacional–: "La salud del pueblo no estriba en otra cosa sino en el religioso e inviolable respeto de los derechos de todos y cada uno de los miembros que lo componen. Para ejercer derechos sobre sus miembros, la sociedad debe a todos justicia, protección igual y leyes que aseguren su persona, sus bienes y su libertad. Ella se obliga a ponerlos a cubierto de toda injusticia o violencia; a tener a raya, para que no se dañen sus pasiones recíprocas; a proporcionarles medios de trabajar sin estorbo alguno, en su propio bienestar sin perjuicio del de los otros; a poner a cada uno bajo la salvaguardia de todos, para que pueda gozar pacíficamente de lo que posee o ha adquirido con su trabajo, su industria o sus talentos" (48).

El 7 de diciembre de 1934, al resolver el caso Oscar Agustín Avico v. Saúl G. de la Pesa, la Corte Suprema amplió su criterio acerca del ámbito del poder de policía; lo que significó –según el propio Alto Tribunal, años después– "la extensión de la doctrina sobre el poder de policía a las medidas de tipo económico" (49). En esta sentencia, declarábase la constitucionalidad de la ley núm. 11.741, de moratoria hipotecaria. En su notable disidencia, el Presidente Repetto sostuvo que no existe en la Constitución "ninguna cláusula por la cual se autorice, expresa o implícitamente, al Congreso para dictar leyes que desconozcan el derecho de propiedad.

El Art. 67, inc. 11 faculta para dictar los códigos comunes, es decir, para sancionar las leyes y reglamentos destinados a organizar el derecho privado; el inciso 16 del mismo artículo, y el Preámbulo, dan al Congreso el derecho de tomar las providencias legislativas necesarias para promover el bienestar general, pero uno y otro poder deben ejercerse dentro de los principios y garantías acordados por el mismo instrumento a la propiedad y al derecho de usarla, siendo éste, cabalmente, uno de los medios de que sus redactores se valieron para colocar la libertad económica y el crédito al abrigo de toda tentativa de desconocimiento por los poderes del gobierno". Agregaba que "la Constitución es, además, un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República, en todo

48) ESTEBAN ECHEVERRÍA, Dogma Socialista, § 1, p. 156.

49) Juana M. A. Muñiz Barreto de Alzaga y. Antonio Destelanis (10 mayo 1968), Fallos t. 270, p. 379.

tiempo, así en la paz como en la guerra, y sus previsiones no pueden suspenderse en ninguna de las grandes emergencias de carácter financiero o económico en que el pueblo o el gobierno pudieran encontrarse. La sanción de una ley en ocasión de cualquier emergencia, presupone, pues, el sometimiento de la misma a los principios y garantías asegurados a los habitantes por la Constitución Nacional. Si así no fuera, bastaría la calificación de emergencia dada a una ley por el Congreso o por una legislatura, para que todas las garantías individuales y las limitaciones de los poderes contenidas en aquélla, se convirtieran en letra muerta contra todo lo previsto por sus redactores. La emergencia, pues, no crea el poder, ni tampoco aumenta o disminuye la extensión acordada a una facultad: solo da causa al ejercicio de los que expresa o implícitamente se hallen acordados en el instrumento constitucional". Agregaba el doctor Repetto, impartiendo otra notable lección de derecho constitucional, que "el poder de policía tiene, en efecto, un límite del cual nunca podrá pasar y es el de que la propiedad privada no es susceptible de ser tomada por el Estado para sí mismo o para darla a otra persona, sin que se convierta en dominio eminente con derecho, por consiguiente, para obtener indemnizaciones. Si la propiedad privada, en virtud de la reglamentación derivada del poder de policía, pudiera ser quitada a una o más personas para darla a otra o a otras, por razones de orden público, sin indemnización, se habría creado un poder desconocido e inesperado dentro de la Carta Fundamental, llamado a anular el principio de la inviolabilidad de la propiedad tan enfáticamente proclamado por ella" (50).

En otra de las grandes sentencias de la Corte Suprema –la que recayó en el conocido caso Pedro Inchauspe Hermanos y Junta Nacional de Carnes, decidido el 1° de setiembre de 1944– la Corte Suprema presidida por el doctor Repetto realizó una magistral sistematización de la doctrina hasta entonces sentada por el Alto Tribunal en materia de poder de policía. Dijo, entonces: "Con respecto a ese poder reglamentario, dentro del cual tienen fácil cabida todas aquellas restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad, sin otra valía que la del Art. 28 de la Constitución Nacional, esta Corte Suprema, después de referirse a los dos criterios, amplio y restringido, con que ha sido contemplado en los Estados Unidos de Norteamérica, ha dicho que acepta el más amplio, porque está más de acuerdo con nuestra Constitución, que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (Constitución Nacional, Arts. 14, 27 y 67) lo estime

50) Fallos, t. 172, p. 21.

conveniente, a fin de asegurar el bienestar general, cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo". Y refirmando conceptos ya sentados con anterioridad, agregaba la sentencia, que el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse esos u otros procedimientos, son ajenos a la jurisdicción y competencia de esta Corte Suprema, a la que solo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso; es decir, que solo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y, en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados" (51).

La actuación judicial del doctor Repetto en la Corte Suprema lo mostró siempre preocupado, hasta lo más hondo de su espíritu, no solamente por la plena vigencia de las normas, principios y fines de la Constitución Nacional, sino también y muy en particular, por la supervivencia y conservación de la República en las horas oscuras de esta y, por ende, por el mantenimiento de la continuidad constitucional.

Precisamente, en el grueso volumen que recogió valiosos aportes de especialistas de todo el mundo, que se editó en Alemania en 1971, en honor del gran constitucionalista y científico político Karl Loewsenstein, recientemente fallecido, me cupo el honor de contribuir con un estudio sobre el control judicial de los gobiernos de facto, que dio lugar a interesantes reflexiones del ilustre maestro acerca del complejo y casi insoluble problema que suscita la coexistencia, en situaciones de facto, de un gobierno de hecho con un Poder Judicial de derecho, y que le pareció sumamente original en la temática del derecho constitucional comparado.

Producido el derrocamiento del Presidente Yrigoyen por el movimiento que instaló al general Uriburu en la Presidencia de la República, la Corte Suprema debió reunirse en acuerdo extraordinario, el 10 de setiembre de 1930, para tomar en consideración la nota que le dirigiera el Presidente del Poder Ejecutivo de facto, haciéndole saber la constitución de un gobierno provisional para la Nación.

Corresponde recordar que existía el antecedente de 1861, cuando derrocado el gobierno de la Confederación que presidía el doctor Santiago Derqui en la batalla de Pavón, el Poder Ejecutivo, desempeñado por el general

51) Fallos, t. 190, p. 483.

Pedernera, declaróse en receso "hasta que la Nación reunida en Congreso, o en la forma que estime conveniente, dicte las medidas necesarias a salvar las dificultades que obligan al gobierno a tomar esta disposición", según determinaba un decreto dictado el 12 de diciembre del precitado año. Disuelto el Poder Legislativo, Mitre, jefe de la revolución triunfante y gobernador de la Provincia de Buenos Aires, fue encargado por las Provincias de atender las relaciones exteriores del país y los asuntos concernientes al Ejecutivo nacional, con el objeto esencial de convocar a elecciones e instalar el Congreso, el cual resolvería lo que creyera conveniente.

Como durante ese período, el general Mitre anuló unos pagos efectuados a la aduana de Rosario, las personas afectadas promovieron un juicio que llegó a la decisión de la Corte Suprema; la cual, en el referido caso Baldomero Martínez y otro, sentenció, el 5 de agosto de 1865, "que el gobernador de Buenos Aires y general en jefe de su ejército, fue autoridad competente para conocer y decidir en esa clase de asuntos, por ser quien ejercía provisoriamente todos los poderes nacionales después de la batalla de Pavón, con el derecho de la revolución triunfante y asentida por los pueblos y en virtud de los graves deberes que la victoria le imponían" (Fallos; 2, 142).

Quienes integraban la Corte Suprema en 1930 tuvieron clara conciencia de la enorme responsabilidad histórica que en esos momentos asumían ante el país. Al considerar la comunicación del flamante Presidente provisional general Uriburu, en algún instante pareció que el Alto Tribunal se inclinaría por no reconocer el Ejecutivo de hecho, dentro de la idea, sostenida principalmente por el doctor Figueroa Alcorta, de que el precedente podría abrir la puerta a nuevos golpes de estado que romperían la estabilidad constitucional. La discusión fue muy animada y en ciertos momentos hasta en voces altas, pero siempre dentro del clima de cortesía y respeto recíproco característico en las reuniones del Alto Tribunal. El doctor Repetto estaba dominado por la fundada preocupación de que era indispensable asegurar la continuidad de la esencia de la Constitución, y de que en modo alguno debía dejarse al país inerme, privado del control de un Poder Judicial de derecho e independiente, que pudiera frenar los eventuales excesos de un gobierno de hecho, asegurando la protección de la Ley Suprema. Finalmente, triunfó la tesis del doctor Repetto y hoy, con la perspectiva serena que únicamente puede proporcionar el transcurso del tiempo, resulta claro que constituía, sin alternativa, la solución adecuada para la conservación de la República, evitando la ruptura del débil cordón umbilical que aún subsistía con la Constitución Nacional.

El doctor Repetto, al sostener en el seno del Alto Tribunal la ineludible necesidad de reconocer la cruda realidad de la existencia de los gobiernos de facto, creando una doctrina jurisprudencial sobre el punto, afirmó, al mismo tiempo, el carácter específicamente precario de este tipo de gobiernos, transitorios entre dos gobiernos constitucionales, y por ende de brevísima duración, que se comprometen a restablecer el imperio de la Constitución, finalidad a la que condicionan su desempeño; por todo ello, con limitadísimas facultades. Lamentablemente, la frecuencia de las situaciones fácticas, que con posterioridad se han venido repitiendo periódicamente en el país, a la vez que su considerable duración, dio lugar a que se les fuera reconociendo cada vez mayores atribuciones, hasta llegarse hoy a una situación muy distinta por cierto, a la que tuviera en cuenta originariamente el ilustre jurisconsulto y hombre de Estado.

El doctor Repetto escribió de su puño y letra una buena parte del original de la famosa Acordada de la Corte; y mientras la redactaba estoy seguro de que vendría a su mente en rapidísima visión retrospectiva, el recuerdo del largo difícil y cruento proceso histórico, iniciado con el nacimiento mismo de la patria que culminó con la sanción de la Constitución Nacional, mediante el esfuerzo, el sacrificio y hasta la vida de varias generaciones de argentinos. Y antes de delinear el último trazo de su firma, hacía una reflexión que los hechos la convertirían en profética: "¡Ojalá que este país no se acostumbre a los golpes de estado!".

Porque si el ilustre argentino fue el artífice principal de la doctrina jurisprudencial originaria del Alto Tribunal de la Nación sobre los gobiernos de facto, actuaba con criterio de jurista pero también de hombre de Estado de altísimo vuelo, inspirado en el sagrado propósito de mantener, durante la situación fáctica, y en la mayor medida posible, la vigencia de la sustancia de la Constitución y, con ella, la protección de los derechos y garantías individuales, cumpliendo como siempre, la sublime misión que ejerció durante todo su desempeño en el Poder Judicial, de ser guardián y custodio de la Ley de las Leyes, tanto en los días buenos como, sobre todo, en las horas sombrías de la República.

Es de justicia señalar –como lo hizo el propio doctor Repetto en discurso público– que al redactarse la Acordada del 6 de setiembre de 1930, el doctor Figueroa Alcorta solicitó, y obtuvo, la inserción en el texto de ella, del párrafo por el cual el gobierno de facto se obligaba a respetar los derechos individuales.

En la Acordada que la Corte Suprema produjo el 5 de octubre de 1945, con motivo de la remoción del Juez Federal Dr. Rodolfo Barraco Mármol, defendiendo la independencia del Poder Judicial, a la vez precisó y delimitó la doctrina de facto. Luego de referirse a la Acordada del 7 de junio de 1943, dictada con motivo del golpe de Estado del 3 del mismo mes y año, el Alto Tribunal expresaba que "a medida que los acontecimientos se han ido sucediendo y los casos han llegado a conocimiento del Tribunal, esa doctrina se ha ido aclarando y precisando, ante los decretos del gobierno de hecho en que manifiestamente ha usado de facultades más amplias que las que permite el régimen constitucional. Es así como en el caso de Carlos M. Mayer v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y en las acordadas sobre traslado de jueces y creación de tribunales, se dejó establecido que esta Corte Suprema, ante la situación de hecho creada en cumplimiento de un deber ineludible, y ante la necesidad de que el país siguiera su curso al amparo de los derechos y garantías constitucionales, continuó actuando en la plenitud de sus funciones, sin declinar ninguna de sus facultades, y asumir otras que las que le corresponden constitucionalmente; que el Gobierno de facto no puede ejercer facultades judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes, ni establecer las fenecidas; que es un gobierno que ha prometido restablecer el imperio de la Constitución Nacional, y por lo tanto, un gobierno transitorio entre dos gobiernos constitucionales, con limitadas facultades legislativas, cuyas disposiciones de ese carácter solo rigen mientras él subsiste, para cesar si el futuro Congreso no las ratificara: que no tiene facultades para trasladar jueces ni modificar la jurisdicción de los tribunales creados por las leyes del Congreso (52).

Leal a sus convicciones republicanas, el doctor Repetto sostuvo la doctrina estricta en cuanto a las facultades del Ejecutivo de facto, que aparece claramente expuesta en su notable voto en disidencia en la sentencia que la Corte Suprema pronunció, el 2 de abril de 1945, en el caso Municipalidad de la Capital v. Carlos M. Mayer (Fallos: 201, 266).

Expresó el doctor Repetto que "la revolución clausuró el Congreso, pero en momento alguno se atribuyó las facultades legislativas correspondientes a aquel cuerpo. Hacerlo hubiera significado un cambio tan imprevisto en el espíritu y en la letra de la Carta Fundamental que, sin temor a afirmaciones equivocadas, podría decirse que el régimen representativo republicano federal, preconizado en aquélla habría desaparecido del instrumento, no

52) Fallos, t. 203, p. 6.

obstante el propósito contrario expresado tan enfáticamente por los propios autores del movimiento revolucionario del 4 de junio".

Agregaba el voto del doctor Repetto que el juramento prestado por el Presidente y los ministros de facto "tuvo entre otros objetos delimitar las facultades de que el gobierno revolucionario se valdría para cumplir los fines perseguidos por el movimiento. Fue un compromiso de honor tomado por el Presidente y sus ministros ante el pueblo de la República, de cumplir y hacer cumplir la Constitución en todo cuanto no fuera estrictamente indispensable para lograr la realización de aquéllos. La sanción de nuevos códigos y estatutos o la modificación o derogación de los que se encuentran en vigor, visiblemente no estarían en el mismo caso en que pudieran hallarse las leyes de carácter electoral o las que propendan al mejoramiento de la condición social de las clases trabajadoras o al de la moral administrativa, únicos fines enunciados por la revolución como esenciales, naturalmente siempre que estas mismas no allanaran los derechos y garantías asegurados a los habitantes del país por la Carta Fundamental. Equiparables a tales fines serían los de aquellas provisiones de carácter fiscal impuestas como indispensables para la marcha de la Nación, y aquellas que respondieran a otras necesidades de urgente e impostergable satisfacción, doctrina desenvuelta durante el gobierno de hecho correspondiente a la revolución de 1930".

Asimismo, determinaba la disidencia, que "la definición o enunciación de las facultades de los poderes del gobierno y sus estricta observancia, sobre todo en presencia de un movimiento revolucionario, tiene más trascendencia para la suerte de las instituciones democráticas que los posibles males transitorios derivados de aceptar la conclusión de que el gobierno de hecho carece de facultades legislativas para reformar o sancionar los códigos generales o las normas de derecho público consignadas en leyes básicas".

Sostuvo el doctor Repetto entonces: "Porque a todo gobierno, le son inherentes en cuanto gobierno, facultades legislativas, en la medida en que es necesario legislar para gobernar, las tiene un gobierno de hecho. Pero en cuanto es de hecho, colocado, en fuerza de su origen, fuera de un sistema institucional de representación, tanto en orden a su establecimiento como al ejercicio de la función legislativa, debe recurrir a las facultades aludidas con una medida de prudencia y continencia sumas" (53).

---

53) Fallos, t. 201, p. 273.

Haciendo la defensa del recto ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Antonio Sagarna, en el inicuo juicio político que la dictadura peronista entabló a quienes componían el Alto Tribunal de la República, aquel ilustre argentino que fuera Alfredo L. Palacios –defensor incansable y sin pausa de la Constitución y de sus instituciones–, decía que: "La Corte Suprema de la Nación y los Tribunales Federales constituyen el Poder Judicial y tienen las funciones propias que les asigna la Constitución. Pero, la Constitución es un Estatuto dictado para una República, donde los tres poderes se mueven conjunta y libremente dentro de su órbita; y no puede prever, por consiguiente –ni eso encuadraría dentro del Código político de un Estado bien organizado– las situaciones anómalas provocadas por pronunciamientos, durante los cuales el sistema se desmorona o se disloca. En tales circunstancias, es evidente que los Tribunales de la Nación, si quedaran subsistentes, como intérpretes de la Constitución y guardianes del orden público establecido, deben propender, en primer término, al retorno de la normalidad dentro de sus funciones específicas. Esa ha sido sin duda la conducta seguida por la Corte Suprema de la Nación en los años procelosos y turbios que siguieron a las asonadas del 6 de setiembre de 1930 y del 4 de junio de 1943. Y se le acusa precisamente por haber procurado evitar, con los recursos puestos a su alcance, que retornáramos a la anarquía del año 20 o que un Ejecutivo despótico pretendiera alzarse con la suma del poder público, invocando la Constitución que había jurado cumplir. Los fallos o resoluciones de la Corte no estaban resguardados por ninguna fuerza. Solo les daba eficacia la autoridad moral de los jueces que los suscribieron, y es de creer que debieron tenerla, cuando la opinión ilustrada y sensata –cuyas sanciones prevalecen en cualquier núcleo civilizado– los aprobó con beneplácito (54).

Y el eminente tribuno y hombre de Estado, en esa oportunidad, me hizo el honor de citar mi opinión, que requirió para el caso, a quien calificara en las fojas de su notable escrito, de "joven profesor de derecho público de la Universidad de La Plata". Dije entonces que: "la doctrina sentada por la Corte Suprema en materia de gobierno de facto constituye un sistema orgánico y estructural, fundado en la opinión de juristas eminentes, y en las ideas expuestas por destacados tratadistas argentinos y extranjeros. Este sistema se ha organizado para salvaguardar la Constitución en las circunstancias peculiarisimas generadas por la coexistencia de un Poder Judicial de jure y un Poder Ejecutivo de facto, cuyas raíces deben buscarse en el fallo dictado por la Corte Suprema, en 1865, reconociendo el gobierno de facto del general

54) ALFREDO L. PALACIOS, La Corte Suprema ante el Tribunal del Senado, Buenos Aires, 1947, p. 44.

Mitre después de Pavón, fallo que suscribieron dos de los constituyentes de 1853: Salvador María del Carril y José Benjamín Gorostiaga, este último de brillante y decidida actuación en la elaboración de la Ley Fundamental Argentina" (55).

Tan destacado constitucionalista como ejemplar ciudadano de la República que fuera el doctor Carlos Sánchez Viamonte, a pesar de disentir con la doctrina sentada por el Alto Tribunal, reconoció –con la honradez intelectual que siempre lo caracterizó– que la Corte Suprema, al reconocer al Ejecutivo de hecho surgido del golpe de Estado de 1930, "ha querido ser prudente y evitar los males mayores que podría causar la falta de un control judicial, ejercitado por tribunales de jure, lo que hubiera ocurrido si hubiesen sido separados los miembros de la Corte". Y agregaba: "es deber de lealtad reconocerlo así" (56).

Encarando el delicado y trascendental problema de la defensa de la democracia, al decidir la Corte Suprema el leading case Amador Spanol y otros el 10 de diciembre de 1941 (Fallos: 191, 388), el doctor Repetto sostuvo en la conocida sentencia, "que el derecho de reunión presupone la existencia de una causa lícita como requisito indispensable para su ejercicio. No revestiría el señalado carácter legal, la actividad conjunta que contradijera las normas de la moral social o personal o la que intentara suprimir las libertades individuales aseguradas a los habitantes de la República por el capítulo primero de nuestra Carta Fundamental y sin cuyo ejercicio efectivo el hombre estaría inhabilitado para cumplir con dignidad su misión terrenal; o, por último, la que conspirara contra la libertad política porque habiéndose otorgado esta como único medio conocido de asegurar la libertad civil, a la larga la desaparición de aquélla acarrearía el avasallamiento de la última. Que el Art. 29 de la Constitución Nacional traduce bien la existencia de este último peligro, que nuestra historia documenta con una experiencia dolorosa, al consignar la implícita negación del derecho de reunión cuando tuviera por fin recomendar o proponer a la consideración de otros hombres cualquier sistema político mediante el cual la vida, el honor o la fortuna de los argentinos, o de los extranjeros domiciliados en el país, llegaran a quedar a merced de algún gobierno o persona. Para tal supuesto el derecho de reunión no puede existir, pues resultaría por demás contradictorio que aquél se emplease en destruir aquello mismo que con tanto trabajo edificaron los constituyentes, amasando el sufrimiento y el esfuerzo de varias generaciones de argentinos. Carecería,

55) ALFREDO L. PALACIOS, ob. cit., p. 65.
56) ALFREDO L. PALACIOS, ob. cit., p. 61.

en efecto, de fin lícito, toda reunión cuya finalidad consistiera en suplantar el régimen de libertad reglamentada adoptado en la Ley Fundamental por el de la dictadura o tiranía que constituye su negación. Y del mismo modo que no se compadecería el derecho de petición con la amplitud de ejercicio que lo llevase hasta el punto de solicitar que el Congreso otorgara al Poder Ejecutivo la suma del poder público, tampoco sería admisible y legítima la reunión que a la larga se propusiera igual objeto. El Art. 29 representa dentro de la Constitución un obstáculo legal insalvable. La solución contraria importaría olvidar que históricamente la Constitución significó una clara y decidida reacción contra la tiranía, a la cual ninguno de sus redactores pensó que pudiera nunca volverse sin caer en la traición a las instituciones, como así lo dijeron en el propio instrumento... Que el Estatuto Constitucional que rige nuestros destinos desde hace más de 88 años, tiene entre sus propósitos fundamentales declarados en el Preámbulo, el de asegurar la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino. Ese principio constituye parte principal del orden público, al que, por consiguiente, débenle acatamiento no solo los habitantes sino también, y por razones obvias, más especialmente los extranjeros incorporados o en vías de incorporarse a nuestra nación" (10 diciembre 1941, Fallos: 191, 388).

En esta fundamental sentencia, planteábase el complejo y delicado problema de la actuación de los partidos antisistema, *antisystem parties*; analizado por destacados tratadistas argentinos y extranjeros, entre los que se han destacado por el enfoque del tema Giovanni Sartori y Mario Justo López. El meollo de la cuestión, como se sabe, radica en la pretensión del partido antisistema –antisistema democrático constitucional– de destruir dicho régimen o actuar al margen de él.

El fallo –de singular densidad jurídica– sentó el principio básico defensivo del gobierno de las leyes, que iba, años más tarde, a ser aplicado y desarrollado por el Alto Tribunal, con otra composición, en el caso Partido Obrero, reconociendo la facultad del Estado para prohibir la actuación del partido político encaminado a la destrucción del sistema democrático consagrado por la Constitución Nacional.

El doctor Repetto dominaba la doctrina constitucional, a través de un amplio conocimiento de los grandes tratadistas de la disciplina, entre los cuales le eran familiares Story, Watson, Cooley, Tucker, Willoughby, Esmein, Posada, entre los extranjeros, y Echeverría, Alberdi, Mitre y Joaquín V. González, sobre todo, entre los argentinos.

En lo más profundo de su mente, llevaba grabada la concisa y tajante frase con que Willoughby inicia su clásico tratado –quizás su libro más consultado para las cuestiones constitucionales–: "El principio fundamental de la jurisprudencia constitucional norteamericana es que las leyes y no los hombres gobiernan. Esto significa que cuando un poder, ejercido por un funcionario o por un órgano gubernativo es cuestionado, debe acreditarse autoridad legal para ello, derivada de una ley vigente, y que ninguna ley puede existir válidamente si no es reconocida como tal por los tribunales" (57).

Repetto había leído y releído en su tan consultado ejemplar del Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos de Joseph Story, profesor de Harvard y Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que: "en una república, nada más fácil para los demagogos que organizar bajo pretextos falaces algunas cábalas contra el ejercicio regular de la autoridad. Ven sus proyectos interesados deshechos muchas veces por la firmeza y la independencia de los magistrados, para no hacerse enemigos de un poder que los censura y de una imparcialidad que los condena. El Poder Judicial, que es el punto vulnerable de la Constitución, está pues constantemente expuesto a los ataques y a un triunfo que, aunque sea momentáneo, alcanzado sobre este poder por las pasiones populares, es un golpe dado a la Constitución. Por esto es que en las repúblicas, los que benefician en las convulsiones intestinas o en el predominio de una facción, son siempre enemigos declarados de una justicia regular e independiente. Propagan toda especie de errores a fin de engañar el espíritu público y de excitar las pasiones, porque saben que sin el concurso del pueblo sus funestos propósitos serían importantes".

El doctor Repetto fue paradigma de ser humano, de ciudadano, de magistrado, de jurisconsulto y estadista.

Poseía y ejerció las virtudes que Shakespeare –a quien leía y releía– exige al hombre de Estado, en uno de los párrafos más brillantes de su inmortal tragedia Marbeth: "La justicia, la verdad, la templanza, la constancia, la bondad, la perseverancia, la merced, la clemencia, la piedad, la paciencia, el valor, la fortaleza" (Acto IV, escena III).

Asimismo, ponía en ejecución la sabiduría, que tanto admiraba del Quijote, traducida en pensamientos como el de que "no hay hechizos en el mundo que puedan mover y forzar la voluntad, como algunos simples pien-

57) WESTEL WOODBURY WILLOUGHBY, The constitutional law of the United States, Nueva York, 1929, t. 1, cap. I, p. 1.

san; porque es libre nuestro albedrío y no hay yerba ni encanto que le fuerce" (primera parte, cap. XXII); como también el de que "la libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos" (segunda parte, cap. LVIII).

Tenía anotada en sus papeles la sentencia de Sófocles de que "la piedad es la única cosa que los hombres llevan consigo que nunca es cosa perdida, ni en la vida ni en la muerte". A la que agregó su reflexión de que "esa cosa es indispensable a los jueces; sin ella faltaría sentimiento, amor de la humanidad, la aplicación que da el entusiasmo". Creía, con La Rochefoucauld, que "la lección de los ejemplos vale más que la de los preceptos". Acotaba que al apotegma de Leonardo: "cuando más se conoce más se ama", le faltaba agregar que: "cuanto más se ama, más se conoce".

Debajo de la cita de Rabindranath Tagore: "No es el golpe de martillo lo que hace pulir los guijarros; es el agua con su danza y su canción", el doctor Repetto escribió de su puño y letra: "No es la violencia o la fuerza lo que perfecciona las instituciones humanas: es el trabajo incesante de su acomodamiento a las necesidades de la vida política o social; trabajo de todos los días y de todos los momentos –y en el cual la cultura y educación juegan el mismo rol del agua en el pulimento de los cantos rodados" (59).

Durante su prolongada actuación en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, veintitrés años, de los cuales catorce como Presidente, el doctor Repetto ejerció un efectivo liderazgo intelectual y moral, aportando su valiosísima colaboración de jurista y hombre de Estado en la elaboración de sentencias fundamentales para la interpretación constructiva y progresista de la Constitución y la supervivencia de la República.

Son a él aplicables los conceptos que el profesor Merlo J. Pusey escribió acerca del Chief Justice Charles Evans Hughes: "Su lealtad básica en el Tribunal era hacia el sistema político norteamericano y al concepto mismo de la justicia. No pretendo, evidentemente, sostener que alcanzara una completa objetividad. Ningún ser humano puede lograr eso. Pero probablemente llegó a un grado de independencia judicial no superado por ningún hombre que se haya sentado en un tribunal de los Estados Unidos" (60).

---

58) JOSEPH STORY, Comentario sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos traducida del Comentario abreviado de J. Story, por Nicolás Antonio Calvo, Buenos Aires, 1888, t. 2, § 875, p. 430.

59) In memoriam: Roberto Repetto, ps. 189/191.

El gran jurisconsulto y filósofo del derecho norteamericano, Oliver Wendell Holmes, que integró durante muchos años la Corte Suprema de su país, de la que se retiró luego de cumplir los noventa años de edad, dijo en una oportunidad, dirigiéndose a los estudiantes de la Universidad de Harvard, en la que había estudiado: "Ningún hombre ha ganado derecho a la ambición intelectual hasta que haya aprendido a fijar su curso guiado por una estrella que jamás alcanzará".

El doctor Repetto, sin duda alguna, fijó el curso de su vida guiado por una estrella a la que nunca abandonó –la custodia y guarda de la Constitución–, y alcanzó a esa estrella tanto como un ser humano puede hacerlo con el ideal que se propuso.

Al dejar el cargo de más empinada jerarquía jurídico-institucional de la República, el doctor Repetto, doblegado por sus males físicos, pero conservando intacta su formidable energía moral, en pocas pero hondas palabras y a manera de su testamento público, dijo a los argentinos, de todas las épocas en su postrer y magistral lección de jurisconsulto, hombre de Estado, ciudadano y, por sobre todas las cosas, de custodio y guardián inclaudicable de la Ley Suprema de la Nación: "Al alejarme de la magistratura, luego de ejercida durante treinta y cinco años, deseo expresar mi profunda convicción de que la Constitución Nacional, base de nuestro progreso actual, será, lealmente aplicada, el firme cimiento de nuestra grandeza futura".

El olvido de esa ejemplar lección ha sido la causa principal de la decadencia ética e institucional del país, que solo podrá volver a sus días de grandeza y prosperidad, si retoma el viejo y polvoriento, pero glorioso camino de la Constitución, que no obstante las malezas que hoy lo cubren y a pesar de sus hitos desaparecidos o borrados como de los traicioneros atajos que extravían, resurge luminoso en el trazado indeleble con que para siempre lo marcaron los ilustres Fundadores y Constructores de la Nacionalidad y del Estado argentinos.

Señoras; Señores:

A través de los años y de las vicisitudes del país, el doctor Repetto colma páginas señeras en la historia institucional de la República, como paradigma del Ministro y Presidente del más Alto Tribunal de Justicia de la Na-

60) MERLO J. PUSEY, El señor magistrado Hughes, en A. DUNHAM y P. B. KURLAND, México, 1962, p. 208.

ción, que unió la sabiduría jurídica y la sabiduría moral, con el aguzado cuanto raro criterio del auténtico hombre de Estado, en la salvaguarda de la Ley Suprema y con ella, de la Libertad, el Derecho y la Justicia.

Al cumplirse el centenario de su nacimiento, su ilustre figura rememora la imagen del legendario Justicia de Aragón, que imponía el Fuero, midiendo con la misma vara a súbditos como a reyes. Porque al doctor Repetto, como al famoso Justicia, "hiciéronle –al decir del Fuero– celador fiel de las leyes con cargo de que revelase sobre las opresiones contra todos, de forma que ni la soberanía pudiese jamás irrogarle ningún agravio".

La ciudadanía delegó en él la sagrada misión de custodio y centinela de la Ley de las Leyes, y supo cumplirla con fidelidad sin par y patriotismo inmaculado, dedicando a ello lo mejor de su existencia, hasta más allá del límite de sus fuerzas físicas.

Varón recto, prudente y sabio, está sin duda, entre los grandes hombres de nuestro país en el siglo en que vivimos; y en las horas decisivas que hoy vive la Patria, impetramos al Supremo Hacedor que su espíritu ilumine a gobernantes y gobernados para el reencuentro, por siempre, de la Constitución y la República, en la tierra de los argentinos.

EL REGISTRO AERONÁUTICO NACIONAL (R.A.N.)

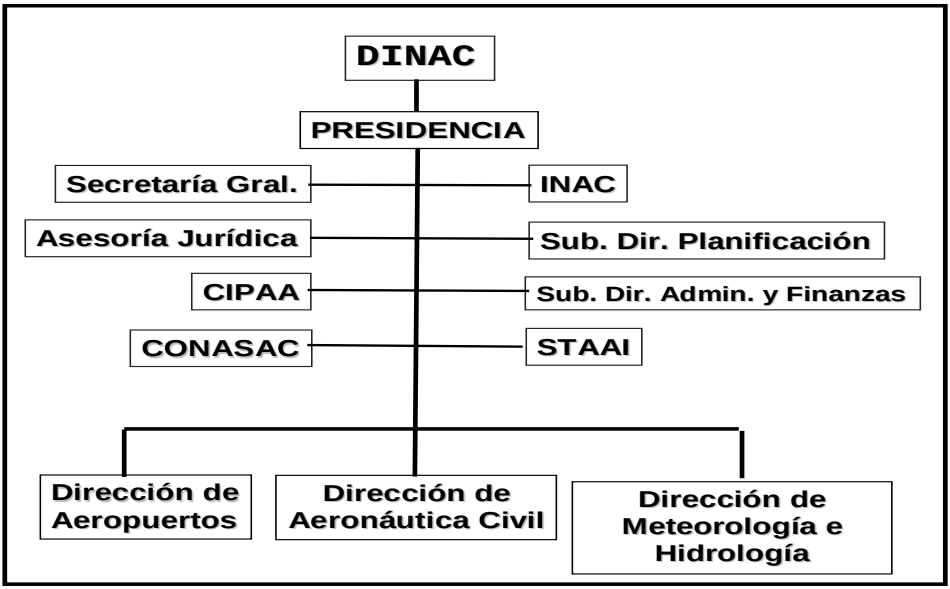
Por Oscar Bogado Fleitas (*)

DIRECCIÓN NACIONAL DE AERONÁUTICA CIVIL (DINAC)

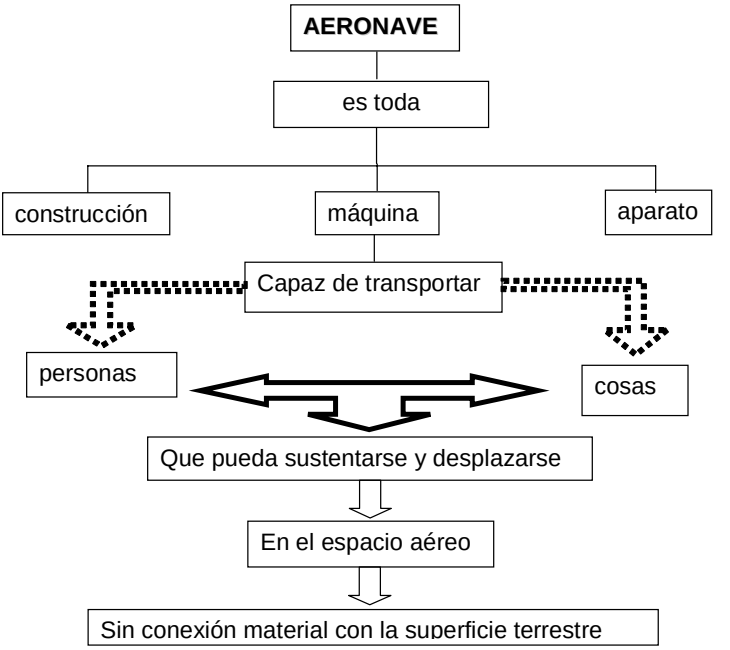
Por Ley N° 73/90 se crea la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil-DINAC, y por el artículo 1° se constituye como entidad autárquica, de duración ilimitada, con personería jurídica y patrimonio propio.

NACIONALIDAD DE LAS AERONAVES

Por la Ley 73/90:



(*) Catedrático Titular Derecho Aeronáutico y Espacial.



NACIONALIDAD DE AERONAVES

La aviación constituye un importante elemento de la potencialidad económica y política del Estado y en tal virtud debe otorgarse nacionalidad a las aeronaves.

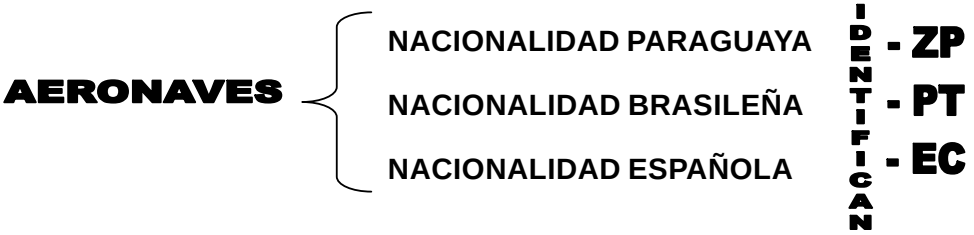
La nacionalidad es requisito indispensable para volar fuera de las fronteras nacionales.

Art. 15 CAP: "Tienen nacionalidad paraguaya las aeronaves inscriptas y matriculadas en el Registro Aeronáutico Nacional, quedando sometidas a la jurisdicción de la República".

Art. 19 CAP: "Inscripta la aeronave en el Registro Aeronáutico Nacional, se le otorgará la matrícula correspondiente y se expedirá el certificado que la identifique, con las referencias acerca de su propietario.

La Autoridad Aeronáutica Civil, temporal o provisoria para el transporte e internación de aeronaves adquiridas en el exterior, por un plazo no mayor de sesenta días improrrogables".

Ejemplo:

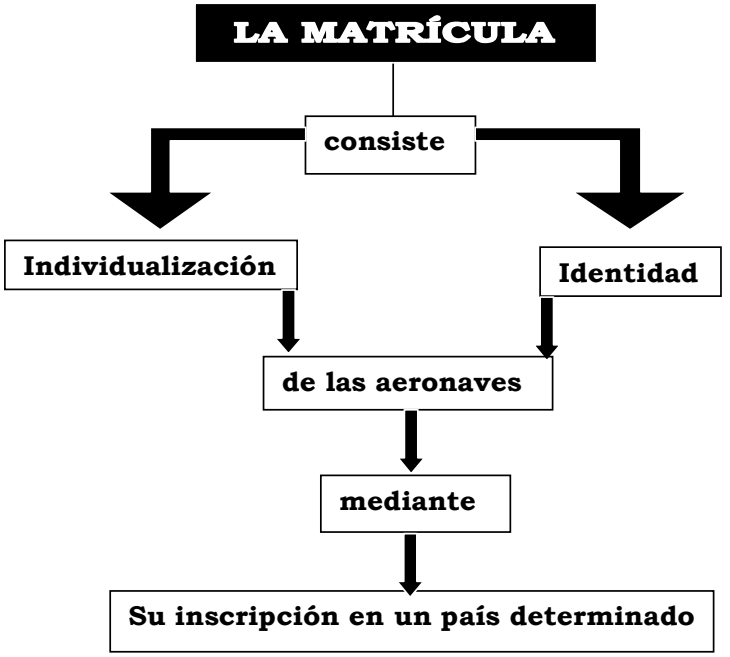




Las aeronaves tienen la nacionalidad del lugar donde se hallan matriculadas.

CONVENIO DE CHICAGO DE 1944

Art. 17: Ninguna aeronave puede matricularse en más de un Estado.



- *ZP — EOA — AERONAVE ESCUELA*
- *ZP — CAI — AERONAVE COMERCIAL*
- *ZP — XON — AERONAVE EXPERIMENTAL*

Art. 18 CAP: "Las aeronaves paraguayas deberán llevar las marcas de nacionalidad y matrícula en parte visible exterior".

Art. 57 CAP: "Ninguna aeronave volará dentro del territorio nacional sin contar con los certificados de matrícula y aeronavegabilidad vigentes, y los libros de a bordo que establezca la reglamentación respectiva".

EL REGISTRO AERONÁUTICO NACIONAL

El Registro Aeronáutico Nacional, es de carácter:

- Técnico: Al incluir datos respecto a las características técnicas de las aeronaves inscriptas.

- Jurídico: Al incluirse en el mismo todos los actos relacionados con la situación jurídica de la aeronave o modificar la misma.

- Público: por constituir un medio de publicidad.

La aeronave como bien mueble registrable debe estar sujeta a publicidad para la seguridad de las transacciones que tienen por objeto, como también otorgar a terceros las garantías necesarias.

La importancia de dicho Registro radica, en que necesariamente deben anotarse ciertos actos estipulados en el Código Aeronáutico Paraguayo como: los créditos privilegiados; lo motores y las aeronaves en construcción… y otros.

La OACI responsabiliza a cada Estado de la Certificación de Aeronavegabilidad y del Registro de sus propias aeronaves.

Creación y organización

Por Resolución N° 563/71, Decreto – Ley 1392 del 31/10/1950, se creó la Dirección General de Aeronáutica Civil que establecía el Reglamento

Interno aprobado por El Ministerio de Defensa Nacional, y por Resolución N° 563/71, creó la Organización y sus funciones.

Hoy se halla estipulado en la Ley 1860/2002 Arts. 10 y sgtes.

Caracteres, funciones, importancia

La existencia del Registro reviste gran importancia por razones de seguridad de sus derechos:

Particulares cuando se refiere:

- A la propiedad de las aeronaves.

- A los gravámenes que pesen sobre ellas.

- A los contratos de que sean objeto.

El Estado debe estar informado:

- Cuántas aeronaves tienen matrícula nacional.

- De qué categoría son.

- Quiénes son sus propietarios.

Para su fiscalización en todo momento y la utilización, si fuese necesaria.

El Estado debe conocer:

- Si se trata de aeronaves de propiedad de sociedades.

- Organización y funcionamiento de estas.

- Disposiciones de los Estatutos.

- El estado de los negocios.

A todos en general interesa saber quién explota la aeronave para poder hacer efectiva la obligación de resarcimiento de daños.

Régimen legal en nuestro país

El Código Aeronáutico en el capítulo II artículo 10 dice: "El Registro Aeronáutico Nacional estará a cargo de la Autoridad Aeronáutica Civil. Será público, único y centralizado y su funcionamiento se regirá por el presente Código y los Reglamentos que dicte la Autoridad Aeronáutica Civil.

Consta de dos secciones: El Registro Aeronáutico Nacional y el Registro Aeronáutico Administrativo".

Registro Aeronáutico Nacional - RAN

Se inscribirán en el RAN todos los actos relativos a la situación jurídica de las aeronaves, tales como:

a. Las matrículas de aeronaves y los certificados de aeronavegabilidad;

b. Todo documento, acto, contrato o resolución que acredite la propiedad de la aeronave, la transfiera, modifique o extinga, así como los motores o aeronaves en construcción;

c. Los créditos privilegiados o derechos de garantía que afecten o recaigan sobre las aeronaves y motores, así como sobre las que se encuentran en construcción;

d. Los Contratos de utilización de aeronaves, de locación financiera u operativa, de intercambio de aeronaves, excepto los de fletamento, salvo que pidiere el fletante o fletador;

e. Las medidas cautelares tales como embargos, secuestros, inhibiciones de gravar y vender, anotaciones de litis, prohibiciones de innovar o contratar y las interdicciones y toda medida de autoridad competente que pesen sobre las aeronaves y motores o se decreten contra ellas;

f. Las pólizas de seguro, sus vencimientos y renovaciones;

g. La resolución de la autoridad aeronáutica civil que declare la pérdida, destrucción o abandono de una aeronave, así como la cesación de actividades y las modificaciones substanciales que se hagan en ellas;

h. Nombre, domicilio y nacionalidad de las personas físicas o los directores o administradores y mandatarios de las sociedades propietarias o beneficiarias de un contrato de utilización de aeronaves paraguayas;

i. En general, cualquier acto o hecho jurídico que modifique la situación jurídica de una aeronave y otros que disponga la autoridad aeronáutica civil"

En el Registro Aeronáutico Administrativo se inscribirán:

a. Las licencias aeronáuticas y los certificados de habilitación otorgados al personal aeronáutico paraguayo, así como la convalidación a titulares de licencias otorgadas por países extranjeros;

b. Las escrituras de constitución de sociedades comerciales, los estatutos sociales de empresas propietarias de aeronaves paraguayas, las modificaciones de dichos instrumentos, así como el nombre y domicilio de su representación legal;

c. Los permisos de operaciones, certificados de explotador y los certificados de operador otorgados por la autoridad aeronáutica civil para explotación de servicios de transporte y trabajos aéreos en el país;.

d. Las autorizaciones para la instalación y funcionamiento de industrias aeronáuticas y talleres del ramo;

e. Las autorizaciones para el funcionamiento de aeroclubes, clubes de aeromodelismo y otras asociaciones civiles de carácter aeronáutico;

f. Las resoluciones de la autoridad aeronáutica civil que habiliten, modifiquen o cancelen la utilización de aeródromos o aeropuertos públicos o privados;

g. Las autorizaciones para el funcionamiento de establecimientos de enseñanza aeronáutica y centros de investigación científica y tecnológica; y

h. Los demás documentos de trascendencia administrativa cuya inscripción exijan los reglamentos".

Requisitos para la Inscripción

El Código Aeronáutico establece:

Art. 22: "La adquisición y transferencia de dominio de las aeronaves deberán formalizarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Aeronáutico Nacional.

El adquiriente queda obligado a la inscripción del título de transferencia en el Registro Aeronáutico Nacional, caso contrario será personalmente responsable de los daños y perjuicios que pueda irrogar el uso de la aeronave";

Art. 23: "Todo título relativo a la adquisición de aeronaves en el extranjero, previo a su inscripción en el Registro Aeronáutico Nacional, deberá traducirse, legalizarse y protocolizarse en el Paraguay";

Art. 24: "Las escrituras públicas de transferencia de dominio de aeronaves o de constitución de hipoteca sobre ellas, deberán especificar los números y signos distintivos de las mismas, la marca y número de fabricación, la constructora y su nacionalidad, la fecha de la construcción y las demás características que precisen su identificación.

No se otorgarán dichas escrituras sin que se agregue a los protocolos una certificación expedida por el Registro Aeronáutico Nacional en la que consten las condiciones de dominio y gravámenes de las aeronaves o la ausencia de interdicciones que pesen sobre los otorgantes".

Las aeronaves extranjeras no podrán inscribirse en el Registro Aeronáutico Nacional, sin previa constancia de cancelación de la matrícula anterior.

Art. 16: "La inscripción de una aeronave en el Registro Aeronáutico Nacional, produce la cancelación automática de toda matrícula anterior, sin perjuicio de la validez de los actos jurídicos celebrados con anterioridad"

Valor jurídico de la inscripción

Debe figurar en el Registro todos los derechos y preferencias sobre aeronaves cuya nómina es: Dominio (inclusive imperfecto), condominio, de-

rechos del explotador, hipoteca, privilegios y embargos, así como todo acto que pudiere incidir en la situación jurídica de la aeronave.

Constancia de la inscripción

El Art. 12 manifiesta: "Todo acto tendrá efecto contra terceros desde el momento de su inscripción en el Registro Aeronáutico Nacional".

A nivel actual la inscripción conforme a los códigos modernos que deben revestir los actos jurídicos relativos a las aeronaves, se exige el instrumento escrito, que puede ser público o bien privado pero, en este caso, debidamente autenticado.

La autenticación puede lograrse por los diversos medios comunes, por ejemplo: la certificación de las firmas por escribano público; asimismo, puede alcanzarse por la suscripción de las firmas ante las autoridades del Registro Aeronáutico Nacional.

En conclusión el Registro pone de manifiesto que desde el punto de vista del Derecho Público tiene incidencia directa en la cuestión fundamental de la nacionalidad de esas máquinas.

Y en el ámbito privado son fundamentales por sus efectos frente a terceros y por las consecuencias que constan en materia de responsabilidad civil.

EL APODERADO DEL BROKER DE REASEGUROS DEL EXTERIOR. LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA EN MATERIA DE SEGUROS

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

En lo que va del año se ha operado una importante disquisición en el ámbito asegurador local respecto al denominado "apoderado" del Corredor de Reaseguros del Exterior (o "brokers de reaseguros" (1)). La causa: el establecimiento en el país (¿o no?) de los Corredores de Reaseguros del Exterior, en los alcances del Art. 1197 inc. d) del Código Civil Paraguayo.

En el Régimen Legal de Seguros en el Paraguay se requiere el concurso de un "apoderado" para que firmas extranjeras realicen "corretaje de reaseguros" con aseguradoras nacionales, de acuerdo a la Reglamentación (2) de

---

(*) Profesor Titular de Finanzas Públicas.
(**) Profesora Asistente de Finanzas Públicas.

(1) El anglicismo "broker" es la denominación con la que internacionalmente se reconoce al intermediario para la contratación de reaseguros. Nuestro Derecho Positivo ha optado por distinguirlo como "corredor de reaseguros".

Ley N° 827/96 De Seguros. Capítulo único. DE LOS ASEGURADORES Y REASEGURADORES. Definiciones. "1) Corredor de reaseguros: Toda persona natural o jurídica debidamente autorizada, que actúa en los negocios y contratos de reaseguros como intermediario entre las empresas de seguros y las reasegurado ras, percibiendo una comisión por sus servicios;"

Artículo 96.– "Derecho y obligaciones de los corredores de reaseguros. Corredor de reaseguros es la persona natural o jurídica debidamente autorizada que actúa en los negocios y contratos de reaseguros como intermediario,

la Superintendencia de Seguros, Autoridad de Control creada por la Ley N° 827196 De Seguros (3).

En este contexto normativo, el "apoderado" cumple un importante papel, resultando condictio sine qua non de aquellos corredores de reaseguros del exterior que pretendan operar con compañías aseguradoras nacionales.

La actividad desplegada por el broker de reaseguros implica la transposición de fronteras nacionales. A tenor de esta circunstancia y conforma la singularidad de su operativa, tratándose de los corredores de reaseguros no constituidos en la República del Paraguay, no han sido pocas las aristas surgidas en torno a los alcances del mandato otorgado al "apoderado" y su consideración por parte de las Autoridades de Control competentes. Extremos que hacen a un mercado regulado (4) y a las implicancias fiscales de la actividad mercantil.

---

entre las empresas aseguradoras y reaseguradoras, percibiendo una comisión por sus servicios".

(2) Resolución N° 15/96 (24.06.96) de la Superintendencia de Seguros. "En el caso de personas jurídicas extranjeras, además de los requisitos indicados, deberán: (...) Designar un apoderado con amplias facultades, administrativas y judiciales, incluso para ser emplazado en juicio". Artículo 1, inciso d), numeral 2. Anexo 1 Reglamento de Corredores de Reaseguros.

(3) Ley N° 827/96 De Seguros. Capítulo único. De los Aseguradores y Reaseguradores. Definiciones. "a) Autoridad de Control: La Superintendencia de Seguros";

Art. 56.– "Superintendencia de Seguros. Créase la Superintendencia de Seguros como autoridad de control de todos los entes de seguros y reaseguros, la que se organizará y tendrá las atribuciones que determina esta ley.

La Superintendencia de Seguros dependerá del Directorio del Banco Central del Paraguay, pero gozará de autonomía funcional y administrativa en el ejercicio de sus funciones.

Art. 61.– "Obligaciones y atribuciones. El Superintendente de Seguros tendrá las siguientes obligaciones y atribuciones, sin perjuicio de otras que estipule la ley:

a) Ejercer las funciones de inspección y supervisión que esta ley y las resoluciones dictadas por el directorio del Banco Central del Paraguay asignan a la autoridad de control;

b) Dictar las resoluciones de carácter general en los casos previstos por esta ley y las que sean necesarias para su aplicación; (...)

En la intención de clarificar conceptos, se hace necesario desentrañar los principales caracteres de la institución jurídica subyacente a la figura del "apoderado". En esta línea de ideas, observaremos las peculiaridades del corretaje de reaseguros y destacando la imposibilidad de confusión entre la actividad desplegada por el "apoderado" del broker de reaseguros del exterior y la actividad propiamente asegurativa.

1. Internacionalidad, elemento inherente al negocio asegurador actual

El negocio del seguro en su operativa técnica y financiera transciende fronteras y se íntegra al mercado internacional, en la dinámica de la atomización del riesgo.

A esta dinámica se integran las entidades involucradas: aseguradoras, brokers de reaseguros y reaseguradoras. Así como los mecanismos y modos comerciales que informan y hacen a su existencia como herramienta fundamental en la contratación de reaseguros.

Aquí, el concurso de entidades denominadas reaseguradoras domiciliadas (las más de las veces) en países distintos a los de las compañías aseguradoras, supone trasposición de jurisdicciones y la aplicación de condiciones de negociación que determinan el carácter eminentemente internacional (5) de este tipo contractual.

Esta característica resume capital importancia respecto a las relaciones jurídicas que harán a la gestión del "intermediario de reaseguros" / "broker" / "corredor de reaseguros" denominación que adopta la Ley N° 827/96 De Seguros.

En tal sentido, el Art. 9º de la Ley de Seguros obliga a las aseguradoras a "reasegurar el excedente de sus retenciones, con entidades de reaseguro nacionales o extranjeras.

---

(4) Ley N° 827/96 – Art. 1º.– "Actividades comprendidas. El ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en cualquier lugar del territorio de la República está sometido al régimen de la presente ley y al control de la autoridad creada por ella".

(5) Ver Penicchi, Héctor A. y López Saavedra, Domingo. "El Contrato de Reaseguros". Editorial La Ley S.A.. Buenos Aires, Argentina. 1999.

Puede apreciarse que en cuanto las aseguradoras nacionales tienen el deber de cubrir el excedente de sus retenciones con contratos de reaseguros, la intermediación de los brokers de reaseguros adquiere una nota de capital trascendencia.

Es dable señalar que no opera en el mercado asegurador nacional ninguna sociedad mercantil paraguaya, cuyo objeto social sea el "reaseguro" (6).

Baste significar que el concurso de un intermediario para la celebración de contratos de reaseguros no constituye una obligación legal para las aseguradoras local es (Art. 9º CN). No obstante el auxilio de profesionales en esta tarea, se yergue como una necesidad para compañías locales, a tenor de la especialización y pericia de estos en términos de negociación con entidades de reaseguros, así como a la práctica mercantil de este negocio.

2. Del "broker" (corredor de reaseguros) y el "apoderado" del broker del exterior

A diferencia del intermediario de seguros, el broker de reaseguros no circunscribe su actividad al mercado de seguros local. Hemos destacado más arriba, que las partes que pretende acercar se encuentran domiciliadas generalmente en países diferentes, y aun cuanto así no sea, el contrato que se celebra tiene la característica de ser internacional.

El negocio jurídico que desarrolla el "corredor de reaseguro" comprende vínculos contractuales orientados a la celebración de contratos de reaseguros (7). Sin embargo, la naturaleza de su prestación no resume caracteres de obligación de resultado, sino de "medio", intermediando, acercando a las par-

---

(6) Registros de la Autoridad de Control – Superintendencia de Seguros. www.bcp.gov.py/supseg

(7) Ley N°827/96. De Seguros. Art. 97.– "El corredor de reaseguros prestará asesoramiento técnico a sus clientes, obtendrá coberturas adecuadas a los intereses de los mismos y actuará dentro de las normas legales y éticas que regulan el funcionamiento del reaseguro.

No podrá hacer retención alguna por cuenta propia y expedirá notas de coberturas certificando la colocación y distribución de los riesgos objeto del reaseguro.

Guardará la mayor reserva profesional sobre las negociaciones en que intervenga".

tes contratantes a tal fin. Ello no obsta a que en este cometido se generen responsabilidades civiles. Las consecuencias sobre el patrimonio habrán de traducirse en el ejercicio deficiente de su cometido como intermediario para la contratación del reaseguro.

Al respecto, conviene indicar que la actual Ley de Seguros faculta a la Autoridad de Control a:

a) "reglamentarlos requisitos para la inscripción" (afectándose un mercado regulado, los sujetos no pueden actuar en él sin la previa autorización de la Superintendencia de Seguros);
b) investigar seriedad y responsabilidad de los corredores de reaseguros así como a
c) retirar la autorización para intermediar en las operaciones o contratos de reaseguros, en caso de que no reúnan las condiciones necesarias".

Conforme al marco reglamentario, tenemos en un primer supuesto al comisionista en las relaciones contractuales (contrato de reaseguro), quien actúa como intermediario percibiendo una comisión por la colocación del negocio (asumido por la reaseguradora), constituido en la República del Paraguay: *Broker nacional*.

En la hipótesis de un Corredor de Reaseguros constituido fuera del territorio paraguayo Broker extranjero, las exigencias normativas requieren el concurso del denominado "apoderado", en orden a la autorización para operar con compañías aseguradoras del mercado nacional.

En esta tesitura, la existencia del "apoderado" no implica asumir en su gestión la calidad de "operador del negocio asegurador". La naturaleza jurídica de su prestación no es asimilable a la de la actividad que despliega el "broker del exterior".

Este distingo es apreciable en cuanto su participación surge en el cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 1 inc. d) numeral 2) del Anexo 1 – Reglamento de Corredores de Reaseguros. Resolución N° 15/96 de la Superintendencia de Seguros. Es decir, es necesario el concurso del Apoderado en virtud de la norma jurídica a efectos de que se autorice al Broker de Reaseguros del

(8) Ley N° 827/96. De Seguros. Art. 99 conc. Art. 61 incs. a) y b) del mismo cuerpo legal.

Exterior a operar en la República del Paraguay con aseguradoras locales. Con respecto al Apoderado, el Corredor de Reaseguros del Exterior establece una relación jurídica a los efectos requeridos por la reglamentación, observándose el mandato.

La relación jurídica al efecto resume caracteres civiles y es autónoma respecto a la actividad desplegada por el Broker del exterior, en el ejercicio de la intermediación de reaseguros.

3. Del contrato de Mandato

a) representación (género) vs. Contrato de mandato (especie)

Estas denominaciones informan instituciones jurídicas que se relacionan como Género y Especie.

El Código Civil Paraguayo, excluyendo definiciones, no evidencia explícitamente la distinción entre estas. Mas, la autonomía del mandato se desprende de la interpretación sistemática conforme a los Arts. 880 al 921 del Código Civil Paraguayo, donde se destaca la inclusión regulatoria en el Capítulo VII. Libro III: De los Contratos y de otras fuentes de obligaciones; en contraste con las disposiciones de los Arts. 343 al 349 del mismo cuerpo legal.

En este orden, las disposiciones que informan el Código Civil (9), establecen que el contrato de mandato ha sido concebido con caracteres propios, limitando tal condición a su status de "especie" respecto a la representación.

Del mismo modo, la Sección VI consigna la regulación de la "Representación en los actos Jurídicos" Parágrafo 1 – De la Representación por Poder (Arts. 343 al 349).

b) efectos jurídicos de la gestión del apoderado del Corredor de Reaseguros del exterior – alcance de su mandato vs. Art. 1197 CCP, ante la conclusión del negocio.

---

(9) Código Civil Paraguayo. Capítulo VII. Libro III: De los Contratos y de otras fuentes de obligaciones. Ver comentarios del Dr. Miguel Angel Pangrazio.

Hemos señalado precedentemente que no son susceptibles de "confusión" las prestaciones del Broker de Reaseguros del exterior y su "apoderado" en los términos de la Reglamentación de la Superintendencia de Seguros(10), insistiendo en la naturaleza jurídica distinta de uno y otro.

Hecha tal precisión, resulta interesante considerar los extremos que involucra la prestación del "apoderado", no subsumible bajo la condición de "la representación" en los alcances de los Arts. 1196 (11), 1197 (12) y siguientes, del Código Civil Paraguayo ("establecimiento"). Esto es así, conforme la gestión del "apoderado" se ciñe a las disposiciones de la Reglamentación de Corredores de Reaseguros (13).

---

(10) Resolución N°15/96 (24.06.96) de la Superintendencia de Seguros. Reglamento – Corredores de Reaseguros.

(11) CCP – Art. 1196: "Las sociedades constituidas en el extranjero se rigen, en cuanto su existencia y capacidad, por las leyes del país de su domicilio.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercer en la República las acciones y derechos que les corresponda.

Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se ajustarán a las prescripciones establecidas en la República.

Las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios. Los establecimientos, agencias o sucursales constituidas en la República se consideran domiciliados en ella en lo que concierne a los actos que aquí practiquen, debiendo cumplir con las obligaciones y formalidades previstas para el tipo de sociedad más similar al de su constitución".

(12) CCP – Art. 1197: "A los fines del cumplimiento de las formalidades mencionadas, toda sociedad constituida en el extranjero que desee ejercer su actividad en el territorio nacional debe:

a) Establecer una representación con domicilio en el país, además de los domicilios particulares que resulten de otras causas legales;

b) Acreditar que la sociedad ha sido constituida con arreglo a las leyes de su país; y

c) Justificar en igual forma, el acuerdo o decisión de crear la sucursal o representación, el capital que se le asigne en su caso, y la designación de sus representantes".

(13) Resolución N° 15/96 (24.06.96) de la Superintendencia de Seguros. Artículo 1, inciso d), numeral 2. Anexo 1. Reglamento de Corredores de Reaseguros.

Es dable indicar que el "apoderado" encuentra limitadas sus actividades a las facultades otorgadas por el "mandante" y no puede sino ceñirse a éstas (Art. 881 CCP). La "representación" de otro (en términos latos) resulta un elemento de ese tipo de mandato.

A este respecto, el artículo 885 del Código Civil Paraguayo señala: "El mandato especial para ciertos actos de naturaleza determinada debe limitarse a ellos, sin extenderse a otros análogos, aunque estos pudieren considerarse consecuencia natural de los que el mandante hubiera encomendado".

Entonces, la intervención del sujeto de derecho (v.gr. profesional abogado) en el cumplimiento del mandato, se remite a las especificaciones sindicadas y limitadas al "poder" otorgado por su mandante, descartándose su afectación a la actividad ejercida por su mandante.

c) retribución por prestación de servicios – honorarios.

Convenida que la naturaleza jurídica de la prestación del "apoderado" del Broker del exterior resume su mandato, sus alcances se encuentran determinados allí. La retribución en este sentido, constituye parte de las estipulaciones del contrato de mandato. En otros términos, la gestión del "apoderado" resulta ajena a la retribución que en su caso, se opere respecto al corretaje de reaseguros.

Va de suyo la onerosidad de la actividad que desarrolla el profesional (v.gr. abogado) en el ejercicio del mandato (Art. 886 CCP). Mas, la consideración y gravamen a efectos impositivos deberán aplicarse a esta prestación de servicios, no así a la operativa del mandante (v.gr. "corretaje de reaseguros), actividad de la cual no es anejo el ejercicio del mandato.

Baste significar que el "apoderado" resultaría tercero extraño a la relación tributaria generada de conformidad al Art. 158 de la Ley N° 125/91, pues no resulta contribuyente.

En consecuencia, el "apoderado" como tal –siendo contribuyente–, encontraría gravada su actividad profesional, con inclusiones indefectibles del desarrollo de las actividades determinadas en el contrato de mandato.

En otro orden de cosas, ejerciendo la representación en los alcances del contrato de mandato, el apoderado incluso podría constituirse como sujeto obligado del impuesto a la Renta del Pequeño Contribuyente o IRACIS.

4. Del Art. 1197 del Código Civil Paraguayo y la Resolución N° 11197 de la Superintendencia de Seguros

El Art. 1197 del Código Civil Paraguayo, al cual se remite la Resolución de la Superintendencia de Seguros, no es admisible de interpretación sino a tenor de la disposición del Art. 1996 del CCP; pues en ese contexto opera y se realiza.

El artículo 1196 CCP reconoce a las "sociedades jurídicas" constituidas en el extranjero y las reglas para su inserción en nuestro sistema jurídico.

Determina asimismo que: "(...) Las sociedades constituidas en el extranjero tienen su domicilio en el lugar donde está el asiento principal de sus negocios. Los establecimientos, agencias o sucursales constituidos en la República se consideran domiciliados en ella (...)".

Adviértase que el enunciado no impone una obligación de constitución de un establecimiento en el Paraguay, sino antes bien la facultad de hacerlo a través de "representaciones: sucursales o agendas".

De suyo, la condición potestativa surge de la inexistencia de una norma que explícitamente imponga la conducta obligatoria – Principio de Legalidad

Conviene destacar que la Ley N° 827/96 De Seguros, al referirse al Corretaje de Reaseguros (Arts. 96 al 99) no alude a supuestos de constitución de establecimiento obligatorio para los "Brokers" del exterior.

El Art. 1197 del Código Civil, concordante con el Art. 1196 CCP, comprende tanto oposición de representación sin establecimiento (inciso a), y de representación con establecimiento de sucursal o agencia (inciso b). Consecuencia necesaria de la norma jurídica anterior (Art. 1196 CCP) y en el contexto de los artículos 1199 y 1201.

Es dable indicar, entonces, que la Resolución N° 11/97 (23.06.97) de la Superintendencia de Seguros que remite al Art. 1197 del Código Civil Paraguayo, habrá de ser aplicada a la luz de lo preceptuado en la Constitución Nacional (Arts. 9º y 137), así como el Art. 7º del Código Civil Paraguayo.

5. Posición de los apoderados de las Corredoras de Reaseguros del exterior frente al Fisco

Las peculiaridades del negocio del seguro, funciones del corretaje de reaseguros por parte de entidades extranjeras y vínculos jurídicos que se generan a partir de la intervención de entidades de Reaseguro domiciliadas en el exterior, trascienden el territorio paraguayo.

Que, si bien el efecto del domicilio y la nacionalidad pueden inferir obligaciones tributarias, los apoderados son responsables por la representación ejercida. Mientras que si resultan intermediarios y comisiones cobradas, deben pagar los tributos conforme a las distintas categorías afectadas por la Ley N° 2421/04 y reglamentaciones vigentes. Si las actuaciones de la intermediación resultan hacia las reaseguradoras, y a través de "Broker" (personas jurídicas), al percibir comisiones por la colocación de los negocios jurídicos, o gestiones realizadas (al concluir los acuerdos de seguros-reaseguros) se genera el hecho imponible sobre la comisión cobrada.

A su vez, las empresas aseguradoras y las de reaseguros, sobre contratos de vigencia en el país resultan también contribuyentes, independientes de los efectos de validez jurídica.

Aquí debemos diferenciar las responsabilidades por daños o perjuicios causados al no realizarse el contrato de reaseguro, por vicios de la misma, o riesgos negativos de la propia cosa pactada. La consecuencia será que el contratante en su relación jurídica contractual, con el asegurador y el reaseguro suspendido, el "broker" podrá ser responsable solidario a los efectos de daños y perjuicios, pero no inferirse supuestos ilícitos. Pues el riesgo asegurable, es un elemento del contrato y por la Teoría de la Conversión de los negocios jurídicos se aplica el resarcimiento de la lesión causada por eventuales imprevisiones.

VAGANCIA, MENDICIDAD Y ESTADOS AFINES. LA MENDICIDAD Y LOS NIÑOS EN EL PARAGUAY

Por Guillermo Trovato Pérez (*)

Son considerados en estos estados a los seres humanos menores de edad, que deambulan por nuestras calles, transportes públicos, plazas, instituciones, y otros lugares de gran afluencia de personas, por lo general a todas horas del día, constituyendo niños y niñas sin diferenciación alguna, siendo generalmente los padres los instigadores de ello y a quienes deben rendir cuenta mediata de sus recaudaciones. En muchísimos casos, los padres les esperan en sus casas en total estado de ebriedad, para recibir la producción del día, ya bien entrada la noche.

Es allí en donde comienza el verdadero calvario del mismo, dado que lo recaudado debe ser a entera satisfacción de los perversos padres, que generalmente se pasan el día sin desempeñar ninguna tarea productiva, descuidando y haciendo -*tabla rasa*- de las obligaciones que le impone la tan noble institución de la *"Patria Potestad"*.

El recibimiento en el hogar depende directamente de lo que va a aportar esa noche. Conocemos de muchos casos en la cual los menores víctimas, ante la imposibilidad de obtener una *"Buena recaudación diaria"*, fueron castigados ferozmente y sin piedad, hasta llegar a profundas lesiones corporales; descontando desde ya el trauma psicológico que es la más grave en la mayoría de los casos.

Esto ha dado lugar a que los niños, al percatarse de su baja producción diaria, opten por no retornar al hogar ese día, y se refugian generalmente en la casa de algún compañerito o amigo; o ya directamente se juntan en pequeños

---

(*) Profesor Asistente, Derecho de la Niñez y la Adolescencia.

grupos que deciden pasar la noche en alguna plaza, edificio abandonado, vehículos en desuso, bajo algún puente, construcciones u otros, sin ninguna seguridad personal y ni qué hablar de la higiene y aseo del lugar, a expensas de cuantas contaminaciones sanitarias, la abundancia de roedores de todas clases y animales vagabundos.

Es allí precisamente en donde los mismos son víctimas de los abusos sexuales, de las disputas y peleas entre ellos, ingestión de bebidas, estupefacientes, las fumatas y otros.

Y las conclusiones a que se han arribado en cuantos Cónclaves y Cumbres minoriles, realizados es que existe responsabilidad directa de los padres y la inmediata insensibilidad de la ciudadanía toda, la cual debería promocionar en forma urgente y mancomunada el funcionamiento pleno de las Instituciones creadas al respecto, pero que en la realidad prácticamente no existen.

Debemos parcializar en dos los temas citados, en razón de que tenemos en primer lugar, que al hablar de vagancia, estamos frente a una situación de hecho y real, en la cual inclusive personas mayores, ya adoptan esta forma de vida para el resto de sus días. Constituye un verdadero azote para la sociedad, en razón de que fueron en sus inicios personas totalmente hábiles, capaces y en condiciones inclusive de realizar cualquier tarea, como la manual, mando medio o de emergencias, por ejemplo la de corredores de venta, jardineros, ayudantes en talleres y otros, pero que por diversas circunstancias de la vida, no les entusiasmó dicha actividad. Dijimos anteriormente que estos constituyen verdaderos problemas en las ciudades, dado que en primer lugar presentan un feo aspecto a la vista del público, constituyendo además un mal ejemplo para los demás menores, que ven necesariamente a una persona mayor como el prototipo.

En estos casos, el criterio generalizado de países de Primer Mundo es que el Estado se hace cargo de los mismos por intermedio de una ley especial, que constituye más bien un programa de carácter revolucionario, que trata de reintegrarlos plenamente a la sociedad del cual formaban parte positivamente.

Esto en nuestro país, por su situación económica, en forma inmediata sería una utopía, y el problema mayor serían los medios económicos. Al respecto, tenemos un indicativo como la mejor muestra. La tan noble institución de la CODENI, ente largamente esperado; a pesar de estar contemplada a nivel de Secretaría Nacional, en muchos municipios no tiene andamiaje y no

funciona. Para mí, en muchos casos es por directo desinterés de las autoridades municipales, y en otras de la ciudadanía toda, dado que ante la inacción de las autoridades competentes, es el vecindario el que debe exigir y colaborar activamente para su funcionamiento. Más aún no debemos olvidar que está reservada exclusivamente a menores de edad....

En nuestro país es necesario, con carácter de urgencia, que alguna institución de control, seguridad pública, bienestar social u otros estamentos, cree una ley del Congreso, el cual investigue por sectores o barrios a los mendigos y vagos mayores, y por los distintos departamentos de psicología y otros, se arribe a una conclusión de responsabilizar preventivamente a los parientes más cercanos, dado que estos serían los representantes directos por la situación especial que viene pasando un pariente, que constituye así una obligación. Las autoridades encargadas deberían trabajar por zonas, barrios y pueblos para individualizarlos mejor. Estamos seguros que necesariamente restarán algunos que carecen de todo relacionamiento parental; entonces en esos casos, el Estado o las Instituciones citadas precedentemente deberían ubicarlos en algún lugar en donde con estricto control permanezcan en dicha internación.

Mendicidad de menores

Con respecto a los menores, la situación se torna mucho más delicada por los diversos motivos que conllevan esta etapa de la vida. Notamos a diario que en el Gran Asunción, a pesar de existir y funcionar la CODENI, la Secretaria Nacional de la Niñez, varias otras Instituciones Públicas, Privadas y diversas ONGS, esta situación no se ve paliada ni en lo más mínimo, dado que por las calles, en las esquinas de semáforos y otros lugares abundan menores que piden algo a automovilistas y otros, causando molestias y en muchos casos, peligro para los menores. Asimismo, muchos menores resultaron lesionados o hasta inclusive muertos por la situación misma a la que se exponen. Sobre esta problemática no se vislumbra ni el más mínimo atisbo de solución, dado que los mismos se largan a las calles por la necesidad extrema y la falta de medios de subsistencia, así mismo el *"modus vivendi"* de su hogar en la que ve que su suerte de conseguir medios resulta totalmente estéril.

Algunas personas reaccionan de mala manera no dando ni un pequeño óvolo a los mismos, con la supuesta excusa de no fomentar la mendicidad.

No comparto dicha postura dado que estos inocentes no tienen otra cosa que hacer y que necesariamente tienen que subsistir; además, dicho tratamiento que se le otorga lesiona profundamente la psiquis del inocente y lo revela con más odio hacia la sociedad, constituyéndose prontamente en un resentido social, con la consecuencia consabida de que si todos tenemos ese criterio, ese menor pasaría ese día en ayunas y es muy posible que para obtener algo para el día, adquiera el mal hábito de la rapiña. Sabemos que en las esquinas tradicionales de los semáforos existen verdaderos clanes familiares que monopolizan dicha actividad y no permiten el ingreso de otro mendigo bajo ningún punto de vista, y los desalojan si es posible utilizando la violencia. Encontramos gran cantidad de niños que duermen en las plazas (Plaza Bernardino Caballero, Parque Carlos Antonio López, en las veredas del Ferrocarril, al costado de las Iglesias), sumándose a todo esto que los mismos obviamente no tienen ninguna participación escolar diaria. Otros se ganan la vida subiendo a los ómnibus vendiendo baratijas, dulces, caramelos o todo aquello que puedan comerciar con el consabido peligro físico y moral que corren. Muchos de estos se constituyen en trabajadores independientes.

Creemos que en estos casos, el Estado es el inmediato llamado a enfrentarse con esta situación, teniendo en cuenta la calidad de los mismos y las instituciones que también se encuentran comprendidas en dicho ámbito (Secretaria Nacional de la Niñez, CODENI, Secretaria de Emergencia Nacional, ONGS, Policía Nacional y otras más), debiendo ser dotadas las mismas con carácter de urgencia por leyes especiales de rubros, personal humano, equipamientos, locales de albergue (aunque sean improvisados) con algún mediano equipamiento (dormitorio, comedor, departamento psicológico y otros), dado que la problemática de estas instituciones radica en la carencia de medios aunque tengan personal muy capacitado, que por lo expuesto precedentemente no pueden aplicar sus conocimientos.

Esto no debe esperar un minuto más, porque el salvataje de los niños debe ser inmediato.

LOS CONTRATOS DE UNIÓN DE SOCIEDADES O EMPRESAS Y SUS MODALIDADES

Por Oscar L. Paredes Recalde (*)

I. Justificación de su desarrollo

Deviene en imperativo partir de una idea marco: la concentración económica es el género y la concentración empresarial es la especie, de modo que entre ambas figuras concentracionistas se establece una relación inclusiva (la primera subsume a la segunda). Oswaldo Hundskopf Exebio es claro al manifestar que "el fenómeno de la concentración económica surge como consecuencia de la expansión de las grandes empresas, impulsadas por el desarrollo tecnológico, el avance del transporte, el perfeccionamiento en las comunicaciones y el deseo de conquistar nuevos mercados por el proceso de globalización de la economía".

Si bien es cierto que dicha concentración económica aparece en el sector privado, pronto extiende su actuar al ámbito estatal, lo que resulta comprensible en tanto los Estados entendieron que era inadecuado para sus intereses que permaneciesen indiferentes ante el poder que se gestaba alrededor de estas fórmulas concentracionistas. Por ello, el Estado interviene asumiendo una función reguladora según la cual establece políticas de índole económica y social mediante planes de desarrollo que orientan la actividad de las empresas.

Bajo tal concepción, surgen (y siguen surgiendo) variadas figuras, todas ellas enmarcadas dentro de lo que ha convenido en llamarse concentración empresarial y en las que se pone en práctica el antiguo axioma "la unión hace la fuerza".

(*) Profesor Asistente de Economía Política.

II. Definición

Oswaldo Hundskopf Exebio conceptúa la concentración empresarial como "el fenómeno por el cual dos o más empresas convienen en unir esfuerzos y capitales para obtener un beneficio común". Por su parte, Alonso Morales Acosta la define como "la acumulación de medios de producción en un negocio, en una actividad económica o en un titular".

III. Clasificación

A pesar de la carencia de estudios que hayan profundizado en el tema, parte de la doctrina más autorizada propugna (atendiendo a lo demostrado en la realidad) que dos son las formas en que se exterioriza la concentración empresarial, las cuales por cierto devienen en excluyentes: con pérdida de la personalidad jurídica y sin pérdida de ella. Sin embargo, otros autores manifiestan que el fenómeno concentracionista tiene una clásica doble manifestación: horizontal y vertical.

1. Con pérdida de la personalidad jurídica

La concentración empresarial con pérdida de la personalidad jurídica es la manera más tradicional en que se ha patentizado el tema estudiado y, por lo demás, la que ha gozado de amplia y generalizada regulación legislativa.

1.1. La fusión

Es común encontrar en doctrina, definiciones de fusión similares a Esta: "Es aquel acto que consiste en que dos o más sociedades se unen a efectos de que una de ellas se incorpore a la otra, o se cree una nueva sociedad, en virtud de un convenio o acuerdo". El Art. 1192 de nuestro Código Civil Paraguayo establece: "*Mediante la fusión, dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva, o una de ellas absorbe a otra u otras que se disuelven sin liquidarse. La nueva sociedad, o la absorbente, se convierte en titular de los derechos y obligaciones de las disueltas*"

De allí que la fusión constituye un medio típico de concentración empresarial, orientada a la más alta reorganización de la empresa y con la cual se unifican patrimonios, titulares y relaciones jurídicas.

2. Sin pérdida de la personalidad jurídica

Surge así la necesidad de interrelación empresarial para emprender negocios de magnitud creciente, con la consiguiente ampliación de ventajas y reducción de riesgos (ambos, elementos latentes en toda empresa), pero conservando la autonomía, concibiéndose en calidad de alternativa viable a la concentración empresarial sin pérdida de la personalidad jurídica, la cual ha recibido consuetudinariamente el denominativo de "unión de sociedades o empresas".

2.1. Las uniones de empresas

Se puede sostener con argumentos fundados que las uniones de empresas son un mundo complejo; esto, porque bajo tal nominación se encuadran diversas figuras, construidas inicialmente en la actividad empresarial y recogidas luego por el Derecho. Tal conglomerado temático es susceptible de ser reducido a dos cuestiones básicas: las relaciones de coordinación y las relaciones de subordinación.

2.2. Las relaciones de coordinación

Existen varios ejemplos de cómo se manifiestan estas relaciones de coordinación, entre los cuales podemos citar: el cártel, el pool aeronáutico, el consorcio, la asociación en participación, el joint venture, el grupo de interés económico y la agrupación europea de interés económico.

2.2.1. El cártel

Fue principalmente en Italia y Alemania donde, a raíz del aumento de los precios en tiempo de crisis, los comerciantes tienden a asociarse para protegerse de la competencia dañosa, surgiendo así la figura del cártel, que es concebido como un pacto de limitación de la competencia, siendo acuñado su nombre por el parlamentario alemán Eugenio Richter en 1879.

En cuanto a las principales características de los cárteles, mencionaremos en primer lugar la de duración determinada, ya que surge para afrontar la competencia dañosa motivada por alguna situación coyuntural. Asimismo y en segundo término, destaca la finalidad esencial que es la percepción de ventajas individuales para los integrantes, circunstancia de presencia permanente y que debe ser controlada por el cártel, a efectos de que todos los miembros de él cumplan el acuerdo porque, caso contrario, estará destinado al fracaso.

Habiéndose comprendido que los cárteles atentan contra el buen funcionamiento de los mercados, diversas legislaciones han optado por sancionarlos. Por ejemplo: en Estados Unidos, los antecedentes se remontan al año 1890 cuando se promulgó la Ley Sherman, considerada la primera norma legal antimonopolio y en la cual se prohibían los contratos y las conspiraciones que estuvieran en contra del comercio.

2.2.2. El pool aeronáutico

Enrique Mapelli postula que "el contrato de pool tiene un preponderante carácter comercial y, mediante él, las compañías aéreas participantes en el convenio eliminan ciertas posibilidades de competencia y concurrencia, llevando a cabo la explotación de parte de sus líneas aéreas en forma coordinada". Explica el autor citado que, en realidad, se trata de explotar una, varias o una red de líneas aéreas de manera conjunta y combinada, negociándose temas como diversidad de horarios, calidad y capacidad de aeronaves, publicidad, organización comercial, material de vuelo, personal, etc.

Resulta interesante tener en cuenta que el pool aeronáutico implica la regulación que dos empresas efectúan respecto a una ruta aérea que deberá ir acompañada de la repartición de ingresos, considerando (por ejemplo) el número de pasajeros, la cantidad de carga o la distancia recorrida.

En la mayoría de los países se permite la utilización de esta figura concentracionista, en tanto el Convenio sobre Aviación Civil, aprobado el 7 de diciembre de 1944 y más conocido como el Convenio de Chicago, estatuye que ninguna disposición del propio instrumento internacional impide que dos o más Estados contratantes constituyan organizaciones de explotación conjunta del transporte aéreo, ni organismos internacionales de explotación, ni que mancomunen sus servicios aéreos en cualquier ruta o región (Art. 77).

2.2.3. El consorcio

El consorcio (también llamado sindicato en Italia, entente en Francia y unión transitoria de empresas en Argentina) persigue la participación en un determinado negocio, obtener un beneficio por esa actividad en conjunto, asumir cada parte las obligaciones propias que se le encargan y responder por los compromisos convenidos, es decir, mediante él "se crean y regulan relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes".

Habiendo sido el sistema legislativo italiano el primero en recepcionarlo bajo el denominativo "consorcio para la coordinación de la producción y de los cambios", conviene hacer referencia a la definición que sobre él ofrece en su Código Civil, sancionado en el año 1942: "Contrato entre varios empresarios que ejercen una misma actividad económica o actividades económicas conexas y que tenga por objeto la regulación de dichas actividades mediante una organización común" (Art. 2602).

La ventaja de esta figura jurídica la encontramos en el hecho de que facilita la realización de negocios de gran envergadura donde es necesaria la suma de ingentes recursos y alta tecnología. Actualmente, es una herramienta muy socorrida en el Paraguay, donde constantemente sociedades o empresas utilizan esta figura a pesar de que en el sistema jurídico positivo de nuestro país aún no se encuentra legislado.

2.2.4. La asociación en participación

La asociación en participación (conocida como cuentas en participación, en España, Colombia y Venezuela; sociedad accidental o sociedad de cuentas en participación, en Bolivia; sociedad en participación, en Argentina) crea una comunidad de bienes entre los asociados, a efectos de explotar una empresa permanente o un negocio eventual, estando la conducción reservada al asociante, quien recibe de dichos asociados bienes a título de propiedad.

La asociación en participación, cuya definición legal viene siendo repetida casi de modo inmutable desde el Código Civil Italiano (Art. 2549), es una relación de coordinación atractiva porque, permite la complementación de recursos financieros, conocimientos tecnológicos, equipos o investigaciones, derechos de explotación, mercados de consumo, etc. para la realización de importantes y complejos proyectos, posibilitando, además, la participación de una pluralidad de sujetos, el adecuado control y desarrollo de sus actividades, armonizar diferentes habilidades y medir la actividad generada. En tal sentido, es común su utilización en negocios relacionados a la agroindustria, los hidrocarburos, la pesca y la construcción; todos ellos de gran magnitud.

2.2.5. El joint venture

El joint venture (cuyo empleo por primera vez se debe a los gentlemen adventurers, quienes deseaban limitar el riesgo individual en las expediciones que realizaban a los nuevos territorios de Oriente y América) permite, de acuerdo a José León Barandiaran Hart, "el agrupamiento de diversas empresas, con

habilidades o recursos específicos y complementarios entre sí, generalmente muy especializados, para el logro de uno o más propósitos o fines determinados, sin la creación de un ente jurídico"; el mismo autor agrega: "más que una integración empresarial debe ser visto como un acto de colaboración, pudiendo hablarse de una affectio cooperationis".

De manera similar, Aníbal Torres Vásquez define al joint venture como "el contrato por el cual se unen por cierto tiempo, determinado o indeterminado, dos o más personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, sin formar ni crear una persona jurídica distinta de sus miembros, para participar de los resultados prósperos o adversos de una actividad económica, realizada en común, dividiéndose el trabajo, los riesgos y las responsabilidades".

La doctrina es muy rica cuando se trata de conceptualizar El joint venture y ello se debe a la importancia creciente que detenta. Su practicidad ha hecho que se extienda progresivamente y, de modo esencial, a inversiones de gran envergadura en diversas áreas económicas, tales como la minería, la metalmecánica, el entretenimiento electrónico y el marketing, entre otras. No obstante, el éxito de un joint venture dependerá fundamentalmente del compromiso asumido por los partícipes en él, quienes deberán entender el significado de la coordinación.

En el Paraguay esta modalidad de contrato de sociedades o empresas se encuentra regulada en la Ley No. 117/91 de Inversiones que en su Art. 15 dispone "*Las personas naturales nacionales o extranjeras, y las personas jurídicas constituidas; domiciliadas o representadas en el país, así como las entidades del Estado, incluyendo los entes autárquicos y las demás entidades de derecho público, pueden asociarse entre sí mediante contratos de Riesgo Compartido para toda actividad lícita.*".

2.2.6. El grupo de interés económico

Mediante la Ordenanza Nº 67-821 del 23 de septiembre de 1967 se creó en Francia el grupo de interés económico, concebido como "una figura que permitía la colaboración interempresarial" y que posibilitaría, además, el ingreso francés al extenso mercado comunitario europeo. Para alcanzar tales propósitos se le confería amplia libertad en cuanto a su funcionamiento, beneficios fiscales y otras ventajas, pese a lo cual pareciese que su fracaso es cada vez más cierto; la doctrina postula que la razón radica en el excesivo regla-

mentarismo que acabó con la inicial libertad y en la pérdida de su carácter atractivo por el surgimiento de otras modalidades empresariales.

El grupo de interés económico es conceptualizado legalmente como una entidad constituida por dos o varias personas físicas o jurídicas, por tiempo determinado, con el objeto de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros y no para realizar beneficios propios (Art. 1º).

Sin embargo, Saúl Argeri discrepa de lo dicho, en el sentido de considerar al grupo de interés económico como un grupo de empresas, donde no hay coordinación sino subordinación y control, denotando una mezcla de dependencia económica y de independencia jurídica entre las empresas participantes.

2.2.7. La agrupación europea de interés económico

Creada sobre el antecedente francés y regulada en el Reglamento del Consejo de la Comunidad Europea del 25 de julio de 1985, la Agrupación Europea de Interés Económico ha buscado "ofrecer un marco jurídico idóneo en el que la cooperación transfronteriza fuere posible". Constituye un instituto jurídico al que se le dota de plena capacidad de actuación, pudiendo contar o no con personalidad jurídica y que tiene por finalidad el facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, pero sin ánimo de lucro para sí misma.

Cabe mencionar que, siguiendo la inspiración comunitaria, hace solo una década España expidió la Ley Nº 12/1991, mediante la cual se regulan las agrupaciones de interés económico. Así, en el Preámbulo de la mencionada norma se lee: "El contenido auxiliar de la agrupación sigue el criterio amplio que esta figura ha tenido en Europa Comunitaria ...".

2.3. Las relaciones de subordinación

Al referirnos a las relaciones de coordinación, expresamos que estas presentaban básicamente una estructura horizontal (las empresas intervinientes colaboran en situación de igualdad). Pues bien, en las relaciones de subordinación sucede todo lo contrario: la estructura es vertical. He aquí la diferencia sustancial entre ambos tipos de uniones de empresas.

Las uniones de empresas en las que se establecen relaciones de subordinación han recibido diversos nombres, tales como: grupos de empresas, gru-

pos empresariales, grupos de sociedades, grupos societarios, grupos de empresarios, grupos empresarios, agrupamientos empresarios, grupos económicos, conjuntos económicos, sociedades de empresas, sociedades imbricadas y empresas vinculadas económicamente, entre otros. En nuestra opinión, el primero de estos epígrafes es el más adecuado porque refleja con notoriedad que estamos ante empresas agrupadas, siendo el término "empresas" de carácter amplio y que permite subsumir toda clase de organización destinada a la actividad empresarial.

2.3.1. El grupo de empresas

El grupo de empresas es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más empresas jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo cual se establecen relaciones de dominación-dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las empresas) sobre la empresa o empresas dominadas.

Son tres las características de los grupos de empresas: autonomía jurídica, relación de dominación-dependencia y dirección unificada. La autonomía jurídica significa que las empresas integrantes del grupo conservan su propio objeto, denominación, titular o titulares, plantel de trabajadores, así como la titularidad de todo derecho que legal o contractualmente les corresponda y las obligaciones que hayan contraído. Por su parte, la relación de dominación-dependencia implica que la dominación intensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una empresa genera para el primero el control y, para la segunda, la dependencia; dicha dominación podrá conseguirse en razón de la propiedad, el ausentismo a las juntas, la existencia de gerentes comunes o algún contrato. La dirección unificada es la capacidad del sujeto dominante para imponer sus decisiones a una empresa, rigiéndose para tal efecto por el principio del interés grupal.

Didácticamente, los grupos de empresas pueden clasificarse así: por la actividad del grupo, en financiero e industrial (dependiendo de la actividad a la que se dedica la empresa dominante); por la estructura del grupo, en participacional radial (el sujeto dominante participa directamente en el capital de las empresas dominadas), participacional piramidal (el sujeto dominante participa en el capital de unas empresas y estas hacen lo mismo respecto a unas terceras), participacional circular (una empresa participa en el capital de otra, esta la repite ello en una tercera y así, sucesivamente, hasta que la última

participa en la primera), contractual (hay un contrato cuyo objeto principal o secundario es la dominación) y personal (los titulares o los administradores ejercen el dominio efectivo); por la actividad de las empresas agrupadas, en homogéneo (realizan la misma actividad), plural (realizan actividades diferentes pero relacionadas) y heterogéneo (realizan actividades distintas y no relacionadas); por la naturaleza de la relación de dominación-dependencia, en interno y externo (pudiendo ser en ambos casos de derecho, de hecho, directo e indirecto); y multinacional (cuando actúan en diferentes países a la vez).

La importancia de los grupos de empresas radica en las consecuencias que se derivan de su actuar: reunión de grandes capitales, desarrollo de nuevas tecnologías, mayor capacidad de producción, amplitud a nuevos mercados, satisfacción masiva de la demanda, crecimiento de las oportunidades laborales, despegue de las economías nacionales, integración de los países y, en suma, todo el progreso que pueda imaginarse.

IV. Comentario del autor

La concentración o unión empresarial es un vasto fenómeno (circunscrito dentro de la concentración económica), producto de las nuevas tendencias empresariales, en el cual las empresas han optado por perder o no su personalidad jurídica, surgiendo así las fusiones (en el primer caso) y las uniones de empresas (en el segundo supuesto). Estas uniones de empresas establecen entre ellas relaciones de coordinación o de subordinación; ejemplos de la primera son el cártel, el pool aeronáutico, el consorcio, la asociación en participación, el *joint venture*, el grupo de interés económico y la agrupación europea de interés económico, mientras que la segunda se patentiza a través de los grupos de empresas.

Las uniones de empresas en las que se implantan relaciones de coordinación han merecido mayor atención en el tiempo, a diferencia de las uniones de empresas en las que se manifiestan relaciones de subordinación, sobre las cuales son exiguos los pronunciamientos doctrinales, escasa la normatividad, prácticamente inexistente la jurisprudencia y grande tanto el desconocimiento como la incertidumbre jurídica. Lo dicho es una realidad sustentable en el Derecho comparado; urge, por lo tanto, esbozar un tratamiento integral del asunto, enfocado desde la perspectiva del Derecho Societario, para que así la ciencia jurídica se apareje con la realidad y en especial la actividad legislativa.

V. Bibliografía

Argeri, Saúl. Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa. Buenos Aires, Editorial Astrea, julio de 1982.

Arriola, José Tomás. "Reorganización de empresas. Régimen tributario aplicable a los países miembros del MERCOSUR". En: Informativo Tributario Internacional. Lima, Estudio Caballero Bustamante, julio de 1997, Año I, Nº 1.

Broseta Pont, Manuel. La empresa y la unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil. Madrid, Editorial Tecnos, 1965.

De la Puente y Lavalle, Manuel. "Contenido del Derecho Mercantil moderno". En: Revista Estudios Privados. Lima, Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, junio de 1997, Año II, Nº 2.

Echaiz Moreno, Daniel. "Derecho, Economía & Empresa". En: Revista INJEF - Información Jurídica, Económica y Fiscal. Madrid, 20 de abril del 2001.

Echaiz Moreno, Daniel. "El Derecho de la Empresa (y la vinculación jurídico-económica)" en: Portal Vía Jurídica. Lima, 25 de abril del 2001.

Echaiz Moreno, Daniel. "Los grupos de interés dentro de los grupos de empresas". En: Revista Acta Académica. San José, Universidad Autónoma de Centro América, mayo del 2001, Nº 28, ps. 114 a 122.

Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. México, Editorial Porrúa, 1979, Tomo I.

Gutiérrez Camacho, Walter. "El contrato de consorcio". En: Estudios Societarios & Ley General de Sociedades. Lima, Gaceta Jurídica Editores, junio de 1999.

Monge Gil, Ángel Luis. Las agrupaciones de interés económico. Madrid, Editorial Tecnos, 1993.

Otaegui, Julio. Concentración societaria. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1984.

Rangel Charles, Juan y Sanromán Aranda, Roberto. Derecho de los Negocios (tópicos de Derecho Privado). México, Thomson Editorial Mexicana, 1995.

Tapia Salinas, Luis y Mapelli, Enrique. Ensayo para un Diccionario de Derecho Aeronáutico. Madrid, Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial, 1991.

Torres Vásquez, Aníbal. "Contrato de joint venture". En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1991-1992, Volumen 49.

Torterola, Ignacio. "Acuerdos de colaboración entre empresas (joint ventures), praxis contractual y societaria". En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997, Año 30, números 175 a 180.

Código Civil Paraguayo, Edición 2002.

LOS DERECHOS REALES Y LA CUESTIÓN SOCIAL

Por Florencio Pedro Almada Alvarez (*)

LA CUESTIÓN SOCIAL

La cuestión social no es un tema nuevo, siempre estuvo latente en todas las épocas y bajo todos los regímenes sociales y políticos. Desde que los hombres abandonaron la vida nómada, se asentaron en un lugar y se organizaron socialmente, aparecen dentro de la colectividad los conflictos, la pugna de intereses y de aspiraciones entre las clases sociales de contenido esencialmente económico, que puede resumirse: entre los que se encuentran mejor y los que se consideran peor, en otros términos, los que tienen más y los que tienen menos.

Surgen así en el seno de la sociedad las diferencias entre sus miembros, la lucha por el poder político y económico. Haciendo una revisión retrospectiva se puede evidenciar históricamente este hecho a través de los enfrentamientos entre pastores y guerreros, de esclavos y ciudadanos, de patricios y plebeyos, siervos y señores, nobles y vasallos, burgueses y proletarios, de pobres y ricos, de clases sociales, y a nivel mundial, se habla de naciones pobres y naciones ricas, países del primer mundo, segundo y tercer mundo; todo esto, como consecuencia de un hecho constante e idéntico que siempre se ha manifestado en el acaecer histórico: el monopolio de la riqueza y del poder, o de ambas cosas y con ello el bienestar que beneficia a los más fuertes, los más afortunados o los más hábiles, en perjuicio de los demás.

Se puede afirmar que el carácter predominante de la Cuestión Social se trasunta preferentemente en la desigualdad económica entre los miembros de una sociedad.

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

El historiador chileno Sergio Grez, citando a James O. Morris, describe la cuestión social como: "La totalidad de consecuencias sociales, laborales e ideológicas de la industrialización y urbanización nacientes: una nueva forma dependiente del sistema de salarios, la aparición de problemas cada vez más complejos pertinentes a vivienda obrera, atención médica y salubridad, la constitución de organizaciones destinadas a defender los intereses de la nueva "Clase Trabajadora", huelgas y demostraciones callejeras, tal vez choques armados entre los trabajadores y la policía o los militares, y cierta popularidad de las ideas extremistas, con una consiguiente influencia sobre los dirigentes de los trabajadores".

¿Entonces, qué es la cuestión social? Podemos sintetizar diciendo que es el conflicto de intereses entre los miembros de una sociedad y que presenta una connotación eminentemente económica.

¿Cómo se manifiesta la cuestión social en los derechos reales?

Se relaciona con los inmuebles; preferentemente con los inmuebles rurales y fundamentalmente con su distribución. Es un tema de palpitante actualidad, hoy día en los medios masivos de comunicación se habla constantemente de "campesinos sin tierra", que reclaman una parcela correspondiente. Este hecho no se da solamente en nuestro país; para no ir lejos, en el país vecino, el Brasil, cada día es más grande la presión de los "sin tierra", que reclaman al gobierno una urgente reforma agraria a fin de dar solución a este problema social.

TEORÍA DE LA FUNCIÓN SOCIAL

La tendencia moderna en lo que hace al derecho de propiedad, es que la misma debe cumplir una función social y económica.

Desde la primera guerra mundial, se observa el avance de la doctrina de la función social que desplazó a la antigua concepción de la propiedad como un derecho absoluto, exclusivamente individualista. El principal exponente de esta corriente doctrinaria fue el jurisconsulto francés León Duguit, que define la propiedad como un derecho conferido especialmente con miras a la función social. Duguit, admite que el propietario tiene el derecho de aprovechar y utilizar la cosa, pero solamente mientras ella cumpla dicha función social. En el mismo sentido se manifiesta la Iglesia Católica mediante sus encíclicas, al pregonar que la propiedad debe cumplir una función social.

Se puede señalar que las corrientes doctrinarias que han buscado una solución a este problema dando explicaciones y respuestas a la cuestión social son: el liberalismo, el socialismo, el comunismo y el cristianismo.

De esta doctrina de la función social, se pueden extraer las siguientes consecuencias:

1ª) La obligación y el poder del propietario para emplear la cosa en la satisfacción de sus necesidades individuales o de las necesidades colectivas;

2ª) Obligación del propietario de no dejar sus bienes sin aprovechar o explotar, y

3ª) Obligación del propietario de permitir el empleo de la cosa en actividades que satisfagan fines de interés social o utilidad pública.

EL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Derecho de propiedad. Concepto: Es la facultad de usar, disfrutar y disponer de una cosa con exclusión de los demás. "*Ius Utendi, Fruendi et Abutendi aliqua re, exclusiis aliis*". Otros: "*Ius perfecte disponendi de aliqua re corporali iuxta leges*". Alfonso el sabio: "*Poder que homme ha en su cosa de facer della e en ella lo que quisier, segund Dios e segund fuero*" (Partida 4, tit. 28, ley 1)

El Art. 109 de la Constitución Nacional establece: "Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán fijados por la ley, atendiendo a su función social y económica".

En el mismo sentido, se pronuncia el Código Civil en el Art. 1954, al disponer. "La ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar y disponer de sus bienes, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas en este Código, conforme con la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional al derecho de propiedad. También tiene facultad legítima de repeler la usurpación de los mismos y recuperarlos del poder de quien los posea injustamente".

Este artículo del Código Civil está en perfecta armonía con la disposición constitucional en lo referente a la función social y económica de la propiedad.

En la legislación comparada encontramos disposiciones similares de notable parecido. Así el Código Civil Italiano establece: "El propietario tiene el derecho de gozar y disponer de la cosa de modo pleno y exclusivo, dentro de los limites y con observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico". También tiene mucho parecido con nuestro precepto, lo dispuesto por el Art. 1035 del Código Civil portugués que expresa: "El propietario goza de modo pleno y exclusivo de los derechos de uso goce y disposición de las cosas que le pertenecen, dentro de los limites de la ley y con observancia de las restricciones impuestas por ellas".

En la actualidad, la doctrina y la legislación atribuyen al dominio una función social y económica desconocida durante la vigencia de la concepción absolutista basada en ideologías políticas individualistas y justamente, una de las manifestaciones de la doctrina de la función social, es la explotación racional como condicionante de la legitimidad del derecho de propiedad.

En nuestra legislación, el Estatuto Agrario es la ley que reglamenta la función social y económica atribuida por la Constitución Nacional. La Ley Nº 1863/ 02 "que establece el Estatuto Agrario" dispone al respecto cuanto sigue: Art. 3) Función social y económica de la tierra: "La propiedad privada inmobiliaria rural cumple con su función social y económica cuando se ajusta a los requisitos esenciales siguientes:

a) Aprovechamiento eficiente de la tierra y su uso racional; y,

b) Sostenibilidad ambiental, observando las disposiciones legales ambientales vigentes". Y el Art. 4º prescribe: "Del uso productivo, eficiente y racional de los inmuebles rurales". Consideráse que un inmueble se encuentra eficiente y racionalmente utilizado, cuando observa el aprovechamiento productivo sostenible, económico y ambiental de por lo menos el 30% de su superficie agrológicamente útil, a partir del quinto año de vigencia de la presente ley. A los efectos de esta ley, se entiende por aprovechamiento productivo la utilización del inmueble en actividades agrícolas, granjeras, pecuarias, de manejo y aprovechamiento de bosques naturales de producción, de reforestación o forestación, o utilizaciones agrarias mixtas...".

Hoy día, para que un inmueble pueda cumplir con la función económica y social exigida por la Constitución Nacional, el propietario está obligado a explotarlo racionalmente, a tal punto que de no hacerlo, el inmueble está expuesto a la expropiación, según los términos del Art. 116 de nuestra Carta

Magna, cuando se trata de latifundio improductivo destinado a la reforma agraria.

LA EXPROPIACIÓN

El Art. 109, de la C.N., citado precedentemente, admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por la ley. También garantiza el previo pago de una justa indemnización.

Es sabido que la tierra, al igual que el capital, el trabajo, la organización y la tecnología, constituye un factor fundamental de la producción; de ahí su importancia para el desarrollo económico y social de las personas y de los pueblos.

Nuestro país siendo preferentemente agrícola y ganadero por excelencia, posee un sistema jurídico que consagra la garantía necesaria a la propiedad privada. Así se pronuncia nuestra Constitución Nacional en la primera parte del citado Art. 109, pero a veces, el Estado para el cumplimiento de sus fines, se ve obligado a sacrificar el interés particular en beneficio del interés general. Así lo dispone el Art. 128 de la Constitución Nacional cuando dice: "En ningún caso el interés de los particulares primará sobre el interés general ". Son situaciones en las cuales los intereses legítimos de los particulares se ven lesionados por la acción del Estado, aun contra la voluntad del propietario. El medio utilizado para el efecto es la expropiación legislada en el Art. 109 de la C.N. y los artículos 1964 y 1965 del Código Civil.

En el Código Civil Argentino, se considera la expropiación como una venta forzosa. Si bien es cierto que el Estado puede por este medio limitar o restringir la propiedad, ésta virtualmente conserva su plenitud, porque, en la circunstancia señalada el Estado está obligado a pagar un previo y justo precio en concepto de indemnización en la forma que expresamente se establece.

Surgen diversas teorías que tratan de justificar el fundamento doctrinario de este instituto, entre las que se destaca la teoría del dominio eminente del Estado, según esta teoría, la expropiación es un atributo que corresponde al Estado como emanación de la soberanía que ejerce dentro del territorio sometido a su jurisdicción.

Otra teoría es la colisión de derechos. Los partidarios de esta teoría encuentran el fundamento de la expropiación en la primacía del interés general sobre el particular.

El autor argentino Rafael Bielsa, acepta la teoría de los fines del Estado. Según esta teoría, el poder administrador puede perseguir sus propios fines, que pueden sintetizarse en el bien común.

Existen otras teorías que pueden citarse, como ser: la Teoría de las Reservas, la Teoría del Consentimiento Presunto, etc., pero lo señalado precedentemente es suficiente para los fines de nuestra exposición; además, son las que gozan de mayor aceptación en la doctrina.

REQUISITOS PARA LA EXPROPIACIÓN

La Constitución Nacional vigente condiciona la expropiación a tres requisitos que son: a) La utilidad pública o el interés social, b) La calificación por la ley, y c) la indemnización.

Así tenemos que las causales admitidas por nuestra ley fundamental son:

La utilidad pública: Se puede definir como el provecho o beneficio económico-jurídico para la colectividad. La utilidad es la cualidad de un bien como medio de satisfacción de las necesidades humanas. En el orden mencionado se dice que un bien resulta útil cuando tiene como fin satisfacer necesidades de la colectividad.

Así podría considerarse como de “utilidad pública”: la construcción de un hospital, de un colegio, puente, camino, aeropuerto, etc. Se trata de una obra pública que tiene como fin la satisfacción de las necesidades de los miembros de una colectividad.

El interés social, a nuestro criterio, trasciende el concepto de “utilidad pública” y hace relación a exigencias o necesidades de orden económico que se traducen como un malestar entre los miembros de una sociedad. Cuando existen diferencias, conflictos, enfrentamientos de clases sociales, el Estado trata de solucionarlas o por lo menos, paliar los problemas más urgentes, que pueden ser variados, verbigracia: la falta de terreno propio, vivienda propia, parcela de tierra rural para los campesinos, etc.

El Estado mediante la formula del “Interés social”, al buscar solución a los problemas del agro, ha hecho posible una conquista social relevante: La Reforma Agraria

Calificación por la Ley. En materia de expropiación, la autoridad competente para declarar la "Utilidad Pública" o el "Interés Social" es el Poder Legislativo. Es sabido que este Poder del Estado, tiene la facultad de sancionar Leyes, de modo que la expropiación debe declararse por Ley en cada caso. Es lo que establece el Articulo 109 de la Constitución Nacional, cuando dice: "...pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por Ley...".

La indemnización: el citado Articulo 109 de la Constitución Nacional al referirse a la Ley dice: "... ésta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecido convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por Ley."

Si bien es cierto que por medio de la expropiación el propietario es privado de su propiedad, a veces, incluso contra su voluntad, debe admitirse, que recibe a cambio una indemnización que debe ser, además de previa, justa. El término del mencionado Articulo es claro y contundente, no ofrece dudas, el pago de la indemnización debe ser previa, pero establece una excepción cuando se refiere a los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, en cuyo caso, la Ley determinará la forma de pago y el plazo (Articulo 116, in fine). El otro requisito es la "Justa Indemnización".

Uno de los aspectos más difíciles en relación con la indemnización, es la determinación de su cuantía. Se acepta en términos generales, que la indemnización debe ser justa, pero no hay uniformidad de criterios sobre qué debe entenderse por tal ¿Se debe tomar como parámetro el valor fiscal del inmueble o el valor de mercado?.

Los autores están contestes al afirmar que la indemnización debe comprender la valoración precisa, exacta del inmueble, con el fin de que no sufra perjuicio el propietario, y que se entregue previamente el valor de la tasación del inmueble.

Walter Villegas afirma: "El propietario a quien se le expropia un bien debe ser debidamente indemnizado, comprendiendo la indemnización el valor objetivo de ese bien y los perjuicios directos que la expropiación ocasione; pero no puede pretender que dicha acción excepcional, tendiente satisfacer una utilidad pública, constituya para él una fuente de ganancias".

En la legislación comparada, podemos citar la Ley Argentina, que lleva el Nº 13.264, cuyo Articulo 11 dispone: "La indemnización solo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valor afectivo ni ganancias hipotéticas. No se pagará lucro cesante. En materia de inmuebles, tampoco se considerará el valor panorámico o el derivado de hecho de carácter histórico. El valor de los bienes debe estimarse por el que hubieran tenido si la obra no hubiese sido ejecutada ni aún autorizada".

En nuestro Derecho

En nuestro derecho no existen normas que tracen en forma completa y coherente las pautas para la determinación de la justa indemnización. Esto se explica en razón de que en nuestro país no existe una Ley general de expropiación.

Tanto la Ley de Organización Administrativa como el Estatuto Agrario contemplan en sus disposiciones el procedimiento y la forma de indemnización en materia de expropiación. Así, el Artículo 228 de la Ley de organización administrativa que data del año 1909 dispone: "El valor de los bienes debe estimarse por el que hubieran tenido antes de que las obras hubiesen sido efectuadas o autorizadas, agregándose a este valor, el del perjuicio directo resultante de la expropiación, pero sin tomar en consideración las ventajas o ganancias hipotéticas. En ningún caso la indemnización excederá a la demanda del mismo interesado".

La Ley Nº 1863/02 "Que establece el Estatuto Agrario", en su Artículo 102, establece: "Del valor de la indemnización". El valor de indemnización por las tierras expropiadas se determinará como sigue:

Para latifundios improductivos: la indemnización por las tierras declaradas latifundios improductivos y en consecuencia expropiados, se fijarán en base al valor fiscal del inmueble. Las mejoras, cuando las hubiese, se pagarán, previa tasación, a valores reales conjuntamente con la primera cuota.

Para los inmuebles que no constituyan o no sean jurídicamente considerados latifundios improductivos: se establecerá el monto de la indemnización a partir de un acuerdo entre partes, en procedimiento sumario ante el Organismo de Aplicación. Si en el plazo de 30 días hábiles, contados desde la primera actuación, las partes no arribasen y formalizasen por escrito un acuer-

do, cualquiera de ellas podrá demandar la fijación judicial del precio, ante el juez de primera instancia en lo civil de turno, ante la circunscripción judicial que por la ubicación del inmueble corresponda. En este procedimiento las costas siempre se impondrán en el orden causado".

Competencia

En lo que hace relación con la competencia en la etapa judicial, podemos señalar que algunas legislaciones, entre las que podemos citar a la argentina, consideran que el juicio de expropiación es de competencia civil, posición que adopta nuestro Estatuto Agrario (Artículo 102); en tanto que, en las Leyes de otros países como Colombia y Panamá, el procedimiento expropiatorio es de jurisdicción contencioso administrativa.

Clase de juicio

¿Técnicamente podría hablarse de "juicio de expropiación"?. Se puede cuestionar la misma Ley que hace la declaración de utilidad pública o interés social ?. ¿Existe alguna acción que se pueda ejercitar en el caso señalado?

Consideramos que cuando la declaración legislativa en lo que hace relación a la causa no se ajusta al precepto constitucional, daría lugar a la acción de inconstitucionalidad. Se puede citar, como ejemplo, la Sentencia Nº 430, de fecha 6 de junio de 2007, dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio caratulado: "Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley Nº 2730/2005, que expropia 52.694 hectáreas 4149 m^2 de inmuebles situados en los Departamentos de Alto Paraguay y Presidente Hayes, a favor del Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT)."

En la República Argentina, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden al señalar como materia civil todo lo que se refiera a indemnizaciones y, por consiguiente, la jurisdicción competente en materia de expropiación, es también civil. Es el mismo régimen adoptado en nuestra Ley orgánica administrativa del año 1909 y nuestro Estatuto Agrario.

El Profesor Salvador Villagra Maffiodo opina que la indemnización es consecuencia de la expropiación, que sin duda alguna es el derecho público y, por consiguiente, debe seguir el régimen jurídico de lo principal. Prosigue diciendo el citado profesor: "Desde que la Constitución de 1940 confirió al Tribunal de Cuentas exclusiva competencia en materia contencioso adminis-

trativa, debe considerarse derogada la citada disposición de la Ley Orgánica Administrativa y sustituida la jurisdicción en ella señalada por la contencioso administrativa. Este es el criterio seguido por los interesados y admitido por el Tribunal de Cuentas. Se reclama la indemnización ante la autoridad administrativa y de la decisión de esta, se recurre al juicio contencioso".

El procedimiento en el derecho comparado

En el derecho comparado se observa en líneas generales, una pauta casi uniforme en lo que hace relación al procedimiento de la expropiación. En efecto, las legislaciones modernas admiten hoy día que su desenvolvimiento jurídico se desarrolla en varias etapas, como ser: la etapa legislativa, la etapa administrativa y la etapa judicial. En la primera etapa, el legislador por medio de una declaración, establece cuáles son los motivos de utilidad pública o de interés social que justifican la expropiación.

En la segunda etapa, la administración individualiza el bien para el caso particular, e indica cuáles son los bienes afectados para la obra. En esta etapa generalmente, el sujeto expropiante, procura la adquisición del bien, mediante una concertación directa y voluntaria con el propietario de dicho bien.

Agotada la vía administrativa y no existiendo acuerdo entre las partes, se pasa a la tercera etapa. En esta parte la accionante eleva las actuaciones administrativas al Tribunal competente. Dictada la sentencia judicial que concede la expropiación, se hace entrega del bien a la entidad respectiva.

En nuestro Derecho

Etapa Judicial: Agotada la instancia Administrativa y si las partes no llegan a un acuerdo sobre el monto de la indemnización, tienen expedita la vía para pasar a la instancia judicial.

Según nuestro Estatuto Agrario, que obviamente rige exclusivamente para los inmuebles rurales, la autoridad competente para fijar el monto de la Indemnización es el Juez de Primera Instancia en lo Civil de Turno, ante la circunscripción judicial que por la ubicación del inmueble corresponda (Art. 102, Inc. b).

El texto del Artículo *ut supra* mencionado, nos lleva a la siguiente reflexión: ¿Cuál sería la autoridad competente para resolver los casos de indemnización cuando el inmueble no es rural?

Al respecto, compartimos el criterio sustentado por el profesor Salvador Villagra Maffiodo, que se trascribiera precedentemente, en razón de que los conflictos suscitados entre el Estado y los particulares es competencia del Tribunal de Cuentas (Art. 3º de la Ley Nº 1462/35 Que establece el procedimiento para lo contencioso administrativo).

La retrocesión

Se entiende por retrocesión la retroversión o reintegro del bien expropiado al patrimonio de su anterior propietario, cuando el bien no se hubiese destinado al interés público que determinó la expropiación.

La Ley Argentina Nº 189, anterior a la Ley Nº 13264, establecía en su Artículo 19 "Si la cosa expropiada no es destinada al objeto que motivó la expropiación, el dueño anterior podrá retrotraerla en el estado en que se enajenó, consignando el precio por la indemnización que recibió".

Para lograr la retrocesión, el ex propietario debe devolver el monto percibido en carácter de indemnización. Los frutos que esa suma haya producido, compensan lo que pudo obtener del bien, si este hubiese permanecido en su patrimonio. Esta es la solución asentada en las Leyes Argentinas de expropiación que prevén este instituto. Concluimos, entonces, que la retrocesión se perfecciona con la entrega del bien y la devolución de la suma percibida en carácter de indemnización.

En nuestro Derecho

Nuestro Código Civil se refiere a la expropiación en el Artículo 1964, cuyo texto es como sigue: "Nadie puede ser privado del dominio o de alguna de sus facultades, sino por causa de utilidad pública o interés social, definido por la Ley, ni desposeído de su propiedad sin justa indemnización".

El siguiente Artículo 1965 se refiere a la retroversión. Su texto es como sigue: "Si la cosa expropiada no es destinada al fin que motivó la expropiación dentro un plazo razonable, podrá el dueño anterior demandar su recuperación en el estado en que fue enajenada, consignando el precio por la indemnización pagada".

El texto del citado artículo, a nuestro criterio, peca de impreciso por las siguientes razones: a) La primera parte dice: "Si la cosa expropiada no se destinare al fin que motivó la expropiación…" sería el caso cuando la expro-

piación se autorizó para la realización de un fin determinado y se ejecuta otro. Otra hipótesis que puede darse es la inacción del expropiante. Ej. Se expropia un inmueble para la construcción de una obra pública, trascurre el plazo razonable y no comienza la obra.

El artículo usa la expresión “Dentro de un plazo razonable”. ¿Qué debe entenderse por “un plazo razonable”? ¿Qué tiempo debe esperar el dueño afectado para demandar la recuperación del bien?

Consideramos que la expresión es imprecisa y en consecuencia puede ocasionar conflictos de difícil solución entre las partes. Se podrá argumentar a favor del mencionado artículo que la cuestión puede reglamentarse por ley, que en ocasión de sancionarse una Ley General de Expropiación, que tanta falta hace, se podría subsanar estas imprecisiones, o sencillamente se podrían modificar o ampliar dicho artículo específicamente por otra ley, pero hasta tanto no se sancione la nueva ley, el texto del artículo comentado, presenta un evidente vacío que urge solucionar.

Al respecto, señalamos la necesidad de modificar o ampliar el artículo 1965 del Código Civil, en el sentido de fijar el plazo de inacción del expropiante para dar derecho al anterior propietario a reclamar la devolución del bien.

LOS TRATADOS BINACIONALES (HIDROELÉCTRICOS) EN EL CONTEXTO DEL MERCOSUR, Y LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN SUPRANACIONAL

Por Zulema María Fretes Bonett (*)

La creciente globalización experimentada especialmente en la década del 90, acompañada del predominio de un modelo económico de libre mercado el cual se nutre del intercambio entre los Estados, ha hecho necesaria la implantación de medidas tendientes a mejorar la posición negociadora frente a otros Estados. Esto último se ha logrado por medio de los procesos de integración regional, que permiten a los países negociar como bloque.

Considerando que la integración es un proceso progresivo y dinámico, la creación de organismos comunes está directamente relacionada con la profundización del proceso integrador.

Joseph Nye plantea cuatro condiciones que él estima como claves a todo proceso de integración, las cuales influyen en la naturaleza del compromiso original y la subsiguiente evolución del proceso integrativo. Estas condiciones son las siguientes:

a) Simetría o igualdad económica de unidades: Las diferencias o similitudes de algunos indicadores como el ingreso per cápita y el tamaño de los potenciales participantes en el proceso integrativo medido por el PNB total, parece ser de importancia relativa mayor en los procesos de integración entre Estados menos desarrollados, que en el caso de Estados altamente desarrolla-

(*) Coordinadora de Investigación Científica y Tecnológica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

dos. Desde esta perspectiva, el MERCOSUR es bastante distinto en sus unidades lo que en sí mismo, se constituye como una traba real en el proceso de integración, pues Uruguay y Paraguay no han de conservar esta simetría con Argentina y Brasil.

b) Valor de la complementariedad de la élite: El nivel en que los grupos de élites dentro de las entidades que se integran piensan igual, es de considerable importancia; por tanto, dependerá mucho de las élites el grado de integración al que se quiera llegar. Sin embargo se sostiene también que las élites que han trabajado juntas eficazmente en una situación transnacional, a continuación pueden abrazar políticas divergentes que no conducen a la integración. El nivel hasta el cual los burócratas nacionales se vuelven participantes en la integración regional determinará el nivel de su socialización, considerada importante porque se dice que los burócratas nacionales son cautos ante la integración por la posible pérdida de control nacional.

c) Existencia de pluralismo: Mientras mayor es el pluralismo en todos los Estados miembros, mejores son las condiciones para una respuesta integrativa a la retroalimentación desde los mecanismos del proceso. Esta es una falencia que se ha dado principalmente en los procesos de integración del tercer mundo, al contrario de lo que sucede en Europa.

d) Capacidad de los Estados miembros de adaptarse y responder

Cuanto más alto es el nivel de estabilidad interna de las unidades y mayor la capacidad de los encargados de tomar decisiones claves, más probable es que puedan participar eficazmente en una unidad integrativa mayor. Es interesante señalar que el proceso de integración se encuentra más avanzado en los aspectos económicos antes que en los políticos; sin embargo, estos últimos son fundamentales en el fortalecimiento del proceso; incluso podemos sostener que una integración real necesita de un proyecto político capaz de sostenerla. Así, factores como la consolidación democrática pasan a ser una condición necesaria pero no suficiente para avanzar en la integración.

Es indiscutible que la integración económica y social afectan necesariamente a entidades políticas soberanas, por lo que algunos autores plantean que la integración es un fenómeno esencialmente político cuya consecuencia es económica y social.

Por otra parte, debemos reconocer que los distintos esquemas de integración han atravesado por etapas similares en su evolución. Así, se tiene el

surgimiento expectante y promisorio de programas de integración bi o multilaterales, como los tratados binacionales, con claras muestras de éxito en los primeros tiempos; luego le sigue un período caracterizado por una evidente desaceleración del ritmo de aplicación de los instrumentos integradores, y la escasa posibilidad de verificarlos; ello conlleva la necesidad de revisar dichos instrumentos y su reformulación para revitalizar todo el proceso: luego es posible identificar un quiebre importante en las iniciativas, para posteriormente encontrarnos en la búsqueda de nuevas fórmulas de integración. Esta situación se ha transformado casi en un círculo vicioso que en la actualidad, más que nunca, se encuentra estancado debido a los difíciles problemas económicos y por tanto de inestabilidad por los que atraviesa la región.

Este proceso de integración conduciría a la globalidad. Según las palabras utilizadas por Ghymers: "Globalización designa un proceso amplio y acumulativo de aumento de las interdependencias entre las economías nacionales y de reducción de las barreras y distancias entre mercados nacionales, a raíz del crecimiento rápido de las transacciones internacionales, tanto para los bienes y servicios como para factores de producción. Este proceso apareció en el campo financiero con la liberalización financiera y la emergencia de un mercado de capitales a nivel mundial, pero el mismo fenómeno más progresivo se desarrolló, también, en el resto de la economía con la apertura comercial, el fracaso de los esquemas proteccionistas y la evolución tecnológica. Estos desarrollos permiten hablar ya de la emergencia de un mercado único mundial, no solamente financiero y de materias primas sino que, también, industrial e incluso gran parte de los servicios".

La globalización se incorpora al sistema jurídico interno a través de la celebración de tratados internacionales. De esta forma los tratados son sus operadores en el mundo del derecho.

El análisis de estas figuras abre un surco que conduce a una investigación más profunda de los efectos de la globalización; especialmente en cuanto a la necesidad de coherencia y compatibilidad entre los organismos supranacionales y los entes binacionales, en las dimensiones de: la estructura jurídica vigente, el sistema económico - cultural emergente y voluntad política asumida por el Estado como sujeto y objeto de los referidos tratados.

Desde los espacios de reflexión y los escenarios de participación que configuran este trabajo de investigación es posible enunciar reflexiones y conclusiones, orientadas a considerar que:

Los reflejos de la globalización sobre el tema del derecho obligan a replantearse las finalidades y los instrumentos jurídicos frente a los problemas que atañen a todos los pueblos, como nunca se había verificado en el pasado.

La primacía del Estado de Derecho en cada país es un mecanismo adecuado que servirá, además, para consolidar en una escala supranacional los efectos de la globalización.

Aceptar la globalización implica el reconocimiento de una pérdida de eficacia, en lo pertinente de las legislaciones nacionales y una reducción del espacio de la soberanía de cada uno de los países que reconocen y reciben sus consecuencias.

La conclusión es que debe crearse un "*corpus juris*" de normas, mecanismos y estructuras judiciales comunes para que se tutelen efectivamente los intereses de todos los países involucrados.

En esta dimensión destaca la preocupación por el respeto de los derechos humanos de las personas que se integran y resultan afectados por el proceso de globalización.

Actualmente, las Constituciones se han transformado en la principal y real fuente del derecho interno, garantizando en su esencia la distribución racional y democrática del poder y la efectiva protección de las garantías de sus habitantes.

El establecimiento de Tribunales Constitucionales a partir de Kelsen ha generado una protección jurisdiccional efectiva de la supremacía de la norma constitucional.

Los intercambios de personas y bienes y los medios de comunicación instantáneos mantienen informado a todo el planeta. En el hecho la globalización existe. Corresponde a cada país regularla de la manera más eficiente posible.

Juridificar los efectos de la globalización en todos los ámbitos implica una transferencia de soberanía que, por lo tanto, cada país pasa a compartir con organismos transnacionales a los cuales también pertenece.

En el ámbito de la jurisdicción, ello resulta especialmente relevante, puesto que ningún país puede monopolizar la solución de los conflictos internacionales.

El derecho internacional cobra de esta manera una nueva dimensión y debe proporcionar a los países los instrumentos políticos, económicos y jurídicos adecuados para esta nueva forma de integración.

En definitiva, de las reflexiones y recomendaciones expresadas precedentemente, emerge el perfil del nuevo *Derecho de la Integración.*

Finalmente, el nuevo Derecho de la Integración es una síntesis constructiva del Derecho Comunitario, derechos que integran, influyen y son influenciados por la globalización. Y, desde esta perspectiva se ha de encarar con rigor técnico y firme voluntad política la armonización entre los Tratados que involucran los organismos supranacionales y los entes binacionales.

En cuanto a lo económico, el marco que establece el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) evidentemente requiere un esfuerzo de integración de las diferentes economías de la región. Requiere, pues, la consolidación de los diferentes procedimientos para la armonización de los sistemas económicos, administrativos y tributarios de los países integrantes en lo que se encuentran el Paraguay. El instrumento legal del tratado del MERCOSUR determina metas en el camino de consolidación de la integración plena de los Estados Parte, en un sistema económico y político de naturaleza supranacional, en donde ha de jugar un rol trascendente la degradación arancelaria, teniendo en cuenta la política tributaria de sus integrantes. Entonces, nos planteamos la siguiente hipótesis: “Son los Tratados de Itaipú y de Yacyretá, y la conducta política de los países integrantes de los entes binacionales, factores condicionantes en la construcción del organismo de integración regional MERCOSUR y viceversa”.

La presión de los cambios actuales en un mundo globalizado que busca afanosamente seguridad y desarrollo, nos induce a plantear la necesidad de cambios en la Política Exterior paraguaya con vista al proceso de integración MERCOSUR, a objeto de que nuestro país no quede desfasado del irreversible proceso histórico de cambios que vive actualmente el mundo y que así pueda lograr una relativa autosuficiencia y significativa presencia y resistencia intranacional, en la competencia inter-regional y mundial con los intereses de bloques económicos y políticos ya organizados del mundo.

Existen conflictos de jerarquías e intereses en los Tratados involucrados, sus interpretaciones y aplicaciones, y sus perspectivas en la integración regional, que nos llevan hacia una nueva jerarquización jurídica: la interdependencia.

El flujo incontenible del proceso de globalización irrumpe y penetra en todos los ámbitos de la vida social, por lo que la ciencia del Derecho no ha escapado a esta corriente mundial en lo cuantitativo, pero con matices y aspectos específicos en cuanto a lo cualitativo. La globalización debe estar sujeta a valores éticos y morales y someterse a principios jurídicos, principalmente a la justicia en su dimensión humana y social.

Esta corriente está desplazando algunas teorías sobre la aplicación territorial del Derecho, incorporando nuevos aspectos o situaciones atingentes al quehacer humano, y por lo tanto, imponiendo nuevos desafíos y conflictos que ocupan la disciplina legislativa.

Participamos, con diferentes grados de responsabilidad, de transformaciones políticas, sociales y económicas que marcan y determinan el final de una era y el inicio de otra. Estos cambios implosionan y sacuden las estructuras del sistema jurídico vigente; en la dimensión positiva del derecho, confiriendo a las normas (propias del ius positivus) una inestabilidad pocas veces vista. Por otro lado, los cambios y transformaciones influyen también sobre la dimensión natural del derecho (ius naturalis), configurando en las interacciones de conductas y a las conductas de la interacciones nuevos y desconocidos mecanismos y flujos de presiones en la comunicación interhumana.

Todo lo descrito produce, sobre la jerarquía clásica del sistema jurídico, cambios cualitativos que, por su efecto en cadena, transforman coyunturalmente el sistema clásico de jerarquías de la ley, en las dimensiones o parámetros espacio-temporales.

Si enfocáramos esta dimensión de la problemática al sistema jurídico - legal de los tratados binacionales: sean del tipo bilateral entre Estados, en el marco del Derecho Internacional Público o en el Derecho de la Integración, nos enfrentamos con una verdadera crisis de jerarquía y de jerarquización.

En efecto, en los casos que nos ocupan (Tratado de Asunción, que estatuye la vigencia del MERCOSUR y los Tratados Binacionales, propios de las Entidades Binacionales de Itaipú y Yacyretá) la jerarquía en debate tiene directa relación con una prelación que está exigida, por un lado, por la jurisdic-

cionalidad de la cobertura (en cuanto al poder en el territorio, que plantean e imponen los mencionados tratados) y en cuanto a la dimensión espacial de la jerarquía planteada podrá ser rectificada cuando el MERCOSUR asuma un sistema de *Gobierno Supranacional*.

La conveniencia y oportunidad de que los órganos de un proceso de integración regional y/o sus capacidades decisorias tengan o no las características de la supranacionalidad, nos conducen a plantearnos cuáles son las implicancias de la palabra "supranacionalidad", los elementos que caracterizarían a este tipo serían: la constitución de órganos conformados por miembros de variada nacionalidad; la designación de estos fuera un acto del propio organismo, aunque los miembros pudieran ser propuestos por sus países de origen; que su funcionamiento sea independiente y no responda a instrucciones de los gobiernos partes, siendo esta última, la nota específica de la supranacionalidad, que la diferencia de la intergubernamentalidad y que las tomas de decisiones se incorporen en los ordenamientos jurídicos de los Estados asociados, en forma inmediata, directa y prevalente.

Paralelamente, en la dimensión temporal, si trazáramos una línea de tiempo entre la vigencia del Tratado de Asunción (MERCOSUR) y los Tratados Binacionales (Itaipú y Yacyretá) ella no se compadecería de la necesidad de que un tratado de mayor jerarquía en lo espacial (que por cobertura) imponga pautas efectivas sobre la vigencia de los tratados de entes binacionales.

En las circunstancias descritas, podría parecer pertinente que la jerarquía (espacio - temporal) del Tratado de Asunción (TA) influya y configure el proceso emergente en los escenarios investigados y las dimensiones planteadas por los tratados bilaterales.

En ese orden de cosas, en las últimas cumbres de países miembros (fundadores, asociados o incorporados) del MERCOSUR no se ha podido posicionar una lógica mínima para aplicar cláusulas intergubernamentales de mayor valor cualitativo y de cobertura, así como de vigencia en el tiempo, en razón de que el MERCOSUR (estatuido en el tratado de Asunción) actúa como un sistema abierto, con posibilidades de incorporación (vía Anexos) de nuevas dimensiones y plazos. En tanto, los entes bilaterales funcionan como sistemas cerrados (tipo caja negra) cuya eventual apertura o modificación a un régimen de compatibilizaciones podría producir el efecto de una bomba social, política y sobre todo económica.

Los efectos de la globalización no han estado ajenos a este proceso de análisis e intentos, no siempre logrados, de dar una respuesta por la creación de organismos supranacionales que reconozcan esta nueva realidad que sobrepasa a los Estados nacionales y sus soberanías.

Sin embargo, tan importante intento creativo no ha podido progresar en el MERCOSUR y otras zonas geográficas, a causa de los obstáculos interpuestos, precisamente, por aquellas naciones más desarrolladas, que se ven afectados en sus derechos e intereses, o que han visto que tales foros multilaterales sirven como plataforma política para sus reivindicaciones particulares. Ambos extremos han dificultado la creación de un nuevo conjunto de normas que den solución justa ya no a los Estados, sino que a las personas directamente afectadas por las nuevas formas de producción globalizada o aquellas víctimas de la acción de mafias internacionales que hacen uso de tales instrumentos.

El punto de atención, por tanto, no hay que centrar solo en los legítimos intereses del Estado en los procesos de negociación, sino con preferencia en los derechos y garantías de las personas individuales que deben tener un sistema normativo que les proteja y que cuenten con un conjunto de instituciones a las cuales pueda recurrir sin mayores costos, para obtener la solución a sus problemas legales.

En síntesis, en este contexto se vuelve esencial llegar a un denominador común de justicia respecto a la diversidad y pluralidad de principios, identidad, evaluaciones y desarrollos que nacen de la autonomía y de las pluralidades de los sistemas jurídicos.

Construir un escenario macrolegal para el abordamiento de la problemática, nos podría orientar hacia una dinámica que conlleve la actitud “ius naturalista” que implica una postura jurídica que se fundamenta en que: “la función hace la estructura”; nos referimos a la necesidad de que el MERCOSUR asuma una jerarquía supranacional.

En lo que se refiere a conflictos inter-legales y constitución de espacios y oportunidades de solución, la dinámica impuesta por el proceso de integración regional, en el marco de la globalización y, construido con base en la supranacionalidad, requiere para su desenvolvimiento de un marco legal amplio y de un soporte jurídico específico, cuyas fuentes primarias se encuentran en el Derecho de la Integración y en el Derecho Comunitario, con-

formándose en tal sentido un sistema de justicia supranacional con su consiguiente subsistema de solución de controversias.

Es en tal entendimiento que la integración regional (o por tecno-estructuras supranacionales) en su dimensión económica, debe atender la internacionalización de los procesos, tales como los acontecidos en la construcción y configuración de la actual Unión Europea.

El modelo emergente de integración en Latinoamérica, con sus mecanismos de integración, sus antecedentes históricos y sus fortalezas y debilidades debe, finalmente, configurar el paradigma del nuevo escenario de integración MERCOSUR, de manera tal que el orden supranacional no obstaculice, sino que potencie la existencia y evolución de los Entes Binacionales.

Estas orientaciones conforman y configuran el posicionamiento del Orden Binacional y sus Entes, en el marco regulador de los órganos de Integración Regional. Luego, y por efecto de sus propias concepciones y predicamentos, deben los Entes Binacionales reestructurarse en función y en la orientación de la moderna concepción y praxis de la Integración Regional Supranacional.

En el caso específico del sistema (o universo) abordado en este trabajo investigativo, serán los Entes Binacionales de Itaipú y Yacyretá los que influirán y serán influenciados por el Organismo Supranacional MERCOSUR.

Por la revisión crítica de los documentos e informaciones de las cumbres de mandatarios y jefes de Estado del MERCOSUR (ampliado respecto al original TA) realizados recientemente (enero de 2007) se puede colegir que la "voluntad política" de quienes firmaron y ratificaron el TA, no se compadece de la realidad que configura la tensión dialéctica entre los intereses de las naciones integrantes de los Entes Binacionales (Brasil - Paraguay / TEBI) y (Argentina - Paraguay / TEBY) especialmente en cuanto a que existiendo cláusulas concretas que procuran evitar el menoscabo político y económico de los países con menor desarrollo relativo, sin embargo, en la práctica esto no es coherente con la manera de entender y abordar la problemática de la posición disminuida y desplazada de la "toma de decisión", que padece Paraguay en estos entes Binacionales.

Es claro que el debate en proceso supone una realidad indiscutible: porque el reconocimiento del escaso poder económico y político que se confiere a Paraguay en estos escenarios, se debe más a la actitud claudicante y a

la miopía política de nuestros representantes, que a la prepotencia de los "socios mayores" con quienes el Paraguay comparte en forma irreversible estos negocios internacionales.

Aceptar pequeñas regalías (por una nefasta doble indexación de los intereses de la deuda) como un placebo para evitar el tratamiento sistémico del verdadero problema que configura la asimetría en la propia participación técnico-tecnológica, y económico-financiera del Paraguay en el Ente Binacional Itaipú (EBI), hace que nuestro país sea no solo un socio minoritario, sino que contemplativo y permisivo respecto a la defensa irrestricta de los intereses nacionales, la que se debe hacer a través de sus mandatarios y representantes en dicho Ente Binacional. Con el EBY, no es muy diferente, porque aunque a la fecha no se ha aceptado aún una disminución de derechos y beneficios como en el caso del EBI, es más probable que esto sea así, no porque Paraguay tenga una postura más firme, sino porque aún no se ha ofertado una bagatela similar.

En relación a la interacción sistémica de pautas y criterios de política exterior, planteamos; ¿En qué medida el desarrollo de la Política Exterior Paraguaya puede sustentar las necesidades de cambios políticos, económicos, sociales y de seguridad en el micro mundo regional (el de los Entes Binacionales y el de Integración Regional MERCOSUR) y en el macro mundo integral, el de la globalización?

Es la interrogante central que debemos responder.

El desarrollo de la Política Exterior de un país consiste en una selección de intereses nacionales, formulados en forma que constituyan un todo lógico coherente; es decir, como un sistema conceptual. En contrapartida, el deficiente planteo de la misma conduciría a un resultado negativo; pues los intereses nacionales variarán positiva o negativamente según la prudencia o trasgresión con que sus líderes seleccionen sus metas y objetivos.

En este contexto, según la experiencia histórica, la estrategia de la Política Exterior debe ser renovada constantemente debido a que en un sistema de Estados soberanos y Naciones independientes, no existe ningún método permanente y seguro para mantener la compatibilidad entre los intereses vitales de los mismos; por lo que se formula, entonces, la problemática de una exigencia constante de retroalimentación y ajuste de la Política Exterior del Paraguay, en nuestro caso, respecto al marco de la integración regional (MERCOSUR) y del sistema global.

Esta renovación o retroalimentación debe conducir a un equilibrio de sistemas; es decir, el sistema estatal debe interactuar ajustándose al sistema internacional. Y, consecuentemente, para que todo se produzca normalmente, nuestro país debe disponer de una Política Exterior que permita la negociación y acuerdos, aun entre sistemas estatales, cultural o políticamente muy distintos.

Asimismo, es necesario resaltar que el sistema internacional vigente y en evolución es el que nos permite conocer la configuración de las principales fuerzas comprometidas con los problemas de la política mundial contemporánea. En ese espacio global es donde se produce la 'dinámica de cambios subyacentes en la evolución de la estructura social y política, económica o de seguridad y defensa de los países y de los bloques regionales, creando una nueva dimensión a la problemática que configura el proceso (constructor) de escenarios y circunstancias que determinan necesidades, situaciones y perspectivas de la Política Exterior de un país.

Paraguay no es ajeno a tal circunstancia; es más, se encuentra casi en el epicentro de profundas y radicales transformaciones y cambios, los cuales impactan y se enraízan en las modificaciones de la estructura de gobierno intra-nacional, por un lado, y se vigorizan con las nuevas complejidades e interdependencias macro sociales, políticas, económicas y tecnológicas internacionales.

La Política Exterior del Paraguay se orienta a partir de la normativa constitucional (CN: 1992) del Capítulo II - de las Relaciones Internacionales, especialmente en cuanto a los siguientes Artículos:

Art. 141: De los Tratados Internacionales: "Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso y cuyos instrumentos de certificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137".

Nota: El Art. 137 se refiere a la Supremacía de la Constitución.

Art. 143: De las Relaciones Internacionales: "La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes principios:

1) La independencia Nacional: (Implica que en caso alguno se puede renunciar a parte o toda la prerrogativa que establece este principio por el

hecho de entablar una relación internacional, aún en el caso de las severas asimetrías políticas y económicas).

2) La autodeterminación de los pueblos: (No es posible argüir el menor desarrollo relativo para aceptar injerencia económica o política en el desarrollo de las relaciones internacionales - En tal contexto, tanto en el TEBI, como en el TEBY, Paraguay aceptó su entrada a los negocios hidroeléctricos asimilados a deudas subsidiadas por los "socios mayores", lo que devino en tratamientos no equitativos, tanto en lo económico - financiero (por los intereses de la deuda), como en lo político - administrativo (por relegamiento en la participación paritaria en la "toma de decisión" y en el gerenciamiento de los emprendimientos hidroeléctricos)).

3) La igualdad jurídica de los Estados: (En el caso del EBI y del EBY, se plantean asimetrías específicas en la aplicación de las normativas, por lo que la mencionada igualdad jurídica no está garantizada).

4) La solidaridad y cooperación internacional: (En estos casos no pasan de ser una manifestación de buenos deseos).

5) La no intervención: (Que podrá consolidarse solo a través de una renegociación integral de los tratados bilaterales).

Art. 145: Del Orden Jurídico Supranacional: "La República del Paraguay en condiciones de igualdad con otros Estados admite un orden jurídico supranacional que garantiza 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".

En síntesis, los niveles de complejidad de las estructuras de participación que se configuran en estos escenarios binacionales y la Integración Regional, hacen que tanto los entes binacionales, como los organismos de integración regional configuren niveles sistémicos de interacción cuyo tratamiento y abordamiento, así como la evaluación de impactos, no permite otro enfoque más que el de la adecuación tecno-política y sistémica para el tratamiento del diseño, puesta en marcha y gestión de estos entes binacionales.

De no ser así, y aun en estadios investigativos, como este, el solo error de entrada en un proceso de tratamiento conduciría a que por la visión lineal y aditiva de abordamiento se produzcan daños irreparables al tejido socio-económico y político de los sistemas abordados.

Este es un riesgo que no puede pender como una "espada de Damocles" sobre el emprendimiento, ni justificarse en la inoperancia e ineficacia de quienes deben diseñar, implementar y gestionar políticas para el desarrollo de las estructuras y subestructuras propias del mapa intergubernamental y/o supranacional de los Estados.

De este modo, llegaremos a una etapa de mayor profundidad, denominada "integración económica completa", en la que existe un alto consenso entre los especialistas, dándose la condición para la creación de organismos supranacionales, y la unificación de las políticas de todos los Estados Miembros, a lo cual, solo es posible llegar mediante la creación de entidades que tengan a su cargo el proceso de uniformidad mencionado. Siguiendo esta línea, es absolutamente necesario consolidar instituciones y órganos comunitarios, cuyas decisiones sean obligatorias para los países miembros y sus poblaciones. Es de vital importancia que estos órganos sean de carácter autónomo e independiente, ya que tendrán la misión de coordinar y armonizar las políticas unificadas e impedir el predominio de un Estado sobre otros.

Tomando en cuenta que en la actualidad no existe un proceso de integración que se encuentre en la etapa de "integración completa" propiamente tal, es posible plantearse la necesidad de crear organismos supranacionales en los grados intermedios de la integración, es decir, en el mercado común o en los entes binacionales.

Conclusión

Los procesos de integración y la creciente globalización nos conducen al estudio de los Tratados binacionales en el contexto del MERCOSUR. Se vuelve esencial para la consolidación y profundización de dicho proceso, la reformulación del sistema. Construir un escenario macro legal para el abordamiento de la problemática nos podría orientar hacia una dinámica que conlleve la actitud "*ius naturalista*" que implica una postura jurídica que se fundamenta en que: "la función hace la estructura"; nos referimos a la necesidad de que el MERCOSUR asuma una jerarquía supranacional. Es decir, con la atribución de dictar normas obligatorias para los Estados y cuya aplicación sea inmediata y prevalente, producto de una voluntad de ceder grados de soberanía, en el que se tutelen efectivamente los intereses de todos los países involucrados, ya que el modelo emergente de integración en Latinoamérica, con sus mecanismos de integración, sus antecedentes históricos y sus fortalezas y debilidades debe, finalmente, configurar un paradigma de integración

de manera tal que el orden supranacional no obstaculice, sino que potencie la existencia y evolución de los Entes Binacionales.

Bibliografía

Alejandro, Carlos Díaz. Argentina, Australia e Brazil before 1929. In: Platt, D.C.M.; Di Tella, Guido. Argentina, Austrália e Canada. Oxford: The MacMillan Press, 1985.

Anuario estadístico. Santiago de Chile: CEPAL, 2000.

Anuario estatístico do Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2000.

Campbell, Jorge; Rozemberg, Ricardo; Svarzman, Gustavo. Quinze años de integração: muito barulho por muita coisa. In: MERCOSUL: entre a realidade e a utopia. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

Casiburi, Gabriel. Argentina, políticas comerciales e industriales desde la década de 1960. In: NUEVAS políticas comerciales en América Latina y Asia. Santiago de Chile: CEPAL, 1999.

Castro, Antonio Barros de; Souza, Francisco Eduardo Pires de. Dilemas da política de câmbio do plano real.

Di Filippo, Armando; Franco, Rolando. Aspectos sociales de la integración regional. Santiago de Chile, 1999 (Livros de la CEPAL, 48).

Direction of trade statistics yearbook. Washington: IMF, 1993 e 1999.

Dromi, Laura San Martinho. Argentina contemporânea de Perón a Menem. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

Ferrer, Aldo. La economia argentina, las etapas de su desarrollo y problemas actuales. México: Fondo de Cultura Econômica, 1981.

Fraga, Rosendo. Uma visão política do mercosul. In: MERCOSUL: entre a realidade e a utopia. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

Furtado, Celso. A economia latino-americana: formação histórica e problemas contemporâneos. 2.ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1978.

Gonçalves, Reinaldo. Ô abre-alas, a nova inserção do Brasil na economia mundial. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

Grien, Raúl. La integración económica como alternativa inédita para América Latina. México: Fondo de Cultura Econômica, 1994.

Heyman, Daniel. Interdependências y políticas macroeconômicas: reflexiones sobre el Mercosur. Buenos Aires: CEPAL, 1999. mimeo.

_____. Interdependência e políticas macroeconômicas: reflexões sobre o Mercosul. In: MERCOSUL: entre a realidade e a utopia. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

International financial statistics: annuary report. Washington, 2000.

Lavagna, Roberto. Comércio exterior e política comercial no Brasil e na Argentina. Buenos Aires, 1999. mimeo.

LA PERCEPCIÓN SOCIAL Y EL IDEAL DE JUSTICIA

Por Florentín López Cáceres (*)

"Si el hombre fracasa en conciliar la justicia
y la libertad, fracasa en todo".
Albert Camus

De los diversos valores sociales, uno de los más anhelados es la justicia, *–un conocido proverbio árabe señala que solo dos cosas requiere el hombre: "agua y justicia"–*. La sensación de injusticia ha sido causa directa de revoluciones sociales de todo tipo, y ello por siglos, con el estandarte de la Revolución Francesa, hecho que alumbró la concepción de los hombres considerados iguales, cualquiera sea su situación social, con el mismo derecho de acceder a la justicia, superando así siglos de arbitrariedades. Es así que la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano es el comienzo de la idea del ciudadano moderno, cuya justicia no depende de la voluntad arbitraria de un elegido, sino de otro ciudadano, especialmente preparado para actuar con imparcialidad y razonabilidad: *el Juez*.

Sin embargo, aun en nuestros días y en especial en América Latina, la percepción de que nuestros Estados son incapaces de ofrecer a los ciudadanos un sistema judicial que produzca la sensación de justicia ideal es cada día más profunda.

En este orden de ideas hay quienes sostienen que el ideal de justicia es imposible de alcanzar y que el derecho y los sistemas jurídicos se diseñan para obtener una justicia material o procesal, que si bien busca realizar valo-

(*) Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Ex miembro del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Profesor de la Cátedra de Técnica Jurídica de la U.N.A.

res superiores, el valor justicia en sentido teórico es solo uno más de ellos, junto a otros, como la seguridad jurídica, la estabilidad institucional, etc. Por lo anterior, la justicia material o práctica que imparte un Juez, no necesariamente equivale a la justicia ideal o deseada por la sociedad en un caso.

Siguiendo esta opinión, es natural que las personas en sus asuntos particulares y la sociedad en general, sientan siempre un divorcio entre lo justo ideal y lo que es justo para el derecho en un caso concreto. De acuerdo a esta forma de pensar, debe aceptarse algún descontento social con la justicia como algo natural y el derecho debe entonces preocuparse de que dicha sensación de descontento no sea superior a lo esperable, diseñando para ello sistemas de administración judicial trasparentes y procesos rápidos que aseguren que el resultado del proceso sea la justa aplicación de la regla de derecho conocida, aunque no obedezca al ideal de lo justo en sentido abstracto. La escuela francesa clásica de los comentaristas del *Code Civil* (que luego sería despectivamente llamada por sus críticos la escuela de la exégesis) (1), llevó este ideal de justicia material conforme al derecho a su máximo esplendor prohibiendo al Juez apartarse del texto de la ley.

Frente a la opinión anterior, se han levantado muchos pensadores (2) sosteniendo que la idea de una aplicación matemática y material del derecho desviada del ideal de justicia es absurdo. Es entonces, cuando debe recurrirse a otras ciencias y a la sociología para descubrir lo que ha de ser justo tanto en el diseño general de los sistemas, como en el caso concreto, incluso más allá del texto escrito de la ley.

Las anteriores son opiniones que se oponen en extremo desde fines del siglo XIX en la Europa continental.

Por su parte en los sistemas jurídicos anglosajones la querella no se presenta con tal intensidad, pues, por definición, su justicia civil se aplica caso a caso con un amplio margen soberano para el Juez y la justicia penal es

1) Jestaz y Jazmín,"La doctrina", Dalloz 2004, págs. 72-73 señalan sobre el punto: "La exiges jamás tuvo para sí una bandera ni un ideal; ella es cuando más, un punto de partida obligado, pues como procede de otros modos cuando se encuentra en presencia de un texto nuevo (Código Civil Francés), en especial de esa importancia".

2) Puede verse como profunda crítica a la exégesis Bonnecase, "La escuela de la exégesis en Derecho Civil", traducción de Cajica Jr., José, Editorial Cajica, México, 1944, en especial págs. 35 y sgts.

normalmente entregada al sistema de jurados, de manera que el resultado del juicio es entregado a no letrados que representan directamente a la sociedad, garantizando así, al menos en teoría, una identificación entre el resultado del juicio y lo que la sociedad espera de dicho resultado.

En Latinoamérica, como herederos de los sistemas continentales, la discusión en torno a Juez y Justicia es permanente. Así, en especial en los últimos años, con el resurgimiento de los populismos, se aprecia que existe un discurso político sobre justicia y una realidad judicial muy distinta del discurso. En efecto, prácticamente todos los presidentes latinoamericanos prometen una justicia ideal, independiente en su decisión, además de rápida y barata. Luego, en el terreno práctico, queda demostrado que el sistema es escasamente independiente, dotado de pocos recursos y escasa autonomía presupuestaria; los sistemas de selección de jueces y sus remuneraciones no garantizan la selección de los mejores candidatos. Esta realidad subsiste en Latinoamérica desde los tiempos de la independencia (3), sin que exista solución aparente. Es verdad que han existido intentos, como las escuelas judiciales, los consejos de magistratura o incluso tribunales de enjuiciamiento para jueces, pero claramente en su diseño, los poderes Ejecutivo y Legislativo se han negado ha desentenderse del nombramiento de los componentes de estos cuerpos, siendo objeto de negociaciones políticas que hacen muy difícil el ideal de independencia.

De esta forma, la sociedad civil percibe a la justicia como servil a los poderes de turno, con insuficiente voluntad de solucionar rápido los litigios pendientes, pues persiste además una llamativa ignorancia en torno a las dificultades que importa administrar justicia, pues el Juez requiere de permanente estudio, bastante tiempo de reflexión y preparación en áreas muy diversas para poder enfrentar la solución de conflictos de variada índole.

En Latinoamérica el ejemplo más claro de la diferencia entre un ideal y la práctica son, sin duda, los sistemas de protección a los derechos humanos. La lectura de los documentos estatales, Constituciones Políticas, y Supraestatales, Tratados Internacionales, sobre ellos es fascinante y los organismos de gobiernos y no gubernamentales encargados de su defensa, están cada vez más dotados de facultades y recursos. Sin embargo, el ideal de aquellos derechos está en la realidad lejos de ser cumplido aun en sus extremos más elementales, tal como lo demuestra las masivas reuniones ciudadanas reclaman-

3) Andrés Bello sostenía en el año 1830 la necesidad de garantizar la “Intendencia de los jueces”.

do por una justicia "justa", que se han visto en la vecina Argentina y nuestro país.

Resulta, entonces, que la percepción social de justicia está lejos del ideal, pero también y es esto lo más grave lejos de considerar al menos que se hace una justicia práctica eficiente y rápida. En otros términos la sociedad no solo percibe, seguramente sin entenderlo, el dilema filosófico del ideal de justicia, y derecho –que ha existido siempre y resulta ser un problema de cátedra más que de reclamo social– sino que percibe también la falta de realización práctica de justicia, cuando las decisiones que la sociedad espera frente a determinadas conductas de los sujetos, como el ejemplar castigo a un ladrón, no reciben la respuesta esperada por parte de los Jueces. Los magistrados, a su vez, reclaman por una legislación que les impide responder como los ciudadanos quieren, *–caso del Ycuá Bolaños–* respondiendo la sociedad en forma violenta al no obtener lo considerado justo.

El problema de la percepción de una "injusticia práctica" se ha agravado en los últimos años, al surgir conflictos nuevos sometidos a la decisión de la justicia, tales como los problemas ambientales, procesos de alto impacto económico, el surgimiento de un derecho civil que procura reparar todos los daños posibles, sometiendo al Estado a la carga constante de indemnizar por sus errores, etc. (4). Todos estos conflictos, como señala algún autor (5), hasta hace algunos años quedaban fuera del ámbito de la justicia, solucionándose a nivel político. Por el contrario, en nuestros días los jueces terminan decidiendo gran parte de las cuestiones sociales en sus estrados, la realización o no de un proyecto de impacto ambiental, los efectos de un cambio del valor del dólar, la circulación o no de un tipo de trasporte público, incluso hasta la nominación de un Presidente, como en el caso del actual presidente Bush en su primer mandato, etc.

La sociedad percibe entonces el poder de los jueces de manera más directa y general y no como antaño, en que solo percibía a estos cuando tenía

4) El surgimiento del intervencionismo judicial tiene múltiples causas, imposibles de reseñar en estas breves líneas, pero sin dudas que el rol de regla constitucional que manda ante todo la protección de los derechos individuales y somete al Estado a una legalidad estricta ha llevado a que las personas sometan toda decisión de la autoridad política a la opinión del Juez. En resumen se trata de uno de los tantos aspectos de la llamada "Constitucionalización del Derecho".

5) Guarnieri y Pederzoli, "Los jueces y la Política", Taurus, España 1999, en especial, pág. 129.

un problema particular. Por lo mismo el descontento general frente a la justicia material ha aumentado llamativamente en los últimos años.

A modo de conclusión cabe advertir, entonces, que resulta urgente una reformulación de los sistemas judiciales, en especial los latinoamericanos. Cabe reclamar de la autoridad política toda la voluntad en este sentido y los recursos que sean necesarios, pero vale decirlo, cabe también reclamar de los jueces conciencia clara de su nuevo rol en la sociedad y compromiso sincero, sino con el ideal de justicia en sentido teórico, al menos con la ejecución rápida y honesta de una justicia material que responda a las necesidades sociales, aun sacrificando el bien amado texto de la ley y los intereses del poder de turno. De lo contrario, el reclamo popular seguirá aumentando y justificará el surgimiento de la justicia por propia mano, contribuyendo en parte al resurgimiento de liderazgos políticos populistas que nada bien han hecho a nuestras naciones en el pasado.

SOCIEDAD Y CULTURA URBANA. CONVIVENCIA CIUDADANA EN PLAZAS Y PARQUES DE ASUNCIÓN

Por Marta Canese (*)

Resumen

La cátedra de Sociología Urbana de la carrera de Ciencias Sociales, con el propósito de mejorar la competencia investigadora de los futuros egresados, ha desarrollado una investigación de campo en cinco espacios urbanos públicos de Asunción: las plazas Infante Rivarola, De las Américas, Uruguaya, De la Libertad, y el parque Carlos Antonio López, durante los años lectivos 2006 y 2007. El objetivo principal del trabajo fue investigar las relaciones sociales y la actividad humana en dichos espacios públicos urbanos. Se verifica en este estudio que las plazas de Asunción, objeto de este estudio, constituyen espacios alternativos para los sectores excluidos, generando un impacto socio-ambiental perjudicial al desarrollo de las funciones sociales y recreativas propias de estos espacios públicos. La participación de organizaciones de la sociedad civil marca una diferencia significativa que posibilita la apropiación colectiva ciudadana y la convivencia en estos espacios públicos urbanos, contribuyendo a mejorar su calidad ambiental y a resolver los conflictos que se generan.

1. Introducción

La ciudad es uno de los fenómenos más significativos de la civilización humana, origen de la problemática ambiental en el que se generan las formas de vida humana que impactan al planeta en su totalidad. En el Paraguay, la

(*) Cátedra de Sociología Urbana, Escuela de Ciencias Sociales y Políticas, Facultad de Derecho, UNA.

vida ciudadana es un fenómeno muy dinámico y reciente, si consideramos que cuenta con menos de cinco siglos, del que todavía tenemos mucho que descubrir y aprender. En efecto, la ciudad constituye hoy en día el hogar colectivo de aproximadamente el 75% de la población mundial, y del 50% de los paraguayos. En ella se desarrolla un proyecto de vida comunitario, que debe proveer a sus integrantes de una amplia y compleja gama de oportunidades y servicios, desde los básicos hasta los más elevados: *"La ciudad debe garantizar, en los planos material y espiritual, la libertad individual y el beneficio de la acción colectiva"* (Le Corbusier, 2000).

La Cátedra de Sociología Urbana de la carrera de Ciencias Sociales tiene por objetivo el estudio de la compleja red de relaciones sociales que conforman la vida ciudadana, su relación con el desarrollo de la cultura, la economía, la política y el medio ambiente. Se pretende, desde la actividad académica, conocer y aplicar los diversos métodos de investigación social al estudio multidimensional de la realidad social urbana, reflexionando sobre la misión y la función del profesional de las ciencias sociales, en el fortalecimiento de una gestión ciudadana crítica, responsable y comprometida. En este marco, durante los años 2006 y 2007, la cátedra ha desarrollado el proyecto de investigación denominado "Sociedad y Cultura Urbana. Convivencia ciudadana en plazas y parques de Asunción", con un enfoque crítico multidimensional entendiendo que: *"La ciudad constituye un foco de creación de formas de vida, de los diversos sub-grupos que la habitan. Esta creación cultural se hace patente en la calle, en las plazas, en la vida cotidiana y en las respuestas que las personas dan al reto diario de vivir"* (Maria Novo - Catedra UNESCO de Educación Ambiental).

2. La plaza, espacio emblemático de las ciudades iberoamericanas

La plaza ha sido el centro de la vida ciudadana y el espacio urbano emblemático en las ciudades iberoamericanas, desde su fundación. Nuestros municipios tuvieron una planificación estructural desde su inicio, cuyo centro era la plaza, diseño común a todas las colonias españolas. En efecto, la corona dictaminaba las normas que se anticipaban a las fundaciones, codificando en términos precisos las alternativas que el fundador podía adoptar. Estas normas imprimieron en todas las ciudades iberoamericanas un patrón común, si bien es cierto también que en muchos casos el fundador tenía que recurrir a su propia experiencia o creatividad al tener que enfrentar un territorio agreste y desconocido. Citamos aquí algunas instrucciones de Fernando V, del año 1513:

La plaza grande, mirando al crecimiento de la población, los solares se sortearán y se acomodarán en ellos a los pobladores ... En la costa del mar sea el sitio levantado sano y fuerte, teniendo en consideración el abrigo, fondo y defensa del puerto; en estas y demás poblaciones de tierra adentro, elijan el sitio sin perjuicio de los indios y naturales o con su libre consentimiento y cuando hagan la planta del lugar repártanlo por su plaza, calles y solares a cordel y regla, comenzando desde la plaza mayor y sacando desde ella las calles a las puertas y caminos principales y dejando tanto compás abierto que aunque la población vaya en gran crecimiento se pueda proseguir y dilatar en la misma forma (CECI, 1979).

La plaza amplia ocupa el centro de la ciudad, ubicando la iglesia y los principales edificios cívicos en su entorno, y de ella parten rectas sus calles conformando manzanas cuadradas de una hectárea aproximadamente cada una. Este es el diseño que predomina todavía en los cascos antiguos de nuestras ciudades, sobre todo en los pueblos que no han sufrido grandes cambios. Desde entonces, la plaza se ha constituido en el espacio emblemático principal de la vida ciudadana. Casi todas ciudades iberoamericanas contaban con una "Plaza de Armas", centro de la vida política, escenario de desfiles militares, fiestas patronales y actividades sociales cotidianas, y circundándola iba desarrollándose la ciudad en forma gradual. Los edificios más importantes gubernativos, administrativos, religiosos y comerciales se ubicaban frente a la Plaza, efectuándose en su entorno todas las principales actividades comunitarias.

2.1. Funciones de plazas y parques en la vida ciudadana

Le Corbusier, uno de los grandes pensadores de la arquitectura y el urbanismo del siglo XX, destacaba la importancia de las plazas y los parques urbanos, y planteaba ya a mediados de siglo una dura crítica a la carencia de plazas en las ciudades contemporáneas: *Las superficies libres son, en general, insuficientes. Cuando las superficies libres tienen suficiente extensión, a menudo están mal distribuidas y resultan por ello poco útiles para la masa de los habitantes. La ubicación periférica de las superficies libres no se presta al mejoramiento de las condiciones de habitabilidad en las zonas urbanas congestionadas* (Le Corbusier, 2000).

Genéricamente, se denomina "espacio verde abierto o público" al espacio del tejido urbano cubierto preferentemente por vegetación, de uso y dominio público. En esta denominación se encuentran las plazas, parques, paseos centrales de avenidas, etc. Todos estos espacios públicos revisten espe-

cial interés porque, además de la función oxigenadora del ambiente, cumplen el rol de espacios abiertos a la convivencia con la naturaleza y con los conciudadanos, de apropiación colectiva. Son accesibles a toda la población, sin barreras sociales ni económicas, religiosas, políticas o de cualquier otra índole.

La ciudad de Asunción cuenta también, como la mayoría de las ciudades, con numerosos "espacios verdes cerrados", exclusivos y excluyentes, a los que se accede en base al cumplimiento de determinados requisitos: pago de cuotas, pertenencia a grupos definidos, etc. No son menos importantes, dado que complementan la actividad recreativa, social, cultural o deportiva de importantes sectores de la comunidad, los cuales mantienen estos espacios sin ocasionar gastos a la Municipalidad local y disminuyen la presión social sobre los espacios abiertos. Pero en definitiva son los espacios verdes públicos los que definen la calidad ambiental de una ciudad, favoreciendo la convivencia social abierta y pluralista para todos sus habitantes.

3. Vivir la ciudad

Para iniciar la consideración de los espacios públicos urbanos, se analizaron dos modelos teóricos fundamentales del urbanismo contemporáneo: el Racionalista Suburbano y el Funcionalista propiamente urbano. El Modelo Racionalista Suburbano propone conjuntos de viviendas del tipo residencial segregado, en los que la vida social se reduce al interior de viviendas y jardines privados. Se origina en el urbanismo anglosajón, y llega a América Latina como modelo importado de los Estados Unidos. Se define por la negación de las características de la ciudad pública, promoviendo el individualismo y la promoción de formas de relacionamiento cerradas y exclusivas para cada sector social. Son elementos de este modelo los condominios y barrios cerrados, así como la segregación de barrios periféricos.

El Modelo Funcionalista Urbano, en cambio, se fundamenta en la promoción de la vida ciudadana abierta y sin exclusiones, con abundancia de espacios públicos accesibles a todos sus habitantes. Presupone un tipo de sociedad urbana mínimamente cohesionada y con voluntad de querer "vivir la ciudad". Implica la superposición de la ciudad histórica, los ensanches y la actualización de su infraestructura, creando espacios urbanísticos calificados mediante un marco físico claro y, al mismo tiempo, lleno de estímulos visuales. Se adapta a lo que escribió el filósofo Ortega y Gasset: "*Se edifica la casa para estar en ella y se funda la ciudad para salir de casa y reunirse con otros que también han salido de su casa"* (Ortega y Gasset, 2006).

Asunción se enmarca actualmente en el Modelo Racionalista Suburbano, en el que prima la vida doméstica antes que la vida urbana, es decir, de puertas para adentro. Esto se debería a la falta de políticas para crear una ciudad cómoda y segura para el ciudadano, para que este pueda "querer vivir" la ciudad. La creación de vida urbana reclama y exige una combinación de tipos y clases: de edificios, de usos y de personas. Así, se consiguen entornos complejos (verdaderos escenarios urbanos), capaces de atraer ciudadanos al espacio público que es el único agente vehiculador de acceso a cualquier unidad. Para conseguir esto se requieren determinados ingredientes, entre los cuáles hay componentes formales, como la escala humana en el diseño urbanístico, pero también sociológicos.

A todo esto se agrega un problema grave que es el de la ocupación ilegítima de las áreas destinadas a espacios verdes públicos, para fines particulares. Asunción cuenta actualmente con apenas unas 50 plazas, pero existen 118 terrenos que fueron destinados originariamente para plazas, y actualmente están ocupados en funciones excluyentes: seccionales políticas, clubes privados, viviendas particulares, comercios, etc. Existe una tendencia negativa de legitimar las ocupaciones de plazas sin compensación, con la excusa de que se trata de "fines sociales", cuando que el fin social prioritario de dichos espacios es servir de espacio de convivencia y recreación para toda la ciudadanía.

4. La investigación en plazas y parques de Asunción

Con propósito académico, y a fin de promover la competencia investigadora de los estudiantes de la carrera de Ciencias Sociales, la cátedra de Sociología Urbana ha desarrollado una investigación de campo en cinco espacios urbanos públicos de Asunción: las plazas Infante Rivarola, De las Américas, Uruguaya, el parque Carlos Antonio López, y la Plaza de la Libertad, durante los años lectivos 2006 y 2007. El objetivo principal del trabajo fue investigar las relaciones de convivencia social, la actividad humana y su relación con las diversas manifestaciones culturales en dichos espacios. Para ello, cada grupo de estudiantes ha realizado en primer lugar, una investigación teórica bibliográfica y documental, mediante la lectura y el análisis de libros, artículos y documentos sobre el tema. Cada equipo de trabajo elaboró su propio proyecto de investigación, en coordinación con el conjunto de los grupos que trabajaron el proyecto.

Se recabaron los antecedentes socio-históricos y culturales de cada espacio, su evolución y las investigaciones anteriormente desarrolladas sobre

el tema. El marco teórico que fundamenta la investigación fue objeto de reflexión crítica y discusión por los estudiantes, delineándose los criterios que habrían de orientar el trabajo. Posteriormente, cada grupo visitó el espacio público correspondiente, realizando observaciones, registro de datos relevantes y tomando fotografías. Estas observaciones sirvieron de base para el diseño de los procedimientos y los instrumentos de investigación que fueron aplicados. Con los datos recolectados, procedieron a elaborar las conclusiones y recomendaciones pertinentes. Presentamos aquí apenas un resumen de los trabajos desarrollados.

4.1. Plaza Infante Rivarola: el "shopping popular"

Esta plaza ha sido identificada por el grupo como "shopping popular", por encontrarse enfrentado a los dos principales centros comerciales de la ciudad, y por la actividad comercial informal desplegada en la misma. El trabajo desarrollado, de carácter descriptivo, recabó datos por medio de observaciones y entrevistas a las personas presentes en la plaza, que en su mayoría eran vendedores ambulantes o establecidos en la misma, y su clientela. Como resultado del mismo, el grupo elaboró algunas conclusiones:

"Si estas personas tuviesen oportunidad de insertarse al mercado laboral formal, no estarían trabajando en la venta callejera. Como es obvio, pasan todo el día en un ambiente inapropiado, insalubre muchas veces, sin contar con ninguna condición básica. Para citar solo uno de los graves problemas que todos mencionan, no tienen baños en el lugar. Y no pueden acceder a los sanitarios de los shoppings de los alrededores, porque los guardias de seguridad les niegan el acceso. Hasta este punto llega su marginación"(Grupo 1) (1).

Dado que muchas personas almuerzan o desayunan en esta plaza, si no existiera esta alternativa, las personas que trabajan en la zona no tendrían donde ir a comer, porque los precios en el *shopping* son muy elevados. Las ganancias de los vendedores oscilan desde 30.000 G hasta 1.500.000 Gs diarios, según el tipo de actividad, cumpliendo la plaza la función de "incubadora de empresas" y generadora alternativa de puestos de trabajo. La lucha contra la exclusión social se manifiesta en esta plaza con características contradictorias, abriendo oportunidades para unos, y perjudicando el acceso de

(1) Grupo 1: Ernestina Chaves Fiorio, Misui Patrizia Kurita Oyamada, Raquel Alejandra Rojas Scheffer. Año 2006.

muchos ciudadanos que no encuentran en ella un ambiente amigable y seguro para la recreación o la convivencia ciudadana.

4.2. Plaza Uruguaya: espacio público y comercio alternativo

Se trata de una plaza tradicional, también con una gran actividad comercial alternativa. La investigación en esta plaza tuvo un enfoque cualitativo, utilizando los estudiantes procedimientos de observación y entrevista a informantes calificados. Como resultado, el grupo encontró que la plaza constituye también un espacio de inclusión laboral alternativa, dado que la gran mayoría de las personas que trabajan en la plaza Uruguaya tienen sus viviendas en barrios de la periferia de Asunción cercanos a la misma: Chacarita, Pelopincho, etc, hombres y mujeres cuyas familias dependen del comercio informal con un ingreso de aproximadamente 20.000 guaraníes por día, y con un promedio de 5 hijos por familia.

En cuanto al comercio sexual, también tradicional en esta plaza, el grupo investigó cuidadosamente y a cierta distancia a través de entrevistas a profesionales de una ONG que asiste a las prostitutas. Uno de los testimonios recogidos relata lo siguiente:

"Son aproximadamente 8 mujeres, entre ellas 1 menor y dos embarazadas. Estas mujeres tienen una mínima educación formal. Es importante rescatar que ellas son conscientes de que es necesario el uso de preservativos, pero, generalmente son sus clientes quienes no quieren usarlo y es por eso que muchas veces, y por la necesidad en que se encuentran, se ven obligadas a omitir el uso del mismo (2).

El comercio sexual en la Plaza Uruguaya data de los tiempos en que la Estación del Tren era muy concurrida, con altibajos en su movimiento. También están presentes en la Plaza Uruguaya la mendicidad y el trabajo infantil, con la presencia de varios lustrabotas menores de edad y la venta de comidas. Se encuentran instaladas en la plaza varias librerías, cuya presencia ha sido positiva según los entrevistados por haber mejorado la seguridad en la zona.

4.3. Plaza de las Américas: centro de práctica del skateboarding

La investigación en esta plaza tuvo un enfoque cualitativo, procediendo los integrantes del equipo a recabar datos mediante observaciones y entre-

(2) Grupo 2: Sandra Flecha y María Román. Año 2006.

vistas, además del análisis de artículos periodísticos y otros documentos. Así, descubrieron que la plaza fue hace una década el principal centro para la práctica del *skateboarding:*

"El uso de la plaza como centro para la práctica del skateboarding marcó apoderamiento de este espacio como escenario para el desarrollo de un estilo y una cultura urbana juvenil, común en muchas ciudades del mundo y de Latinoamérica. Lamentablemente, este proceso no tuvo el apoyo suficiente para afianzarse" (Grupo 3) (3).

La plaza es poco concurrida, incluso por los vendedores ambulantes, probablemente por su ubicación en una zona de intenso tránsito vehicular. Como reflexión final, el grupo consideró que esta plaza, como tantas otras de Asunción, debería invitar al esparcimiento, pero sin embargo denota abandono y poca atención por parte de las autoridades municipales: *"Actualmente predominan en ella la inseguridad y la falta de mantenimiento. Están ausentes la apropiación y la identificación del usuario".*

4.4. Parque Carlos Antonio López: un espacio urbano vital

El Parque Carlos Antonio López fue caracterizado por el grupo de investigación como un espacio urbano vital que permite el contacto con la naturaleza, la recreación y la interacción social de las personas: *"Recibe a miles de ciudadanos de todas las edades y condiciones, que encuentran en él un momento de distensión después de una ardua tarea cotidiana"* (Grupo 4)(4). La investigación tuvo un carácter mixto cuali-cuantitativo, con observaciones, entrevistas y aplicación de un cuestionario a los usuarios del parque.

Como resultado de la investigación, se identificó un elemento que marca la diferencia con respecto a los demás espacios públicos estudiados: la participación de la ciudadanía: *"Cuenta con diversas organizaciones vecinales que colaboran con su cuidado y protección, promoviendo un empoderamiento ciudadano sustentable y un buen nivel de convivencia social en el mismo"* (Grupo 4). El cuidado diario que le proporcionan las organizaciones de la sociedad civil presentes en el parque mejora notablemente la convivencia ciudadana, la seguridad, la calidad ambiental, el control de su mantenimiento y otros aspectos que hacen que este parque cumpla con sus funciones

(3) Grupo 3: Fiorella M. da Silva, Caren Kremer Campos. Año 2006.

(4) Grupo 4: Carlos Alvarenga, Elva Figueredo, Myriam Riquelme. Año 2006.

de espacio público recreativo y de relacionamiento social y ambiental. Es precisamente esta red de organizaciones la que contribuye a crear el ambiente propicio a la convivencia, resolviendo los conflictos y evitando distorsiones en su uso y manejo. La presencia de vendedores ambulantes en el parque es mínima, en tanto que la afluencia de personas que lo utilizan para actividades recreativas, deportivas y sociales es constante.

4.6. Plaza de la Libertad

Esta plaza forma parte del conjunto de cuatro plazas principales del centro de Asunción, que llevan como nombre distintos ideales patrióticos: Plaza de la Democracia, Plaza de los Héroes, Plaza de la Independencia y Plaza de la Libertad. La investigación bibliográfica y documental arrojó importantes datos sobre la historia y evolución de la plaza, que formaba parte del otrora famoso Mercado Guazú, desalojado en la década de 1940. Estos argumentos permiten afirmar que la plaza ha nacido del mercado, aunque actualmente muchos piensen que la presencia de tantos vendedores ambulantes ha convertido a la plaza en un mercado. Mercado-plaza, o Plaza-mercado, la actividad comercial informal continúa siendo una constante en las cuatro plazas céntricas de Asunción.

La investigación tuvo un enfoque cuantitativo, utilizando como instrumento una encuesta a los vendedores y otras personas presentes o transeúntes. La actividad comercial en ella es intensa, por la presencia permanente de lustrabotas, artesanos, vendedores de comida, de yuyos para el tereré y otros rubros. El escaso control y apoyo de la Municipalidad es reclamada por casi todos los encuestados, que se lamentan del poco cuidado ambiental existente en la plaza.

5. Conclusiones

Las plazas y parques de Asunción, objeto de estudio del proyecto *Sociedad y Cultura Urbana*, contiene características diversas en cuanto al estilo de convivencia social y actividades desarrolladas en ellas por las personas. Se verifica en este estudio que las plazas de Asunción constituyen espacios alternativos para los sectores excluidos, que encuentran en ellos la posibilidad de trabajar informalmente como vendedores o iniciar una microempresa. La tendencia al comercio en la plaza o la plaza-mercado, tiene profundas raíces históricas y se basa en hábitos y costumbres culturalmente muy arraigados en la población paraguaya. Los vendedores, en la mayoría de los casos, provenientes de la periferia de Asunción y ciudades circunvecinas, no cuen-

tan con los servicios indispensables ni con el apoyo de la gestión municipal, generándose en consecuencia un impacto ambiental negativo, perjudicial al desarrollo de las funciones sociales y recreativas de estos espacios públicos.

El Parque Carlos Antonio López presenta una diferencia notable respecto a los demás espacios estudiados. La participación cívica genera un ambiente propicio a la convivencia ciudadana, con la presencia de diversas organizaciones de la sociedad civil que se ocupan de su cuidado y mantenimiento. Se demuestra con esto que el rol del ciudadano es determinante para posibilitar la apropiación colectiva de los espacios públicos urbanos, afirmándose en su real protagonismo como productor y usuario comprometido con su ciudad.

La gran pregunta que nos hacemos al concluir esta investigación, en la era de la aldea global y la sociedad de consumo, es si aún seguirán vigentes, en el transcurso de este tercer milenio, las plazas como espacio emblemático ciudadano de convivencia social, ante la competencia de los Shopping Center, el Internet y otras opciones de encuentro interpersonal y relacionamiento social, la supervivencia de la plaza como espacio colectivo referencial de convivencia y recreación en nuestras ciudades Dejamos esta interrogante a las próximas investigaciones de generaciones futuras.

Bibliografía

Améndola, G. *La ciudad postmoderna*. Celeste Ediciones. España, 2000.

Canese, M. *Ciudad Ciudadana*. Asunción, 2006.

CECI – *Urbanismo Español en América*. Exposición itinerante. España, 1979.

García, A. *Pedagogía de los espacios: una interpretación espacial de los fenómenos y problemas socioeducativos*. Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2002.

Le Corbusier. La Carta de Atenas - *Principios de Urbanismo*, Editorial Planeta – Agostini. Argentina, 2000.

Lison, J.C.. *Espacio y cultura*. España. Coloquio, 1993.

Morin, Edgar. *Sociología*. Editorial Tecnos. España, 1995.

Novo, María. *Ciudad y ambiente: una visión social y educativa*. Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2002.

Ortega y Gasset. *Obras completas*. http://www.e-torredebabel.com/ortegaygasset. Acceso 10/8/2006.

Renger, J.R. *Ensayo Histórico de la Revolución del Paraguay*. Biblioteca Virtual del Paraguay, www.bvp.org.py. Acceso 10/05/2007.

PRESUPUESTOS BÁSICOS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA SENTENCIA

Por Delio Vera Navarro (*)

La sentencia. Concepto

La sentencia es el acto de voluntad razonado del tribunal de juicio, emitido luego del debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas ofrecidas con la presencia continua de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchado los alegatos de estos últimos resuelve imparcial, motivadamente y en forma sobre el fundamento de la acusación y las demás cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo al acusado.

Ella deberá decidir objetivamente y en forma argumentada acerca de la regularidad y fundamento de la acusación, y su posible negación (total o parcial, descargo, aclaraciones, circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad penal) planteada por el acusado. Pero sólo la admitirá como verdadera, y por ende la sentencia será de condena, cuando pueda inducir la culpabilidad del acusado de concordantes pruebas de cargo aportadas al debate por los órganos de persecución penal (en el marco de objetividad en el que deben cumplir sus funciones) o por la querella adhesiva o autónoma, y que por no haber sido enervadas por las de descargo eventualmente ofrecidas por el imputado y su defensor técnico, llevan a los jueces que la dictan en la convicción sobre que la acusación es verdadera, luego de considerar y dar respuesta a las argumentaciones de todos ellos sobre su fuerza conviccional. Si las pruebas no permitieran llegar a esa convicción, la sentencia será absolutoria.

(*) Profesor Asistente de Derecho de la Integración, Filial Coronel Oviedo.

Deliberación

Deliberar es "*considerar atenta y detenidamente los pro y los contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos*". Con este fin, cerrado que fuera el debate, los integrantes del tribunal pasarán de inmediato a deliberar, en secreto, a un lugar contiguo a la sala de audiencias, debiendo hacerlo sin interrupciones hasta tener redactada la sentencia, que debe luego leerse íntegramente en aquella sala.

Caracteres

La deliberación debe ser continua, sin interrupciones. Ella no puede suspenderse ni interrumpirse, salvo causas de fuerza mayor, caso en la que la suspensión no podrá exceder el término de tres días. No se admite solución de continuidad alguna entre el último acto del debate, la deliberación y el dictado de la sentencia, procurando evitar que el tiempo que pudiera de otro de modo correr entre la recepción de las pruebas, los alegatos de las partes y la deliberación de los jueces, favorezca en éstos algún olvido, desdibuje impresiones, circunstancias captadas o esfume el recuerdo de elementos de convicción o argumentaciones sobre aspectos fácticos o jurídicos planteados por el fiscal y la defensa técnica en el caso concreto.

La deliberación es secreta, se establece para garantizar la más libre expresión de las ideas, impresiones, argumentos, diálogos y comentarios de los jueces, sobre el sentido, incluso disidente, de sus votos sobre las cuestiones que se plantean y la decisión final que propugnen. También tiende a facilitar la tarea de persuasión que uno puede intentar realizar sobre los otros, a fin de hacerles adoptar su propio punto de vista, o consensuar posiciones, para evitar suspicacias, se impone "*erga omnes*" salvo el secretario.

Cuestiones a resolver

Las cuestiones objeto del juicio sobre las que se manda deliberar al tribunal antes de resolverlas, son las incidentales que hubieran sido diferidas: las relativas a la existencia del hecho delictuoso, con la discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes; la participación del imputado; la calificación legal; la sanción aplicable, la restitución o indemnización demandada y las costas.

Estas cuestiones deben haber sido propuestas o planteadas por la acusación y la defensa material, en las oportunidades establecidas por la ley. Pueden ser cuestiones relacionadas con la validez del procedimiento en el total, o en algunos de sus actos esenciales, con la legalidad de los elementos probatorios incorporados al debate, con la omisión de producción de prueba necesaria o de su incorporación al debate, o con cargo o defensa material propios del derecho de fondo. Todas ellas, por haber sido planteadas, deberán ser tratadas y resueltas en la deliberación, con reflejo en le parte resolutiva de la sentencia.

Autoplanteamiento de las cuestiones manifestadas

La mecánica legal de la deliberación exige que el tribunal de sentencia se autointerrogue sobre la existencia del hecho acusado, la participación del imputado, la calificación legal y la sanción que correspondiere, y responde motivademente, en lo fáctico y en lo jurídico, cada una de esas cuestiones, por sí o por no, mediante el voto, al menos, de la mayoría de sus integrantes. Los jueces votarán sobre cada una de ellas, cualquiera que fuere el sentido de sus votos. El principio de la decisión por mayoría se rompe cuando en la votación sobre las sanciones que correspondan, se emitieren más de dos opiniones.

Cada respuesta positiva configurará una conclusión sobre la cuestión planteada, lo que dará paso al siguiente interrogante de los precedentemente reseñados, hasta responder a todos, donde allí quedará elaborada la sentencia la que, como consecuencia de estas operaciones intelectuales, resolverá condenar o absolver, imponiendo pena o medida, invocando la ley a ser aplicada expresamente.

Reglas

En la deliberación, se deben respetar ciertas reglas referidas a las pruebas sobre la que esta debe versar, previéndose el sistema a que debe ajustarse su valoración y los efectos de la duda sobre cuestiones de hecho relacionadas con los extremos de la imputación delictiva.

Fuente probatoria

La liberación de le sentencia solo puede basarse en los elementos de convicción recibidos por los mismos jueces que deban dictarla, durante el debate, en presencia continua del fiscal, del imputado y de las otras partes

con control de las respectivas defensas y a la luz pública. Tales pruebas son las únicas capaces de dar sustento jurídico a la sentencia, con la sola excepción de algunas recibidas durante le investigación preparatoria con resguardo del contradictorio (actos irreproductibles e definitivos), o sin él, pero utilizables sólo por razones de emergencia no previsibles (declaración del testigo que fallece antes del juicio), que deben ser incorporados igualmente por su lectura

Valoración de la prueba

Esta prueba será valorada según el método de la sana crítica racional, que tiene una doble función en esta oportunidad. Por un lado, imponer a los tribunales un criterio límite para asignar eficacia condicional a los elementos de juicio que fundaren la sentencia, proporcionando a la vez una guía para la construcción de su motivación; y por el otro, sirve de herramienta de control de la racionalidad concreta de las conclusiones de aquella a los fines del ejercicio del derecho de recurrirla. La sana crítica racional establece la libertad de convencimiento de los jueces, pero exige a estos que las conclusiones a que lleguen sean el fruto razonado de las pruebas en que se las apoye (y pueden mostrarse y explicarse como tal). Esa libertad acordada a los jueces del juicio incluye las facultades, primero de seleccionar y descartar, y después, de conceder o restar mayor o menor eficacia condicional de las pruebas en que fundan la sentencia. Pero esta no puede ser ni una atribución de ejercicio arbitrario, ni un pretexto o mecanismo para resolver de acuerdo a su intima convicción, voluntarismo o favoritismo.

Duda sobre cuestiones de hecho

Se establece expresamente que si en la deliberación se plantearan dudas sobre cuestiones de hecho, se estará a los más favorable al imputado, lo que nos ha permitido señalar que para poder dictar una sentencia de condena se requiere que el tribunal logre obtener de la prueba reunida en el juicio la convicción (certeza) de la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable. Tal convicción solo podrá (y deberá) ser inducida por datos probatorios objetivos, nunca deducida de presunciones que se pretendan inferir de la negativa expresa del imputado a colaborar con el proceso, de su silencio, de explicaciones insuficientes o mentirosas, o de otras situaciones similar. Aquella creencia será apta para condenar cuando se asiente en pruebas de cargo recibidas en el debate, que por indicarla indefectiblemente, permitan explicarla racionalmente, con argumentos que sean comprensibles por las partes y la sociedad y contrastables en su posible acierto o error si bien es

posible (en realidades lo mas frecuente) que la verdad sobre la culpa sea aprehendida por los jueces mediante su intuición, se exige en todo caso que logren explicar, argumentando sobre las pruebas aportadas por las partes, como llegaron a ella a través de la razón. Es decir que se requiere no solo convicción justificada con pruebas sino también, convicción sensatamente motivada, de modo que haga posible el "control externo" sobre su acierto o error por las partes y el público.

Para condenar, entonces, será necesario que la acusación haya sido confirmada por un conjunto de pruebas de cargo concordantes con ella, no desvirtuada por ninguna prueba de descargo, y que, además, descarten la posibilidad de alguna conclusión diferente. De todo lo expuesto se sigue que, en caso de incertidumbre, el acusado deberá ser absuelto, pues en el momento del dictado de la sentencia impera en su máxima expresión el principio "*in dubio pro reo*" (máxima que es, en realidad, la "otra cara" del principio de inocencia, Art. 17, inc. 1, CN), atrapando a la totalidad de las hipótesis posibles de duda, entendidas como estados intelectuales excluyentes de certeza (no solo la duda en sentido estricto, sino también a la probabilidad sobre la responsabilidad penal del acusado). Por ello, con acierto es propuesto que la parte dispositiva de la sentencia absolutoria sea pura y simple. La Corte Suprema de Justicia deberá expresar su postura en los siguientes términos: "Las sentencias en causas criminales deben fundarse en pruebas concluyentes que den certeza absoluta de la existencia del delito (extremo objetivo) y la identidad del delincuente" (extremos subjetivo).

Redacción de la sentencia

El hecho: la sentencia debe, básicamente, consignar el hecho que fuera objeto de la acusación (y eventualmente, de su ampliación), y la determinación circunstanciada de la que se haya acreditado en el debate. El hecho es la conducta humana sustancial, que debe ser descripta objetiva y subjetivamente; las circunstancias son sus accidentes del lugar, tiempo y modo (cuándo, dónde, quién, cómo y por qué ocurrió tal conducta) tal descripción no puede ser sustituida por conceptos jurídicos (v.gr., no basta con decir que se actuó engañosamente; hay que indicar los hechos o circunstancias consideradas engañosas). El hecho fijado en la sentencia como acreditado en el debate siempre deberá ser idéntico en sus aspectos esenciales con el fijado en la acusación (originaria o su ampliación), pero podrá ser completado con detalles y circunstancias obtenidas durante el debate, siempre que no lo cambien en su esencia.

Motivación

La sentencia deberá contener el voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término.

El tribunal debe resolver sobre la existencia del hecho contenido en la acusación y la punibilidad del imputado, merituando primero la prueba recibida en el debate y confrontando después aquel con el derecho penal. Pera ambos propósitos, se deberán considerar (y aun contestar) las razones y alegaciones que conforman el objeto del juicio, formuladas por el fiscal y la defensa técnica, consignándose en forma concisa los motivos de hecho y de derecho en que se basen los votos de cada uno de los jueces sobre las cuestiones planteadas en la deliberación. De este modo se satisface el requisito de la motivación (fundamentación) de la sentencia, exigida expresamente por el art 256, CN. ("en todos los juicios la resolución es motivada") y concebida como un presupuesto esencial para su validez, no solo en garantía de la defensa de las partes frente al posible arbitrio judicial, sino también como derivación de un sistema político que, fundado en la publicidad de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios que los cumplen, exigen que se puedan conocer las razones de las decisiones de estas "idea de transparencia".

Esencia

La esencia de la motivación consiste en la explicación racional y comprensible que deben brindar los jueces por escrito, acerca de las razones por las que resuelven en un sentido o en otro las cuestiones planteadas en la deliberación. Respecto de las "de hecho", deberán explicar por qué las conclusiones a las que arriban pueden ser inducidas de las pruebas que invocan al efecto. Respecto de las "de derecho", deberán explicar por qué los hechos que dan por acreditados tienen las consecuencias jurídicas penales que se les asignan y, en su caso, los alcances de ellas. Es decir, la sentencia demostrará mediante una serie de razonamientos y conclusiones los cómo y por qué de lo que ella resuelva, con resguardo de las reglas de la sana crítica racional.

Fines

La exigencia de motivación procura que la sentencia no resulte un puro acto de voluntad o fruto de meras impresiones de los jueces, sino que sea consecuencia de la consideración racional de las pruebas, exteriorizada como una explicación sobre las razones por las que se concluyó y decidió de esa manera (y no de otra). Dicha explicación deberá ser primero comprensible para poder luego ser o no compartible por cualquier tercera persona, también mediante el uso de su razón (v.gr. las partes, el público, etc.).

Esto, por un lado, implica la posibilidad de que los jueces que dictan la sentencia intenten persuadir a todos esos terceros de la sensatez de sus conclusiones; y por otro, excluye la posibilidad de que los magistrados invoquen como únicas razones de su (o de algún) convencimiento, meras "impresiones" personales (v.gr., "el testigo me impresionó como sincero y convincente), que no puedan ser también admitidas como razones valederas para ello, por el sentido común de esos terceros. Este requisito no puede evitarse pretextando las virtudes de la inmediación o las del juicio oral, porque, si bien permiten apreciar aspectos no verbales de ciertas pruebas (v.gr., testimonios), estos aspectos (aceptados por la teoría de la comunicación) no son controlables intersubjetivamente, ya que pueden ser percibidos de manera diferente por distintos individuos racionales y su relevancia no puede ser establecida objetivamente. De allí que la motivación de la sentencia deba expresar el modo en que ellos se perciben y por qué razones estos aspectos los llevan a concluir de una u otra manera, pues si los aspectos no verbales se dejan escondidos en la intimidad de los jueces que la dictan, sin que estos expliquen de qué modo los pudieron percibir, y si además no dan los motivos de las conclusiones que ellos fundan o refuerzan, se introducirá un factor de decisión arbitrario que escapará del control de logicidad del razonamiento (es lo que hoy se denomina "motivación de la interpretación de la percepción" del elemento de prueba que realiza la sentencia). No puede existir ningún aspecto de la fundamentación fáctica que no pueda ser controlado bajo la óptica de la sana crítica racional.

Requisitos de la motivación sobre los hechos

La motivación fáctica exige la concurrencia de dos condiciones. Por un lado, que se describe expresamente el material probatorio en el que se fundan las conclusiones a que se arriba, consignando concisamente el contenido sustancial de cada elemento de prueba; y, por otro (a continuación, si así se prefiere), que estos sean merituados, tratando de demostrar su ligazón racional

con las afirmaciones o negaciones sobre los hechos que se admitan en la sentencia, todo explicado por escrito. Ambos aspectos deben concurrir simultáneamente para que pueda considerarse que hay motivación. Cualesquiera de ellos que falten (tanto el descriptivo como el intelectivo) privarán a la decisión de la debida fundamentación.

Descripción del contenido de las pruebas

El primer requisito (la autosuficiencia de la sentencia en orden a los elementos de convicción en que se basa) es el presupuesto mínimo de cualquier contralor de razonabilidad de la conclusión fáctica a que el tribunal arriba. Dicho control presupone que en la motivación se precise el contenido sustancial de la prueba, enunciando, describiendo o reproduciendo concretamente el dato probatorio, pues solo así será posible verificar si la conclusión a que se llega deriva racionalmente (o no) de ese dato probatorio invocado. Si la sentencia no consigna la sustancia (v.gr., qué dijo el testigo) de los datos probatorios (y, en cambio, solo lo enuncia v.gr., "la declaración del fulano) de los que induce una conclusión (v.gr. que los hechos ocurrieron como los da por ocurridos) y esos datos se reservan en el fuero íntimo de los jueces, el no verbalizarlos (o mejor dicho, el no escribirlos en la motivación) impide, primero, verificar si existen o no existen como tales (es decir, si son "ontológicamente" pruebas, o sea, datos externos idóneos para provocar conocimiento y no meras opiniones o perjuicios) y, luego (si existieran), controlar si por su concreto contenido conviccional, son lógica, psicológica y experimentalmente aptos para fundar esa conclusión. Esta exigencia cobra especial relevancia tratándose de sentencias condenatorias que, como exigen certeza apodíctica sobre la participación culpable del condenado, requieren que la prueba en la que basen las conclusiones a que se arriben en tal sentido, solo puedan dar fundamento a esas conclusiones y no a otras, es decir, que ellas deriven necesariamente de los elementos de convicción invocados en su sustento. Es el principio de razón suficiente.

En principio, también deberán consignarse, mediante descripciones mínimas para revelar su contenido, las pruebas recibidas que no se utilicen (o se descarten) en la fundamentación, porque solo de este modo se podrá verificar si su inclusión hipotética en esa fundamentación pudo haber impedido llegar a la conclusión fáctica a la que la sentencia arribó o hubiera determinado una conclusión distinta (prueba dirimente).

Consideración razonada

La motivación exige, además, la consideración razonada, conforme a la sana crítica racional de los elementos probatorios que sirven de base a las conclusiones a las que el juez arriba, con el fin de demostrar tanto que tienen entidad como tales (que son "ontologicamente" pruebas), como que revisten suficiente contundencia conviccional para basarlas (o que por carecer de esa contundencia, no permitan basar conclusiones certeras), a tal fin, el tribunal deberá justificar explicándolas, las razones por las cuales otorga a cada prueba un determinado valor en forma individual, y en el contexto de una apreciación conjunta y armónica con el resto del material probatorio la mera enunciación o descripción de los mismos (aunque necesaria) no satisface este requisito, porque no proporcionará los elementos de juicio necesarios para verificar si el mecanismo de discernimiento utilizado por el juez para arribar a determinada conclusión ha sido respetando las que rigen la corrección del pensamiento humano. Mucho menos la satisfará (a la consideración razonada) la remisión a otras piezas procesales, como por ejemplo, los dictámenes o conclusiones del fiscal.

La remisión en la sentencia definitiva al contenido de la pieza acusatoria solo puede admitirse en lo referido a la fijación del hecho (siempre que no sea una remisión total, lisa y llana). La única posibilidad de remisión prevista es la de los jueces del juicio, que pueden fundamentar la sentencia mediante la adhesión a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que vetare en primer término, consulta razones de distribución de trabajo y ahorro de energía jurisdiccional y no puede ser interpretado extensivamente ni aplicado analógicamente a la posible remisión de los jueces a la fundamentación del alegato que realiza el ministerio público en el debate, pues lo prohíbe el Art. 10 del CPP, va que vulnera un derecho del imputado, impuesto para su defensa.

La motivación jurídica

La fundamentación debe abarcar también las cuestiones jurídicas que fueron objetos del juicio: el encuadramiento jurídico de los hechos, cuya determinación previa es su presupuesto, la elección de la calidad y cantidad de la pena que se imponga, los beneficios que se acuerden, condena condicional y si se hubiera intentado, la acción civil, la existencia y la extensión del daño ocasionado por el delito todo con citas de las disposiciones legales aplicables. También versará sobre las cuestiones de carácter constitucional o procesal que se hubieran planteado en el proceso y hayan quedado para resolver en

la sentencia y en todo caso, deberá precisar el contenido y los alcances de la normativa a que aplica.

Se autoriza que la sentencia dé al hecho una calificación jurídica diferente a la recaída en la acusación o a la fijada por el fiscal en su alegato final, aunque sea más grave y signifique la posibilidad de mayor punición (Art. 400). Sin embargo, se ha propuesto que, en el momento que pueda avizorarse un agravamiento del encuadre legal sin alteración de los hechos, esta posibilidad sea puesta en conocimiento del encausado y su defensor material, mediante un procedimiento similar al de la ampliación de la acusación. Es que exigir a la defensa técnica que alegue *ad eventum* sobre todas las posibles calificaciones legales imaginables que podrían acarrear diferentes clases o escalas de penas, o que argumente por si acaso, también sobre la individualización de una sanción dentro de una escala diferente a la requerida por el fiscal, no configure un modo serio y razonable de garantizar un ejercicio eficaz del derecho de defensa técnica enjuicio.

No obstante, se señala que cuando la defensa técnica alega y circunscribe su defensa a un encuadramiento jurídico dado debe descartar todo otro encuadramiento con sus razones, las que, desde luego, pueden o no ser admitidas por el tribunal al resolver, máxime cuando en el proceso penal se rige en plenitud el principio "*jura curia novit*" y este íntegra la potestad decisoria, que se manifiesta en la sentencia. Además, dicha resolución podrá ser controlada en su acierto o equivocación a través del recurso deducido en su contra por cualquiera de los sujetos procesales intervinientes, en igualdad de oportunidades.

Individualización de la pena

El Código Penal paraguayo ha optado por un sistema de penas elásticas, o relativamente indeterminadas, fijando un mínimo y máximo, permitiendo al tribunal escoger un punto dentro de la escala como pena en concreto. Esta tarea se debe realizar al dictarse la sentencia de condena. La individualización de la pena es quizás la responsabilidad más ardua y las que más dificultades y dudas plantea a los jueces, porque en realidad no se trata de cuantificar la cantidad de bienes jurídicos de los que hay que privar al penado, sino de establecer cuál será el tratamiento resocializador al que debe sometérselo, a la vez que la medida de privación de libertad que deberá soportar. Se ha señalado que este es el campo mas arbitrario en el ámbito de la práctica tribunalicia y, por consiguiente, fuente tremenda de inseguridad jurídica.

Hay períodos duros y blandos, tribunales y jueces duros y blandos. Además, se crítica que en la cuantificación de las penas, las consideraciones teóricas no juegan ningún papel importante, partiéndose frecuentemente en la práctica, de valoraciones generales, que en muy amplia medida, depende de consideraciones morales. A todo esto se suma que la motivación de la llamada individualización de la pena es un aspecto que no ha merecido el mismo énfasis que el vínculo a la participación culpable del acusado, a pesar de que las leyes requieren idéntico tratamiento para ambos: la exclusión del arbitrio, a través de la explicación razonada de los "porqué".

La fijación de la pena debe consultar el principio de culpabilidad, la prevención general y la prevención especial, y tomar como herramientas las pautas que el código nos da. Pero la sola remisión formal a las circunstancias allí previstas, no satisface la exigencia de fundamentación de la pena, pues esa tarea requiere que el tribunal de sentencia señale en qué medida las pautas convenidas en aquellas normas trascienden al juicio sobre la mayor o menor peligrosidad del condenado y, en definitiva, incidirán en la medida de la pena. La sentencia debe dar las razones por las que elige una especie de pena (cuando existen alternativas) o establece una cierta medida de sanción, dentro de los topes mínimos y máximos de la escala del delito. Y para que la fijación de la pena respete la exigencia de la fundamentación, el tribunal deberá señalar cuales de las circunstancias previstas en el código penal utiliza en el caso concreto como agravantes, cuales de ellas utiliza como atenuantes Y por qué les asigna a cada una de ellas ese efecto en el caso concreto.

Pero la obligación de fundar la elección de la especie y cantidad de la sanción para el caso concreto no se extiende a su modo de ejecución cuando este sea efectivo, porque en principio la pena se impone para ser cumplida. Consecuentemente, la invocación de la norma penal aplicada será suficiente fundamento sobre el punto. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el beneficio del Art. 44 CP, que consagre la facultad de los tribunales ejercitable en los casos de condena a prisión que no exceda de dos años de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena. Como esto significa una excepción a la efectivización de la sanción penal, se impone, bajo pena de nulidad, que la suspensión se funde en las circunstancias previstas en la norma (o en otras), que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. No resulta, entonces, forzado interpretar que lo que se debe fundar es la decisión de suspender la ejecución de la condena, en virtud de su excepcionalidad. Y que, por tanto, solo la omisión de motivar la decisión de suspender es la que está conminada con nulidad en el mencionado Art. 44, CP.

Congruencia entre acusación y sentencia

El principio de congruencia, globalmente considerado, se expresa como la necesaria identidad entre el hecho delictivo sobre el que se dicta la sentencia, el contenido en la acusación (tanto en la originaria, como en su eventual ampliación), el intimado al imputado al recibírsele declaración, y el expresado en la requisitoria fiscal. Entre ellos debe existir una correlación fáctica esencial, en resguardo del derecho de defensa. El aludido principio impedirá dar por válidamente incorporada en la acusación un hecho que no estaba comprendido ni descrito en ella. Su manifestación final supone que el *factum* contenido en el documento acusatorio sea trasladado, sin alteración de sus aspectos esenciales, a la sentencia, exigencia que se justifica por la circunstancia de que el hecho que se atribuye al encartado marca el limite de la jurisdicción del tribunal de juicio (debe fallar sobre ese hecho y no sobre otro). También la sentencia debe fundarse en el contradictorio, el cual desaparece si se condena por un hecho respecto de que el imputado no pudo refutar ni contraprobar, por no haber sido oportunamente informado sobre él (sería como una “alevosía procesal”).

La mutación esencial en la sentencia del *factum* contenido en la acusación, es incompatible con la legítima intervención del imputado en el debido proceso, impuesto por el sistema constitucional como presupuesto de la pena (Art. 17 CN), lo que acarreará su nulidad. En cambio, las alteraciones meramente circunstanciales (v. gr., la inclusión de una circunstancia agravante), solo aparejarán tal sanción, cuando no hayan sido oportunamente incorporadas al juicio por medio de la ampliación de la acusación, o no se haya garantizado la defensa respecto de esa ampliación.

EL BILINGÜISMO PARAGUAYO. ORIGEN, EVOLUCIÓN Y SITUACIÓN ACTUAL (*)

Por Lino Trinidad Sanabria (**)

I. Generalidades

El Paraguay es un país multilingüe con un franco dominio del bilingüismo guaraní-castellano.

Varios son los colegas lingüistas de diversos países que comparten la afirmación del connotado estudioso del sociolingüismo, el norteamericano Dr. Shaw Nicholas Gynan, que sostiene que el bilingüismo Paraguayo es un fenómeno único en el hemisferio occidental.

En el Paraguay somos conscientes de asta situación, pero solamente el grupo que conformamos los que estamos en el tema. Al resto de la población, se le pasa desapercibida esta característica tan relevante de la sociedad paraguaya. Entre estos últimos están los compatriotas que integran la clase política, que tienen poder para tornar decisiones tendientes a arbitrar soluciones a los problemas de orden lingüístico.

(*) Ponencia presentada en la Universidad de Ámsterdam-Holanda, en el año 2004.

(**) Graduado en la lengua guaraní en el Instituto Superior de Lenguas de la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional de Asunción, con curso de Postgrado en Lingüística Guaraní y Filología. Es catedrático en la Facultad do Filosofía así como en la de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. como de la Universidad Autónoma de Luque. Autor de varios libros y trabajos de investigación en el área lingüística y específicamente sobre el Idioma Guaraní.

II. Origen

El movimiento religioso conocido como "Cisma de occidente" y que tuvo lugar en Europa, entre 1378 y 1429, debilitó sobremanera la hegemonía de la Iglesia Católica Apostólica Romana en el mundo occidental. Este hecho obligó a la Santa Sede a expandir sus dominios hacia otras latitudes y, cual anillo al dedo, justo se produce el descubrimiento de América y con ello la posibilidad concreta de que millones donativos de las tierras descubiertas sean evangelizados en la doctrina de Cristo.

1. Concilio de Trento y creación de la Compañía de Jesús

La Santa Sede no quiso desaprovechar la oportunidad y empezó así a gestar una empresa de proporciones y preparó el célebre Concilio Ecuménico de Trento (Italia) que se inició en el año 1545 y concluyó en 1563. Este concilio que duró 18 años, aunque efectivamente sesionó solamente durante 8, llevó a cabo grandes reformas católicas. Seis años antes del inicio, como un paso previo antes del emprendimiento, el Papa Paulo III aprueba la Institución de los Jesuitas, conocida también con el nombre de "Compañía da Jesús" (1534). Veremos luego cómo fue estructurada esta empresa por la Santa Sede y cuál era el rol principal que se le asignó a la compañía de Jesús, aun antes de su creación, que ante la historia aparece como una obra de San Ignacio de Loyola.

El Concilio de Trento que también sesionó en Bolognia, además de las reformas adoptadas para la Iglesia Católica Apostólica Romana, resolvió establecer toda una política lingüística a llevarse a cabo en la Colonia Hispanoamericana, con acuerdo de la Corona Española.

2. Resoluciones del Concilio de Trento

Esa política se puede resumir en los siguientes puntos:

1) Evangelizar en la doctrina de Cristo a los nativos de las tierras descubiertas;

2) Encargar este trabajo de evangelización a la Compañía de Jesús;

3) Establecer cuatro lenguas generales en América: a) El Nahuatí para México. b) El guaraní para Paraguay. c) El Quéchua para el Perú; y d) El Aimará para Bolivia;

4) Encomendar a los Santos Concilios Provinciales de Lima (1562 - 1567 - 1584) llevar a la práctica esta política establecida, debiendo los Jesuitas aprender la lengua de los nativos en sus respectivos lugares de trabajo, darle escritura a estas lenguas generales, establecer su gramática, etc.

3. Santos Concilios Provinciales de Lima

El primero de los Santos Concilios Provinciales de Lima, el de 1562, ya empezó con la implementación de estas medidas que la historia recogió con la denominación de "Política Teocrático-lingüístico de la Santa Sede en la época de la colonia". Se estableció así la obligatoriedad para los miembros de la Compañía de Jesús de aprender el idioma de los nativos (uno de los 4 declarados lenguas generales) de su lugar de residencia. Esta obligación para los Jesuitas era bajo pena de excomunión.

En una separada de la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba (2° serie - Año X - N° 5, noviembre/1969), se lee lo que aquí transcribió textualmente: "El Concilio Ecuménico de Trento resolvió catequizar al indígena de América en lengua de naturales para que, olvidando lengua y dioses propios, abrasen la fe católica".

En otra parte de la misma separata también se lee palabras más palabras menos, lo que ya habíamos dicho antes, que el Concilio de Trento y aún la misma creación de la Compañía de Jesús, reconocen como origen el gran cisma liderado por Martín Lutero y que dividió en dos a la grey del Vaticano.

4. Primeros trabajos lingüísticos

Los monumentales trabajos lingüísticos para darle escritura a cada una de estas lenguas declaradas generales, fueron iniciados, aparentemente, en diferentes épocas. Probablemente se inició primero en México a través del sabio investigador Bernardino de Sahagún (1500 - 1590). Este aprendió el Nahuatí, le dio escritura y escribió su libro de 12 tomos en Nahuatí, titulado "Historia de las cosas de la Nueva España" (1569). Escribió también un diccionario trilingüe Castellano-Latín-Nahuatí, otro libro titulado "Colloquios y doctrina cristiana, un catecismo también en Nahuatí, etc.

Tenemos noticias también de que una gramática quichua y otros materiales en quichua para, escritos por Fray Domingo de Santo Tomás, fueron aprobados por el tercer Concilio Provincial de Lima (1584). En 1607 ya estaba generalizado el uso de otra gramática del quechua escrita por el Padre Diego González Holguín.

Mientras tanto, en Paraguay, un poco retrazado de acuerdo a estas informaciones precedentes, el Padre Antonio Ruiz de Montoya trabajaba por el estudio y escritura de la gramática y vocabulario de la lengua guaraní, auxiliado por otros lingüistas Jesuitas y algunos líderes indígenas. Ruiz de Montoya llegó al Paraguay entre 1610 y 1613 y antes de los 30 años de intensa actividad, exactamente en el año 1639 publicaba en España su monumental obra "Arte y Vocabulario de la Lengua Guaraní", seguido de su "Tesoro de la Lengua Guaraní"(1640), (primero se publicó "Tesoros …" y luego "Arte y Vocabulario…"). El primero es un diccionario castellano-guaraní y el segundo, es la Gramática Guaraní.

5. Decisivo apoyo de la corona española

La corona apoyó decisivamente a la Santa Sede en la aplicación de esta política de evangelización de los nativos de las tierras "Descubiertas" en la doctrina de Cristo. Hasta Cristóbal Colón disfrutó de los beneficios de ese apoyo de la Corona a la Santa Sede, ya que Colón firmó con la Reina Isabel el documento que legalizaba su viaje a estas tierras, documento llamado "capitulaciones de Santa Fe", en el cual la Corona le reconocía la jerarquía de Almirante, le designaba Virrey y Adelantado de las tierras que descubriera, todo ello a cambio de que esas tierras fueran de propiedad de la Corona y que sus habitantes fueran convertidos al cristianismo.

6. Montoya concluye su trabajo

Cuando Ruiz de Montoya anunció la terminación de sus dos libros monumentales, recibió su nombramiento de Procurador de la Provincia Jesuítica del Paraguay ante la Corona Española y así emprendió el largo viaje a la Metrópoli. Primero pasó por Buenos Aires para someter sus manuscritos a la aprobación del Comisario de la Santa Cruzada y Vicario General del Obispado del Río de la Plata, Lic. Gabriel de Peralta, canónico entonces de la Iglesia Catedral de Buenos Aires, quien aprobó los manuscritos con inusitada rapidez, manifestando "su convicción de que la obra de Montoya constituía un sólido apoyo para el arraigo de la fe, por estar explicada la doctrina cristiana con claridad y galanura y ser útil para los misioneros en aquella gentilidad, en la cual es muy notorio haber hecho su Autor tan gran provecho con su predicación". (Montoya: Apóstol de los Guaraníes - Blanco Villalta. Buenos Aires 1954).

Los manuscritos de Montoya, aprobados por el Lic. Gabriel de Peralta en Buenos Aires, incluían también su tercer libro titulado "Conquista espiri-

tual hecha por los religiosos de la Compañía de Jesús en las Provincias del Paraguay, Paraná y Tapé".

Este libro también recibió especial atención de la Corona y fue así que sus tres obras vieron la luz en la Madre Patria entre los años 1639 y 1640. El último de los nombrados, "Conquista espiritual...", fue vertida al guaraní en 1733 y esta versión circuló en manuscrito hasta que en 1879 fue también publicada por la Biblioteca de Río de Janeiro. Otra edición de su versión original en castellano tuvo en Bilbao - España, en el año 1892. La publicación de su primer libro, "Tesoro de la Lengua Guaraní", tuvo lugar cuando él contaba con 55 años de edad. Vale la pena aclarar, a propósito de algunas confusiones, que entre sus dos principales obras lingüísticas, la primera en publicarse fue el "Tesoro ..." y le siguió al año siguiente (1640) el Arte y el Vocabulario, que en realidad son dos libros, publicados en un solo tomo. Este libro de 712 páginas, las primeras 102 páginas dedicadas a explicaciones y ejemplos de uso de algunas categorías gramaticales y el estudio de Liuzzi es un volumen de 91 páginas.

Antonio Ruiz de Montoya, nacido en Lima en 1584, falleció en la misma ciudad en el año 1651, a la edad de 67 años. Fue un gran defensor de los guaraníes a quienes protegió contra los abusos de los encomenderos. Sus monumentales obras lingüísticas recibieron la consagración de varias ediciones como no tuvo ninguna otra obra de la época. Por la lengua guaraní hizo mucho. Hizo todo lo que los conocimientos lingüísticos de la época le permitan.

Estas son las ediciones más conocidas de sus dos obras principales:

Arte y Vocabulario de la Lengua Guaraní.

1° edición – 1640 – Madrid, España.
2° edición – 1724 – Santa María la Mayor (1).
3° edición – 1876 – Leipzig, Alemania (2).
4° edición – 1876 – Viena, París.
5° edición – 1994 – Madrid, España (3).

---

(1) Con notas del Padre Paulo Restivo.
(2) Edición de lujo, de impresión excelente.
(3) Edición Facsimilar, con estudio y trascripción de Silvio M. Liuzzi (AECI y UNESCO).

Tesoro de la Lengua Guaraní.

1° edición – 1639 – Madrid, Espelta.
2° edición – 1724 – Santa María la Mayor.
3° edición – 1876 – Leipzig, Alemania.
4° edición – 1876 – Viena, París.

7. Apoyo de los Jesuitas a favor del Guaraní

Sin analizar el por qué, si era por el amor que llegaron a tenerle al idioma guaraní o por el espíritu protector que profesaron hacia los indígenas o por el estigma de la excomunión, los jesuitas aprendieron y usaron el guaraní por todos los medios, especialmente desde el púlpito y las autoridades de la Corona apoyaban sin retaceos esa actitud de los miembros de la Compañía de Jesús y supongo que la misma circunstancia se vivía en México con el Nahuatí, en el Perú con el Quichua y en Bolivia con el Aimára.

8. Primeras persecuciones al idioma Guaraní

Sin embargo, como la cantidad de mestizos era muy superior a la cantidad de criollos (la relación en el año 1580 era de 10 a 1), empezó a hacerse sentir los efectos del fenómeno sociolingüistico que se traducía en el sometimiento que ejercía el guaraní sobre el castellano. Los mestizos usaban el guaraní con preferencia en su diario relacionamiento y las criollas no podían escaparse a la influencia cada vez más fuerte de la lengua hablada por la mayoría poblacional (el guaraní). Empezó a sentirse los efectos nocivos de la utilización del castellano, como único idioma, la alfabetización de los niños en edad escolar.

El bilingüismo paraguayo que configuraba ya sus especiales características, con un castellano hablado por una minoría pero mayorizado y un guaraní hablado por la mayoría poblacional, pero minorizado, discriminado, frente al castellano. La Corona empezó a recibir informes y protestas de algunas autoridades nuevas que de la metrópolis y que se percataban de que el idioma castellano, en su utilización, perdía espacio frente al guaraní, y hubo reacciones entre los mismos jesuitas, como el caso del Obispo Maldonado, de Tucumán, que pidió a sus superiores la prohibición de uso de lenguas nativas, con el argumento de que el castellano, en algunas zonas, ya no era hablado ni siquiera por los mismos españoles y este problema era común en cada una de las áreas de influencia de las cuatro lenguas generales establecidas por el

Concilio Ecuménico de Trento. Como lo resuelto por este Concilio respecto a la política teocrático-lingüística fue con apoyo de la Corona Española, en ese momento, el Rey Felipe II, para evitar enfrentamientos con el Vaticano, prefirió dejar las cosas como estaban. Pero sobrevino después, en 1767, la expulsión de los Jesuitas y apenas tres años después, la situación cambió: el Rey Carlos III dicta en Araujuez la Cédula Real del 10 de mayo de 1770 por la que se toman medidas de orden lingüístico y se inicia la primera persecución contra las lenguas nativas en América, abiertamente en algunos casos y solapadamente en otros. El guaraní empezó a ser discriminado frente al castellano, en perjuicio de la población mayoritaria que era guaraní-hablante.

III. Llegada de los españoles

Cuando llegaron los españoles a esta parte de América, en la región en la que posteriormente se afincarla la ciudad de Asunción, hoy Capital de la República, habitaban varias etnias indígenas, todas de la familia lingüística guaraní (Kários, Guairá, Guarambaré, Itatí, Tape, Tovati y Kaynguao Mbyá).

Según Ulrico Schmidl en su "Viaje al Río de la Plata" (colección Memoria Argentina, Emece Editores, 1997), los Kários, por razonas de cercanía, fueron los que más interaccionaron con los españoles llegados al lugar. Aplicaron una política de buena vecindad y pronto se produce una mezcla social. Los blancos tomaron por esposa a doncellas, hijas de los principales caciques de la zona. Nacieron los primeros mestizos, con padre español y madre indígena. Este nuevo habitante de la región adopta, naturalmente, el idioma guaraní como lengua materna y en permanente o esporádico contacto con el castellano a través de su padre. En todo el entorno familiar del niño mestizo, el idioma predominante era el guaraní.

Más adelante, cuando fueron sumándose más españoles y españolas a la naciente comunidad, se iba recibiendo a los criollos, hijos de blancos nacidos en la región. Estos criollos vivían en un entorno familiar netamente castellanista , hasta que al salir de ese entorno, los niños criollos empezaban a tomar contacto con los niños mestizos, Ahí comienza la puja lingüística: esa nueva población de mestizos y criollos, trataba cada grupo de imponer. El mestizo, naturalmente luchaba por la del guaraní y el criollo, por su parte, hacía lo propio con el castellano.

Pronto esa lucha por la supervivencia del guaraní y del castellano fue desigual, con evidente predominio del mestizo, ya que esta población tenía un crecimiento más acelerado, en número, que la del criollo. Según estudios

serios que hemos realizado en la Universidad Nacional de Santiago del Estero (UNSE) de la Argentina, descubrimos que por el año 1580, la relación entre la población mestiza y criolla, era de 10 a 1. Vale decir que de 1000 habitantes de esa población, la que después sería la comunidad paraguaya, 900 utilizaban con preferencia el idioma guaraní y solamente 100 se volcaban a utilizar en forma preferente el castellano.

Esto fue así porque la amalgama hispano-guaraní, basada en una irrestricta poligamia, produjo un abundante mestizaje que rápidamente superó en cantidad a españoles y criollos, y cuyo signo característico más notable fue el mantenimiento preeminente del idioma materno: el guaraní. El mestizo fue criado por su madre indígena que le inculcó su idioma.

Con evidente sentido de orgullo, los paraguayos afirmamos el compromiso de defender nuestra herencia cultural y nuestra identidad etno-lingüística.

La proscripción de muchos años de las instituciones educativas, fue una circunstancia agraviante para nuestra lengua nativa y, sin embargo, esa proscripción no hizo sino refugiar al guaraní en la intimidad de los hogares y en el estilo de los poetas.

Por eso la literatura guaraní y en guaraní es infinitamente más copiosa que la literatura en castellano.

Por eso también que la literatura paraguaya en castellano estuvo ausente, aún hoy, en varias antologías americanas.

IV. Evolución

En la lucha desigual entre mestizos y criollos por la preeminencia de sus respectivas lenguas maternas, el castellano recibió un fuerte respaldo. Las autoridades políticas y educacionales de la colonia (todos españoles) tomaron medidas tendientes a proteger la vigencia del castellano y así empezaron las discriminaciones contra el guaraní, a pesar de ser esta la lengua hablada por la gran mayoría de la población. El castellano, aunque hablado por una minoría poblacional, tenía que ser la “lengua dominante”. Una de las medidas discriminatorias, muy efectiva, fue la obligatoriedad de utilizarse solamente el castellano alfabetización de los niños, sean criollos o mestizos; sin tener en cuenta su lengua materna. Los maestros utilizaban solamente el castellano como lengua de instrucción, materiales didácticos solo en castellano y hasta

se les prohibía a los niños mestizos habla en guaraní en las Escuelas Públicas. Esas Negaron después hasta los hogares.

Es probable que las autoridades de la Colonia, con la persecución del guaraní que han desatado con furia, no tuvieran idea del perjuicio que para el niño mestizo en su formación cultural. Se acullá y se consolidó la idea de que por culpa del guaraní, los educandos no podían lograr competencia en castellano; pero lo notable fue que los criollos, con lengua materna, se vieron también resentidos en el aprendizaje de su propia lengua. Era la consecuencia imperceptible de la persecución de una lengua utilizada en la práctica por la población mayoritaria en la región. El castellano era utilizado en la comunicación diaria apenas por el 10% de la población. El guaraní era utilizado por el 90%. A pesar de percibirse claramente esta diferencia, las autoridades insistieron con la discriminación contra el guaraní. Insistieron en la utilización del castellano como única lengua de instrucción en el proceso da alfabetización da los niños sin importar para nada la lengua materna del educando. Esta situación continuó así, pasando los métodos de persecución contra el guaraní por las más variadas formas a través de los diferentes gobiernos, ya en la vida nacional. En ocasiones, la persecución ha tenido forma hasta crueles contra el guaraní-hablante.

Cuando ya en la recientemente pasada década del ‘80 se establece una nueva política educativa en el país y se introduce la enseñanza del guaraní en virtud del Decreto No. 38454 del 07/03/83. Este Decreto, al referirse a los objetivos de la educación paraguaya en el nivel primario, establecía: “La educación debe lograr que el niño paraguayo valore y se comunique con confianza en las lenguas nacionales y desarrolle destrezas básicas de escuchar, hablar, leer y escribir en lengua y de escuchar y hablar en Guaraní”. Así se ha legalizado una de las más nocivas discriminaciones contra el niño paraguayo cuya lengua materna es el guaraní.

De todos modos, el Guaraní, resistió todos los embates a través de los cinco siglos que transcurrieron desde el primer contacto que tuvo con el castellano hasta finales del siglo XX, porque recién en el año 1992, la Convención Nacional Constituyente declara al Paraguay oficialmente bilingüe, estableciendo que desde ese momento serán lenguas oficiales de toda la República el Castellano y el Guaraní. La misma Constitución Nacional dispone la obligatoriedad de la enseñanza bilingüe bicultural en el Paraguay.

V. Situación actual

La lengua Guaraní que conforma con el castellano el bilingüismo paraguayo, adquiere con el tiempo características muy especiales, tales como que:

1) Siendo una lengua indígena, hoy es hablada por todo un pueblo no indígena;

2) Habiéndose discriminado y hasta perseguido para que el castellano prevaleciera siempre como lengua dominante desde la época de la colonia, el paraguayo logró la supervivencia de su lengua autóctona, refugiada por siglos en la intimidad de los hogares y en la predilección de los poetas populares;

3) Como consecuencia de lo anterior, la literatura guaraní y en guaraní es infinitamente más copiosa que la literatura castellana.

Hoy el bilingüismo paraguayo tiene el carácter diastrático, porque no reconoce estrato social alguno en el Paraguay; es diacrónico porque lleva más de cuatro siglos de vigencia y es diatópico porque abarca todo el territorio paraguayo. Finalmente, diremos que el bilingüismo paraguayo es diglósico porque cada lengua se ha creado su ámbito de mayor poder y funcionalidad.

Cuando por la actual Constitución Nacional del año 1992, se ha oficializado el guaraní junto con el castellano, se le ha dado una base jurídica al "Bilingüismo Paraguayo" y fue así que en el año 1994 se inicia la era de la Enseñanza Bilingüe bicultural, con un programa que abarcó 118 escuelas. Con este programa, se tiene en cuenta la Lengua materna del niño paraguayo para iniciar su alfabetización.

Algunos colegas estudiosos de la lingüística y del bilingüismo, opinan que el Paraguay representa, desde el ángulo del sociolingüismo, el más importante desafío de investigación y aplicación y que por eso se puede considerar al Paraguay lingüísticamente, como uno de los laboratorios vivientes del mundo.

DERECHO ROMANO: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO Y EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO, Y LA DIRECTA DEPENDENCIA DEL DERECHO PROCESAL PARAGUAYO DE ELLOS. EL ROL DEL ABOGADO EN EL DERECHO ROMANO Y EN LA ACTUALIDAD

Por Guillermo Trovato Fleitas (*)

El Derecho Procesal Romano, dividido en tres etapas, representadas primeramente por el Sistema de las Acciones de la Ley, luego seguido por el Procedimiento Formulario y finalmente con el Procedimiento Extraordinario, constituye un elemento de extrema importancia para el Derecho de Fondo. En la antigüedad y en la actualidad, fue y es imposible sustraernos a lo dispuesto por el Derecho Procesal, dado que el Derecho de Fondo no tendría sentido sin el Derecho Procesal y viceversa. La importancia del Derecho Procesal para con el Derecho de Fondo y contrariamente fue sabiamente establecida por Teodoro Mommsen en su obra "El Derecho Penal Romano", asimilándolo plenamente al Derecho Civil. Mommsen alecciona: "Para el Derecho de Fondo, la necesidad del Derecho Procesal, para la defensa de los derechos como entidad jurídica de la persona, resulta imprescindible la existencia del Derecho Procesal. Sería un mango de puñal sin hoja, para el procedimiento si no existiera el Derecho de Fondo, sería una hoja sin mango para sujetar".

Es esta la razón que motiva el presente trabajo, en el cual se dispone de un cuadro comparativo entre ambos procedimientos (Formulario y Extraordinario), por considerarlos a estos últimos de extrema importancia para nuestro

(*) Profesor Auxiliar de Derecho Romano II.

procedimiento actual. Con esto no quiero desmeritar el Sistema de las Acciones de la Ley, dispuesto en Roma en sus inicios, pero creo prudente llevar a análisis los dos citados *ut supra*, por las razones que el lector se percatará seguidamente y notará la notable similitud con algunas diferencias de estilo con nuestro procedimiento actual.

El presente análisis dispuesto en forma de Cuadro Comparativo está inserto en la parte final de mi obra (1) recientemente presentada, el cual comprende una serie de elementos didácticos facilitados al estudiante a fin de lograr su más perfecta comprensión del Derecho Procesal Romano, el cual constituye la forma única de poder dotar de sentido teórico y práctico a un proceso y de poder entender y hablar el mismo idioma entre las contrapartes con el Juzgador, en virtud de que ambas partes se sustraen a disposiciones comunes, derivando esto en un proceso ordenado jurídicamente, que citando finalmente a Celso establece que "la acción no es otra cosa que el "*ius*" de perseguir en juicio lo que se nos debe"(2).

CUADRO COMPARATIVO	
PROCEDIMIENTO FORMULARIO	**PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO**
PRINCIPIOS GENERALES	
Surge a la par de la existencia aun del Sistema de las Acciones de la Ley, no siendo obligatoria la utilización del mismo al inicio.	Surge a la par de la vigencia aun del Sistema Formulario, no siendo obligatoria la utilización del mismo al inicio.
El Emperador Augusto, en el año 17 A.C., dispone de forma obligatoria su utilización por medio de las Leyes Iuliae iudiciorum privatorum y publicorum.	El Emperador Constancio, en el año 342 D.C. suprime el Procedimiento Formulario, quedando únicamente el Procedimiento Extraordinario vigente.
El Proceso estaba considerado de carácter privado, integrando el "ordo iudiciorum privatorum".	El Proceso era de carácter público, teniendo al Estado como encargado de su administración y fiscalización.
El proceso era bifásico (etapas: in iure y apud iudicem).	El proceso era unifásico, eliminándose las etapas del Procedimiento Formulario.
No estaba prevista la tramitación del juicio en rebeldía a una de las partes.	Estaba previsto tramitar un juicio estando ausente una de las partes. De esta forma, al ausente se lo declaraba contumaz (contumax), prosiguiendo el proceso hasta llegar a sentencia.

Estaba prevista la representación procesal, por medio de mandatarios o representantes.	
El proceso judicial continúa siendo eminentemente oral, siendo solamente escrita la fórmula.	Prácticamente la totalidad del procedimiento se desarrolla por escrito.
El Magistrado debía redactar una fórmula, la cual era elevada posteriormente al Juez. El Magistrado, bajo ningún punto, podía dictar sentencia.	La redacción de la fórmula fue eliminada en razón de que Magistrado y Juez eran uno solo, existiendo una sola etapa dirigida íntegramente por el Juez, quien dictaba sentencia.
La Administración de Justicia se caracterizaba por ser enteramente gratuita.	Los litigantes debían pagar ciertos gastos denominados "sportulae"; como asimismo el vencido, las costas impuestas.
El Juez era un particular, designado a elección por las partes.	El Juez era un funcionario público, dotado de investidura y potestad.
El Juez no podía apartarse de lo dispuesto en la fórmula, debiendo dictar sentencia en estrecha relación con la misma.	El Juez tenía amplia libertad de acción dentro del proceso, pudiendo inclusive condenar a menos de lo que pidiera el demandante.
El proceso no podía demorar más de 18 meses en dictar Sentencia, computándose dicho plazo desde la litis contestatio.	Se determinó que el proceso no podía demorar más de tres años en dictarse sentencia, computándose dicho plazo desde la litis contestatio.
No existía el concepto de aplicación de costas al vencido.	Surge el concepto de aplicar las costas al litigante vencido (costas a la perdidosa).

(1) Trovato Fleitas, Guillermo. "Derecho Romano – Instituciones de Derecho Privado". Editora Marben. Asunción - Paraguay. 2007.

(2) D. 44. 7. 51.

INICIO DEL PROCEDIMIENTO	
El demandante presentaba ante el Magistrado su demanda, consignando en sí todos los hechos y las pretensiones solicitadas.	El demandante presentaba ante el Juez su escrito de inicio de demanda denominado "Libellus Conventionis".
Recibida la demanda, el Magistrado autorizaba la citación al demandado.	Recibida la demanda, el Juez analizaba su procedencia, dictando una resolución denominada "interlocutio", en la cual disponía el trámite de la misma o en su defecto, el rechazo.
PROCEDIMIENTO DE LA CITACIÓN	
Considerado como un acto privado, en virtud a que era realizado por el demandante personalmente.	La citación era realizada por un funcionario público (executor), por disposición expresa del Juez de la causa.
El demandante citaba formalmente al demandado en un acto denominado "in ius vocatio".	El executor notificaba al demandado de la acción instaurada en su contra, debiendo este abonar a aquel los gastos incurridos en el cumplimiento de la disposición del Juez. Estos gastos se denominaban "sportulae".
A la citación recibida, el demandado debía dar cumplimiento en el acto o en caso contrario nombrar un vindex, a fin de garantizar su presencia en otro momento.	A la notificación recibida, el demandado debía elaborar y entregar al "executor" en el acto un documento llamado "Libellus Contradic-tionis" en el que constare su postura ante la demanda, estipulando además una fianza que garantice su presencia ante el Juez.
El demandado, al no comparecer a la citación, y tampoco designar un "vindex", se lo declaraba "indefensus", entregando el Pretor sus bienes al demandante; finiquitándose de esta manera el litigio.	Al no comparecer a la citación el demandado, el Juez lo declaraba "contumax", mediante el cual el litigio no era interrumpido, llegando inclusive a dictarse Sentencia.

INICIO DEL TRÁMITE	
Al estar presentes las partes ante el Magistrado, el demandante solicitaba la editio actionis (petición de que se le conceda la fórmula, previa exposición de sus pretensiones).	Al estar presentes las partes ante el Juez; primeramente el demandante realizaba la narratio y luego el demandado la contradictio.
El Magistrado analizaba los términos de la demanda, resolviendo si otorgaba o no la fórmula al demandante. (Datio actionis o denegatio actionis).	El demandado, en el momento de corrérsele traslado de la demanda, en vez de realizar la "contradictio", podía allanarse a los términos de la misma (confessio in iure).
Si el Magistrado otorgaba la acción (datio actionis), corría traslado de la misma al demandado, quien podía asumir las siguientes posturas: a) Solicitar el aplazamiento del acto; b) Allanarse a la demanda; o c) Oponerse a las pretensiones del demandante, con lo cual se trababa la litis.	El demandado, al momento de realizar la contradictio, podía asumir las siguientes posturas: a) Interponer excepciones. b) Reconvenir la demanda (Reconvención) c) Oponerse a las pretensiones del demandante, trabándose la litis de esta forma.
LITIS CONTESTATIO	
Consistía en el acto por el cual se ponía fin a la etapa "in iure", redactándose la fórmula.	Consistía en la entrega del libellus contradicionis por parte del demandado al Juez.
Igualmente, constituía el eje central de la etapa "in iure". Al trabarse la litis, el Magistrado debía redactar la fórmula sin más trámite y elevarla al Juez. Este acto procesal se denominaba "iudicium dare".	Dado que el procedimiento era unifásico, la litis contestatio perdió notablemente sus efectos de importancia, en razón de que todos sus efectos anteriores fueron trasladados a la Sentencia.
Producía efectos de radical importancia al proceso, entre los cuales se destaca: a) Las partes quedaban vinculadas entre sí hasta la Sentencia; b) Se producía la preclusión de las etapas. c) Extinguía el derecho del demandante sobre el demandado; y d) Se fijan los límites de la Sentencia, no pudiendo apartarse el Juez de lo establecido en la fórmula.	Con efectos disminuidos, la "litis contestatio" ya no producía la extinción del derecho del demandante, dado que el mismo era trasladado a la Sentencia.
Empezaba a computarse el plazo para la caducidad de la instancia.	

PRUEBAS	
Regía el sistema dispositivo, el cual determinaba que solo las partes podían acercar las pruebas que consideren pertinentes.	Regía el sistema inquisitivo, el cual facultaba al Juez a requerir las pruebas que considere oportunas.
El Juez se limitaba exclusivamente a recibir las pruebas ofrecidas por las partes, no teniendo libertad de acción para ordenar nuevas pruebas.	El Juez, independiente de las pruebas ofrecidas por las partes, podía ordenar de oficio la prosecución de nuevas pruebas.
Las pruebas podían ser: Testificales, Documentales, Juramentos y la Inspección Judicial.	Las pruebas podían ser: Testificales, Documentales, Periciales, Juramentos y las Presunciones.
La prueba testifical era la más utilizada y, por lo tanto, la más factible.	La prueba testifical pierde fuerza ante la prueba documental.
SENTENCIA	
Agotada la producción de pruebas, el Juez declaraba cerrado el debate.	
En este momento, el Juez debía dictar Sentencia, pero podía ocurrir el caso que el mismo se encuentre imposibilitado de fallar en razón de que el litigio no le resultaba del todo claro, siendo sustituido por otro Juez.	El Juez debía dictar Sentencia en este estadio procesal, pero podía darse la situación que el Juzgador se sintiese imposibilitado de fallar debido a que el litigio no le resultaba del todo claro, siendo remitido el proceso sin más trámite al Emperador, quien dictaba un fallo inapelable.
La Sentencia dictada por el Juez constituía meramente la opinión de una persona particular, la cual decidía en el litigio, conforme lo solicitaron las partes.	La Sentencia era determinante dentro del proceso, dado que causaba estado de cosa juzgada, en virtud de que fue dictada por una autoridad pública.
El Juez podía absolver o condenar al demandado, siendo la sentencia condenatoria siempre de carácter pecuniario.	El Juez podía absolver o condenar al demandado. La Sentencia Condenatoria no necesariamente era de carácter pecuniario, pudiendo variar conforme al objeto de litigio que estaba siendo tramitado.
No se hacía referencia a la imposición de costas procesales al vencido.	El Juez, dentro de su Sentencia dictada, debía pronunciarse acerca de la aplicación de costas procesales al vencido, cargándolo al mismo con todos los costos y costas del proceso.

La Sentencia era redactada por el Juez, por escrito y leída personalmente en presencia de las partes en el Tribunal donde se desarrolló el proceso.
La Sentencia dictada ponía fin al proceso, teniendo la fuerza de cosa juzgada para las partes, previéndose contra el mismo únicamente los recursos de impugnación establecidos.

IMPUGNACIÓN DE LAS SENTENCIAS	
Antes del Imperio, la Sentencia dictada por el Judex era de carácter definitivo, no recayendo recurso alguno contra la misma. Luego, con el Imperio se disponen distintos tipos de recursos, que tenían por fin lograr una revisión del fallo dictado por el Juez. Dichos recursos eran: a) Revocatio in duplum; b) In integrum restitutio; c) Contra el Juez que hizo suya la causa; y d) Appellatio.	Habiendo recaído sentencia en el Juicio, las partes disponían de los siguientes recursos: a) In integrum restitutio; b) Querella de Nulidad; y c) Apelación.
EJECUCIÓN DE SENTENCIA	
Habiéndose resueltos los recursos interpuestos, y resultando de ello deudor condenado, el mismo poseía un plazo de 60 días para cumplirla voluntariamente, caso contrario se iniciaba el procedimiento de ejecución.	Estando plenamente firme la sentencia y resultando de ello deudor condenado, el mismo poseía un plazo de 60 días, que luego fue ampliado por Justiniano a 240 días, para cumplirla voluntariamente.
Expirado el plazo previsto y no habiendo el deudor cumplido su condena, el acreedor podía iniciar ante el Magistrado la “Actio Iudicat”i, acción destinada a buscar la ejecución de la misma.	
El embargo y remate de los bienes dentro del proceso comprendían el patrimonio total del condenado.	La ejecución de los bienes se limitaba exclusivamente a la aprehensión del objeto litigioso o de algunos objetos no litigiosos. Bajo ningún punto se admitía la liquidación total del patrimonio del condenado.

Del análisis expuesto *ut supra*, se infiere en lo que respecta al Procedimiento Extraordinario, que el mismo despliega varias figuras procesales que en la actualidad están plenamente insertas en nuestro derecho procesal civil vigente.

Instituciones como la representación procesal, la rebeldía de una de las partes, el juicio civil totalmente escrito y los gastos y las costas que debían abonarse fueron ampliamente debatidos y legislados por los romanos, permitiéndonos afirmar que nuestro derecho procesal civil desciende en forma directa del derecho procesal romano dispuesto hace ya varios siglos atrás, perdurando tenazmente en el tiempo y en los diversos acontecimientos de la historia, ya sean políticos, sociales o militares; acontecimientos estos que no pudieron eliminar este Derecho al intentar suplantarlo con otro.

La Iglesia Católica Apostólica Romana, junto con el Derecho Romano conforman las dos únicas instituciones que siguen vigente sobre la faz de la tierra, teniendo a la Iglesia como el único ente que pudo soportar todos los embates y los largos períodos de evolución en los que estuvo inmersa la civilización, encontrándose hoy en día católicos en los menos inimaginables lugares recónditos de nuestro planeta. Similar situación ocurre con el Derecho Procesal Romano, que si bien ya no se lo aplica rigurosamente como fue dispuesto por los romanos, deja su primera huella de creación en todas las legislaciones de los distintos países que lo componen.

De una lectura rápida del organigrama dispuesto en paginas anteriores, notamos que nuestra Ley N° 1337/88 “Código Procesal Civil” encuentra sus orígenes en los romanos. En aquel entonces, dotar de un derecho procesal para el ejercicio de la acción tenía la firme intención de sustraer del pensamiento del ciudadano romano el ejercicio de la temible justicia por manos propias, precepto tan opuesto al “Dar a cada uno lo que es suyo” de Ulpiano.

El Derecho Procesal Romano es asimismo responsable directo de la creación del Abogado, al establecer que los litigantes podrían hacerse representar por medio de mandatarios o representantes, personas éstas entendidas empíricamente en el arte de hablar y en el manejo y dominio de las distintas leyes. Actualmente, sin el Abogado sería imposible dar inicio al proceso; es decir, presentar la demanda, dado que nuestro derecho positivo vigente establece inexorablemente el patrocinio del Abogado matriculado en la Corte Suprema de Justicia.

Así también, ya con el Procedimiento Extraordinario se establece que el Juez es un funcionario público, dotado de la mayor investidura y potestad necesaria para impartir justicia en forma independiente. El Juzgador poseía la más amplia libertad de acción dentro del proceso, pudiendo inclusive condenar a menos de lo que pidiera el demandante. Nada más similar es como nos regimos actualmente, momento en el cual el Juez es parte vital de uno de los tres poderes del Estado, en este caso, el Poder Judicial.

El rol del abogado en el Derecho Romano y en la actualidad

Figura que surge con mucho protagonismo dentro del proceso, cuando era menester a las partes hacerse asesorar técnicamente por los Abogados (*advocatus*); denominados también indistintamente oradores (*oratores*), jurisperitos (*jurisperiti*), escolásticos (*scholastici*) y togados (*togati*).

El Abogado era necesario a las partes; tanto si actuaban en el proceso por sí mismas, como si lo hacían por medio de sus representantes, dado que los mismos estaban superiormente dotados de conocimientos jurídicos, además de dominar la oratoria y constituir en efecto de una elevada posición social, situación que lo convertía en cierta forma en una profesión elitista, dado su estrecho vínculo con la clase política gobernante.

La función desempeñada por los mismos, paso a paso se fue constituyendo esencial para el proceso romano, dado que el litigio podía ganarse o perderse conforme fuera el actuar del Abogado. Dentro de este pensamiento, el arduo trabajo mental realizado por el Abogado no era retribuido en sus inicios, en razón de que estaba estipulado que el mismo fuera gratuito, yendo esto en detrimento del propio proceso romano, en virtud al escaso interés de los buenos abogados en ejercer la función a la cual estaban dotados, teniendo que dedicarse a otras actividades para poder subsistir.

Expuesta esta situación, se determinó posteriormente que la función del Abogado, por ser esta fundamental para el éxito o fracaso de un litigio, podía ser retribuida bajo la apariencia de regalos, que generalmente estaban representados en especies (vino, alimentos, obras de arte, joyas, esclavos, etc.). Estos regalos recibieron el nombre de *honorarium* (honorario), dado que los mismos eran voluntariamente otorgados al Abogado.

Pero igualmente no estaba solucionado del todo la situación suscitada con respecto a los honorarios, dado que los mismos eran aún voluntarios, no teniendo el letrado certeza de que estos serían otorgados, y si así lo fueran, la

cantidad, calidad o validez de las especies, que en muchas ocasiones no tenían utilidad alguna para el mismo.

Hubo un período en que la retribución de los honorarios fue prohibida, norma tan equivocada que tuvo que ser modificada posteriormente, luego de realizar un análisis de la realidad en la cual vivía el letrado, teniendo que prácticamente desempeñar dos funciones: una gratuita (abogado) y la otra remunerada para poder subsistir.

Con Claudio se da otro importante paso en los honorarios, permitiendo que se pueda cobrar, pero limitando la cantidad. El cobro del mismo estaba fundado en los principios de la justa reciprocidad, dado el servicio profesional idóneo desempeñado a favor de una de las partes; premisa conservada aún hasta nuestros días con nuestra actual normativa de gran importancia para todo abogado litigante, refiriéndome a la Ley N° 1376/88 el cual en su artículo 1° establece: "Los honorarios profesionales de abogados y procuradores matriculados, por trabajos profesionales realizados en juicio, gestiones administrativas y actuaciones extrajudiciales, cuando no hubiera contrato escrito, serán fijados de acuerdo con esta Ley. Es nulo el contrato sobre honorarios inferiores a los establecidos en este arancel, como la renuncia anticipada, total o parcial de los mismos".

El ejercicio de la Abogacía fue totalmente reglamentado, siendo requisito fundamental ser versado en las leyes romanas, como asimismo en el difícil arte de la oratoria. Se prohibía ejercerla a los impúberes, los sordos, los ciegos, los herejes, las mujeres y a los condenados a penas infamantes. Así también, dada la importancia de la función social desarrollada por el mismo, estaban exentos de prestar cualquier carga pública, con el fin de dedicarse enteramente a sus funciones de representar y defender a sus "clientes".

El verdadero letrado no debía constituirse en un hombre de dos caras; es decir, el brillante desempeño desplegado diariamente en tribunales no debía ser opacado por un estilo de vida escandaloso, dado que el mismo constituye la extensión de la persona de sus representados; razón por la cual, su forma de vivir debía guardar cierta relación con su desempeño profesional generalmente cuidadoso, además de poseer como virtud la prudencia (en sus actos como en las informaciones confiadas por los demás).

El Abogado tiene una misión que trasciende su Estudio y los Tribunales. Vive inmerso en la comunidad y es responsable ante ella, como lo es ante sus clientes o ante los tribunales. El Abogado carga con una triple responsabi-

lidad: defensor de su cliente, auxiliar de la justicia y modelo y orientador de sus conciudadanos. El mismo debe enseñar a respetar las leyes, a practicar la verdad, la sencillez, la austeridad y el orden, que son las verdaderas fuerzas creadoras de una sociedad.

Se entiende que por sus conocimientos del derecho, su formación humanística y su experiencia de vida, el Abogado está ubicado en una posición privilegiada para reformar las costumbres y procurar un mejor entendimiento entre los hombres.

Destaco también la enorme responsabilidad del Abogado en todos los ámbitos, pero muy especialmente en la política, dado que prueba de ello es que si se examina la historia nacional, nos encontraremos que fueron Abogados los que ocuparon la mayoría de los cargos ejecutivos y las bancas legislativas a través de los tiempos. El Abogado, por formación, está mejor dotado para la confrontación de opiniones, cualidad indispensable para el buen ejercicio de esos cargos políticos y de gran trascendencia para una nación.

Finalmente, alego que el Abogado, además de desempeñarse desplegando todos sus conocimientos jurídicos en beneficio de su parte, es la expresión de la libertad por excelencia; siendo, asimismo, portador de la cultura y de conducta personal en sus relaciones diarias, situación que lo convierte en actor en la difícil misión de administrar justicia con buena fe en todos los actos en los cuales se involucre; sean estos judiciales como de la vida común.

El Abogado debe honrar a su profesión, dado que es actor directo en la administración de justicia; tal cual lo establece Addison diciendo que “No hay otra virtud más grande y divina que la Justicia”.

EL DERECHO COMO ARTE, CIENCIA, VALOR Y PODER

Por Maurizio De Oliveira Lagoa Sforza (*)

En más de una oportunidad, en mi vida de estudiante y luego ya en el ejercicio de la profesión, asimismo como en la actividad docente, me encontré en situaciones que no podían ser explicadas en forma satisfactoria dentro del esquema de análisis jurídico tradicional y conservador en el que me había formado.

¿Cómo congeniar, por ejemplo, la distinción entre derecho y moral –como compartimentos estancos– con la sanción normativa del ejercicio abusivo del derecho y la buena fe? ¿Cómo explicar la independencia de la norma jurídica respecto del dogma religioso dada la penalización de la bigamia?. Estos cuestionamientos son meramente ilustrativos y no pretenden agotar las interrogantes con las que uno podría llegarse a enfrentar. Tal vez, el cuestionamiento más punzante era aquél que me hacía pensar en el cómo y por qué es posible la asimetría social generada por el reparto de poder y riqueza, aún cuando adecuado a derecho, cuando todo el sistema jurídico esta impregnado de valores de igualdad, dignidad y libertad –paradoja entre normas jurídicas y valores rectores del ordenamiento jurídico– (1).

(*) Relator de la Corte Suprema de Justicia. Profesor Auxiliar de la Cátedra de Romano I, Tercera Sección, Turno Noche, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A. Profesor Auxiliar de las Cátedras de Romano I y II, Sección II, de la Facultad de Derecho de la U.C.A.

(1) “Sin embargo, la cuestión no resulta tan sencilla. El notorio ‘jurista como tal’ de Windscheid, constreñido por la ley de la diferenciación social a no ‘preocuparse por consideraciones éticas, políticas o económicas’, se ve forzado, por la misma Ley, a abandonar dicha constricción y a incorporar estas consideraciones no jurídicas en el seno de su razonamiento autónomo

En un muy interesante artículo, de autoría de la Dra. María Isolina Dabove, titulado "El derecho como complejidad de saberes diversos" y publicado en "Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Año III – Número 3", se encontramos una concepción del mundo jurídico como "objeto cultural" y una reflexión sobre el Derecho como un fenómeno complejo.

Agrega en este sentido al citada autora, que el saber será definido en el marco del mundo jurídico "como aquel conjunto de 'información' referida a hechos o abstracciones, que se expresan en proposiciones 'lógicas' y responden a algún criterio de 'verdad' admitido como válido para el caso" (2).

En esta línea de ideas, se propone que es necesario concebir el Mundo Jurídico como un "fenómeno complejo" (3); que ciencia del derecho, técnica jurídica (actividad de los abogados) y derecho jurisdiccional, derecho normativo, etc., son conceptos distintos, englobados todos dentro de un gran fenómeno conocido como Derecho. Si bien tienen todos elementos comunes, no son sinónimos (4). Tienen como elemento común la interacción social, sin embargo, enfocan ese fenómeno desde distintos puntos de vista y con distintos objetivos.

La actividad abogadil, por ejemplo, tiende a la justificación del accionar de su representado, busca la solución de un problema social dado y que la solución provea un determinado interés para una de las partes. En su actividad puede emplear herramientas de distintos géneros, algunas técnicas(5),

---

[...] El Derecho se ve forzado a producir una realidad jurídica autónoma, no pudiendo al mismo tiempo inmunizarse a sí mismo frente a las conflictivas realidades producidas por otros discursos sociales". Gunther Teubner. El Derecho como sujeto epistémico. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. DOXA 25 (2002). http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091vcxdxzz481851665679/doxa25_17.pdf Págs. 558 a 559.

(2) Sobre la lógica jurídica como método para convencer sobre la verdad, *vide*: Ch. Perelman, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Reimpresión año 1988. Editorial Civitas S.A. Madrid, España. Pág. 233.

(3) Como consecuencia de esta "complejidad", a lo largo del presente trabajo, no me limitaré a utilizar en este ensayo solamente las fuentes científicas, sino que recurriré a otros tipos de saber.

(4) De ninguna manera se aplica en esta materia la expresión del cantautor cubano: "No es lo mismo, pero es igual".

otras del conocimiento popular e inclusive algunas contrarias a derecho(6). La actividad abogadil no busca explicar el por qué de la imputación de la consecuencia jurídica al hecho social; busca tan solo la imputación de una consecuencia específica al accionar de su representado. Pretende una modificación de la realidad, con un interés subjetivo. Es, en suma, una actividad que busca la adhesión del órgano jurisdiccional, en la cual el elemento científico no juega un rol necesario.

Como mecanismo de aplicación y empleo de herramientas, el derecho es un arte y como tal era ya considerado en el mundo romano "*ars boni et aequi*", y puede ser considerado una herramienta en sí mismo. Herramienta que a su vez podrá ser utilizada para traer igualdad objetiva donde las condiciones naturales crearon desigualdades; para proveer seguridad, paz y justicia; para cristalizar una estructura de poder. Como herramienta puede ser utilizada en pos de lo bueno equitativo, pero puede no ser así también (7).

El Derecho como conjunto de preceptos normativos generados a partir de las pautas de interacción que los componentes de una sociedad consideren como de cumplimiento indispensable, o como herramienta de opresión de una oligarquía o aristocracia preconstituida (tendiente a ampliar y mantener el poder (8)), o como quiera que plazca ver al fenómeno normativo, es anterior a cualquier ciencia jurídica. Su existencia es coetánea a la del grupo social donde existe.

---

(5) Entendida la técnica como la hija dilecta de la ciencia y como tal, producto de ella.

(6) "Procuro ante el Tribunal y a menudo defiendo una mala causa, con mentira, argucia e intrigas, con delaciones glosas e incisos hago demorar el derecho". Rima citada por Eric Wolf en "*El carácter problemático y necesario de la ciencia del derecho*". Abeledo – Perrot. Bs. As. – Arg. Pág. 27.

(7) Como la ciencia jurídica estudia el Derecho y su expresión, considero adecuado incluir dentro del concepto de Derecho a los sistemas normativos injustos. Como dice el refrán: "no creo en las brujas, pero de que las hay, hay". No creo que un Derecho que no tienda a la justicia, a la paz social y a la seguridad, que sea arbitrario e irrespetuoso de la dignidad humana, merezca ser llamado Derecho, a pesar de ello, de que los hay, hay.

(8) "El poder no es un medio, sino un fin en sí mismo". O'Brien. George Orwell. "1984". 15ª Edición. Barcelona, España. Ediciones Destino. Pág. 257

Cabrían planteamientos de tipo filosófico sobre si un derecho arbitrario o malo es derecho. Yo respondo que el derecho, como fenómeno normativo, es una realidad construida por el Mundo jurídico, fenómeno complejo de múltiples componentes, a los efectos de la efectividad de la norma y del estudio de sus relaciones como un sistema de adjudicación de consecuencias a las conductas realizadas en sociedad. El derecho es un producto social y, como tal, sujeto a modificaciones. Si la sociedad reconoce que hay más en el derecho que lo meramente normativo y con preeminencia sobre el elemento legislado, este concepto debe ser considerado. Si la sociedad está conforme con una postura contraria, será infructuoso pretender hacer valer un criterio más amplio de la realidad jurídica. Será política en todo caso (9), entendida la política como la herramienta argumentativa por la cual una persona intenta convencer a un grupo social sobre la utilidad de una idea para el conjunto o como el arte de institucionalizar formalmente un tendencia social (10). En tanto y cuanto el convencimiento del grupo se haga generalizado y las nuevas pautas admitidas, podremos hablar de una modificación en el concepto de derecho que tenga la sociedad.

Pido paciencia en este punto, no refiero que el Derecho deba ser lo que dice que es, digo que la herramienta normativa utilizada en la calificación de conductas, para determinar el empleo de la fuerza pública en auxilio o perjuicio de un individuo es lo que ella dice que sea (11). Esta herramienta se llama Derecho, este conjunto de normas se llama Derecho. Y debe ser estudiado y analizado y criticado, y los individuos instruidos, para que así pueda, eventualmente, ser superado (12). Esto me lleva a la pregunta: ¿Qué puede haber de científico en un Derecho arbitrario? (13). Definitivamente hay expresiones del fenómeno jurídico que no pueden ser indicadas como científicas. Ya

(9) “Si critica la legislación hace *política legislativa*”. Werner Goldschmidt. Introducción Filosófica al Derecho. 4ª Edición. Depalma. Pág. 104.

(10) Así, Heller refiere cuanto sigue: “En este sentido puede definirse la política como el arte de ‘transformar tendencias sociales en formas jurídicas’”. Citado por Carlos Alberto Gheri en “Daño moral y psicológico”. Tercera edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 2006. Pág. 16, cont. de la nota 13.

(11) El Derecho, como conjunto de normas es un sistema autopoietico.

(12) Sobre la necesidad de instruir al público sobre lo que es Derecho y cómo esto afecta al desarrollo de la ciencia y la técnica jurídicas, así como la actividad jurisdiccional, hablaremos más adelante.

(13) El lector sabrá excusar lo paradójico de la frase, conforme con las ideas ya explicitadas más arriba.

sea por su objeto, su fin o por su carencia de método en la consecución del resultado.

¿Significará lo antedicho que la ciencia jurídica no es científica por ello?

Esta concepción de derecho presupone, asimismo, por motivos lógicos a la existencia de la filosofía jurídica (¿se dirá acaso que la filosofía jurídica es científica? (14)). ¿Qué ser humano puede tolerar impasiblemente un Derecho arbitrario sin cuestionarse sobre sus fundamentos o sus fines?.

No creo, a pesar de lo antedicho, que este orden lógico se materialice en una relación de prelación histórica, en el sentido de derecho normativo primero, derecho ciencia y derecho filosofía después. Tal vez la ciencia jurídica pueda aparecer como un concepto o fenómeno posterior, dado que la ciencia está dada, en parte como ya se dijo, por el método y el método es una obra histórica no instantánea. Recién cuando el método supere en proporción a la intuición y a los preconceptos en la producción del conocimiento podrá hablarse de un conocimiento científico (15). Sin embargo, el conocimiento filosófico es menos estricto en cuanto a método, si bien requiere un razonamiento sistemático, esta sistematicidad, a mi humilde criterio, no necesariamente va mucho más allá del simple pensar correcto (16). Además, si la filosofía pone énfasis en las preguntas y en las zonas limítrofes de la realidad y el conocimiento, no creo menos que posible admitir que con la aparición de un fenómeno, que ponga límites a la libertad individual (Derecho normativo), aparezca en forma conjunta el cuestionamiento sobre por qué es de una manera y no de otra.

---

(14) Adhiero a la postura de que el conocimiento filosófico tiene un carácter residual o de vanguardia (según se quiera) y que consiste en poner en crisis los fundamentos del conocimiento científico. *Vide* Dabove, artículo citado al inicio de este ensayo, págs. 96 y 97.

(15) No tengo la ingenuidad de aceptar que el método científico sea estéril ideológica o políticamente. Mucho menos emocionalmente. Es un producto humano y como tal gozará de lo bueno y sufrirá lo malo que imprima la naturaleza humana a toda obra de su intelecto.

(16) Esta es una postura moral más que nada. Me repudia pensar que solamente determinadas élites sean aptas para cuestionarse sobre los fundamentos de su existencia y el mundo que los rodea (es decir, para filosofar).

La práctica o técnica jurídica irá surgiendo en forma espontánea, como fruto del conocimiento popular o como elaboración a partir de la ciencia jurídica, así como la actividad del órgano gobernante encargado de la función jurisdiccional creará la práctica judicial o jurisdiccional, entendida como la técnica empleada para la modificación de la realidad por medio de la imputación de consecuencias jurídicas a las situaciones planeadas ante el juzgador.

No crea el lector que me olvidé de la pregunta qué es ciencia jurídica.

Antes de entrar en esta materia, me gustaría recordar tres ideas romanas: *iustitia*, *iurisprudentia* y *ius*, cada una con un alcance especial y cada una integrante del mismo fenómeno, es decir, el Mundo Jurídico.

Quiero citar a los romanos porque ellos intuían las distintas manifestaciones del mundo jurídico, como pasaré a mostrar a continuación, aún cuando no tenían una definición clara y diferenciada, en términos epistemológicos, sobre los distintos tipos de conocimiento o una noción clara de lo que es ciencia.

Así, "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"; "*Iurisprudentia est divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*"; e "*Ius est ars boni et aequi*" (17).

A partir de estos aforismos, podemos realizar un ejercicio argumentativo, sin pretender de ninguna manera que el resultado de dicha actividad arroje una conclusión histórica sobre la existencia de una teoría general del derecho en el mundo romano, pero que será útil para que nosotros podamos tener una adecuada comprensión de la complejidad que constituye el fenómeno jurídico.

La justicia como parámetro de calificación para las estructuras y marcos teóricos del Derecho, canon para determinar la validez o completitud del mismo, según se adecue a la noción que la sociedad tenga de "lo que corresponde a cada uno". La *iustitia* así vista es un valor utilizado para poner en crisis lo que sabemos sobre el mundo jurídico. Esto, sin olvidar que toda concepción latina sobre el derecho debe ser considerado en relación con la práctica y el ejercicio de una actividad. Sin embargo, las palabras *constante, perpetua, ius, suum* son claros elementos valorativos, idóneos para la calificación del fenómeno jurídico particular.

(17) Digesto, Libro I.

La jurisprudencia, ciencia del Derecho como hoy se la conoce, o como lo veían los romanos, aparecería así como un conjunto de conocimientos relacionados con el Derecho y necesarios para entender el Mundo Jurídico. El elemento *divinarum rerum,* las cosas divinas, que aparece en la definición, no es incongruente con los restantes. No es discutible la relevancia de la religión en el fenómeno jurídico y dos ejemplos claros e ilustrativos son suficientes para demostrarlo: 1º La prohibición de la poligamia y su penalización (18), 2º La penalización de la perturbación de la paz de los difuntos (19). En lo referente al conocimiento de las cosas humanas, *humanorum rerum notitia,* se hace evidente que quien no pueda entender la forma en la cual se relacionan los pobladores de una localidad y sus creencias y perjuicios, no podrá nunca entender ni aplicar el conjunto normativo que regula las situaciones particulares. Y, por último, el conocimiento de lo que debe y no debe ser el fenómeno jurídico, *iusti atque iniusti,* desde la perspectiva valorativa que el "*iurisprudente*" deberá saber sustraer de la cultura en la cual se halla inmerso.

Y el *ius,* el derecho, como arte. ¿Quién puede negar el carácter de herramienta técnica del derecho?. Modifica nuestra realidad, querámoslo o no. Lo bueno y lo equitativo, determinan la extensión y la intensidad en la aplicación de la técnica. Y a quien no quiera reconocer que la moral (lo bueno...) forma parte del derecho, que le baste con analizar instituciones tales como el ejercicio abusivo del derecho, la lesión, la imprevisión, la buena fe, etc.

Los romanos hacían, a mi criterio, filosofía del derecho, conocimiento jurídico –no digo ciencia, sino conjunto de saberes necesarios para aplicar el *ius*– técnica jurídica, es decir, la actividad de los particulares al realizar negocios jurídicos, la de los *procuratores* y *iurisprudentes* al brindar asistencia, y la de los magistrados y *iudex* al realizar la imputación de la consecuencia que ordene la norma. Todos elementos distintos, pero integrantes de un mismo fenómeno, lo que hoy damos por llamar Derecho. Veo, en síntesis, un pluridimensionalismo, en el cual cada elemento del conjunto está impregnado por la imprenta de los demás elementos. Así, el arte impregnada del conocimiento y de valor; el elemento valorativo impregnado de arte y conocimiento y, por supuesto, el conocimiento impregnado de valor y arte (20).

---

(18) Art. 224, Código Penal Paraguayo.

(19) Art. 231, Código Penal Paraguayo.

(20) Insisto en la advertencia realizada al iniciar el presente ejercicio argumentativo, los romanos veían todo el fenómeno, considerando siempre el conjunto y el pragmatismo. Por ello, a lo que me refiero se trataría de una

Invito al lector a comparar estas definiciones con las expuestas por la Dra. María Isolina Dabove, en el artículo ya citado, a los siguientes conceptos: "Filosofía aquel saber que se construye a partir de la puesta en crisis de los supuestos de referencia, en una búsqueda abierta de sabiduría" (21); "el saber científico puede ser conceptualizado como aquel conjunto de actos de conocimiento –o sistema de decisiones metodológicas– descriptos e integrados por proposiciones y teorías" (22); "El conocimiento empírico o popular, en cambio, se va gestando a través de la experimentación espontánea [...] da lugar a creencias o *doxa*, relativamente funcionales al despliegue de la vida cotidiana" (23); "el saber religioso se diferencia [...] no sólo por los métodos empleados en sus descubrimientos (la fe, la razón, la intuición), sino por su objeto de investigación (lo sobrenatural, Dios)" (24); y "técnica, tecnología y sus derivados" (25) como "un cuerpo de saberes concretos, elaborados con fines absolutamente prácticos, de los cuales se derivan modelos, herramientas o maquinarias, viables para resolver de manera eficaz conflictos cotidianos o extraordinarios"(26). Claro que el derecho es un conjunto de saberes multidisciplinares y más vale que para su correcta aplicación o estudio deba conocerse qué porción de cada área entra en juego.

El estado de las cosas en la actualidad me lleva a pensar que existe una confusión entre Derecho y sus manifestaciones, y ciencia jurídica –una de las manifestaciones del Derecho–, la cual me hace pensar en una confusión entre objeto de estudio y método de estudio. Especialmente cuando consideramos a la ciencia como "una metodología cognoscitiva y una peculiar manera de pensar acerca de la realidad" (27). No implique esta posición identificar a la ciencia con cualquier conocimiento obtenido por un método más o menos sistemático, el fin de la aplicación del método es un requisito condicionante para hablar de ciencia. Ese fin debe ser la obtención de un conocimiento con

---

intuición pluridimensionalista, no una teoría general del derecho pluridimensional romana.

(21) Obra citada, pág. 96.

(22) Obra citada, pág. 97.

(23) Obra citada, pág. 99.

(24) Ídem.

(25) Términos utilizados por la Dra. Dabove en forma indistinta para los fines de su artículo y que aplico de igual manera en este comentario.

(26) Ídem, pág. 98.

(27) Gregorio Klimovsky. *Las desventuras del conocimiento científico*. Bs. As. – Arg. 5ª Edición. A-Z Editora. Pág. 15.

alto grado de probabilidad, en las palabras de la autora del artículo comentado, la obtención de un conocimiento que demuestre "su consistencia conjetural" (28), sin este fin, no es posible hablar de conocimiento científico (29).

En este punto, quiero resaltar que tal vez "un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin Derecho" (30) –aunque de seguro una ciencia del derecho ayudará a que se viva aún mejor–. "La ciencia se encuentra con la ingrata misión de resolver estas dudas, de sistematizar lo arbitrario" (31). La filosofía se encarga de establecer el marco teórico dentro del cual realizar esta sistematización. Kirchmann reniega de la ciencia jurídica debido a que los legisladores y los jueces no siempre dan oído a la misma, sin embargo, no veo esto como un argumento válido, sino tan solo como un defecto coyuntural de una sociedad determinada.

A medida que aumenta el nivel de desarrollo humano y el conocimiento que las personas tengan de "su derecho", aumentarán las exigencias de fundamentación y motivación científica de las decisiones tomadas en ejercicio del gobierno a través del poder judicial, por medio de su función jurisdiccional.

Dijimos que la ciencia debe sistematizar lo arbitrario, pero según los parámetros más estables. Con esto rebatimos la crítica de Kirchmann en cuanto a la supuesta lentitud de la ciencia jurídica. Una moda no es un producto estable, que sirva de parámetro para regular conductas y relaciones tendientes a prolongarse en el tiempo. Así, pues, coincido con Eric Wolf cuando expresa: "Toda ciencia del derecho, aun su versión anglo americana, presenta siempre y necesariamente un carácter conservador pues debe aclarar el dere-

---

(28) María Isolina Dabove. *El derecho como complejidad de saberes diversos*. "Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho". Año III – Número 3. Pág. 97.

(29) "Las concepciones científicas más estrechas hacen que la forma del conocimiento o la lógica prevalezcan sobre el objeto". 29 Miguel Ángel Ciuro Caldani. *Meditaciones acerca de la ciencia jurídica*. "Revista de la Facultad de Derecho". Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Números 2/3 Noviembre de 1982. Pág. 91.

(30) Julio Germán von Kirchmann. *El carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho*. "La ciencia del Derecho". V.A. . Bs. As. – Arg. 1949. Editorial Losada S.A. Pág. 254.

(31) Kirchmann, obra citada, pág. 274.

cho existente y para poder comprenderlo y valorarlo debe trabajar 'históricamente'. Toda jurisprudencia tiene que vérselas primeramente no con un orden que recién debe constituirse sino con un orden hace ya mucho tiempo constituido" (32).

No se debe confundir el producto de la técnica procesal o jurídica, que es la modificación de la realidad mediante la creación modificación o extinción de relaciones jurídicas o la puesta en marcha de la fuerza pública monopolizada, con "un vasto conjunto de tácticas empleadas para construir el conocimiento" (33). El conocimiento así creado es científico y el conjunto de tácticas es el método. El método se utiliza para crear conocimiento científico, este producto es a la vez utilizado (aunque no exclusivamente) para crear técnicas, las cuales son utilizadas para modificar la realidad.

En esta distinción entre objeto de conocimiento y conjunto de conocimiento sigo la línea trazada por Kirchmann –aunque sin compartir sus conclusiones sobre el carácter acientífico de la ciencia jurídica–, cuando expresa: "La jurisprudencia, como cualquier otra ciencia, se ocupa de un objeto que existe libre e independientemente, sin preocuparse de si la ciencia existe, si le entiende o si no le comprende" (34), y concluir con él que "el objeto de la jurisprudencia es, por tanto, el Derecho" (35), aunque discurro en cuanto a la extensión de lo que el autor da por llamar Derecho, conforme ya se verá más adelante y de acuerdo con lo ya expuesto por la Dra. Dabove en el artículo que me permito comentar, es decir, que el derecho es un conjunto de conocimientos, hechos y conductas.

Lo importante es saber a qué nos referimos cuando decimos Derecho. No es vana la nostalgia del latín que siento en este punto, el cual distinguía entre derecho, conocimiento necesario para el ejercicio del derecho (*iurisprudentia*) y justicia con palabras distintas.

La justicia es un valor y como tal se utiliza para calificar la realidad. Los romanos, permítaseme ser reiterativo en este punto, referían que era la voluntad constante y uniforme de dar a cada uno lo suyo, por ende, el acto en

---

(32) Obra citada, pág. 45.

(33) Gregorio Klimovsky. Obra citada, pág. 22.

(34) Kirchmann, obra citada. Pág. 253.

(35) Ídem. La perspicacia de Kirchmann me lleva a citarlo frecuentemente, por más que no esté de acuerdo con sus conclusiones.

el cual se transluce la intención de dar a alguien lo que le corresponde, será calificado como justo. Como deseable, como deber ser del comportamiento. El derecho que se adecue al deber ser, al conjunto valorativo será un derecho deseable. La filosofía define esos valores, la filosofía dicta el deber ser jurídico, aún cuando no crea en un conjunto de axiomas inmutables, ya expresa una postura del deber ser jurídico, destinándolo a calificar las relaciones y los hechos sociales de acuerdo a pautas menos rígidas y otorgadas por la realidad de la convivencia organizada y lo que ésta estime conforme con sus intereses.

¿La práctica jurisdiccional es científica? El derecho jurisdiccional es una técnica específica, realizada en ejercicio del gobierno (Art. 3 Constitución Nacional de la República del Paraguay (36)) es una técnica político – jurídica inclusive. No busca explicar, busca imputar consecuencias. La ciencia jurídica busca interpretar lo que la sociedad considera, a través del universo jurídico, como la imputación más adecuada de consecuencias a un hecho social. No es la creación del conocimiento fin de la actividad jurisdiccional, sino la aplicación del Derecho. Gracias al reconocimiento y desarrollo de los derechos fundamentales del hombre, los fallos jurisdiccionales deben ser públicos y fundados. La motivación deberá ser correcta en términos científicos y adecuada en términos de valores sociales (37). Como queda visto, la actividad jurisdiccional es técnica, no es científica. Es ejercicio de la función jurisdiccional del Gobierno de una Nación. Esto explica la necesidad de la cosa juzgada y al independencia que ésta tiene respecto de la ciencia del Derecho. La cosa juzgada es una necesidad pública y política, que nace del empleo de una herramienta técnica. La actividad jurisdiccional recurre a la ciencia debido a las exigencias generadas por el "Estado de Derecho" y el respeto a los "Derechos Fundamentales del Ser Humano", pero su objetivo es la obtención de la sentencia, *es la creación de la cosa juzgada*, no la producción de conocimiento científico (38). En este sentido, se ha afirmado que: "el pro-

---

(36) "El Gobierno es ejercido por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial".

(37) "No basta que la decisión parezca equitativa, sino que es preciso además que sea conforme con el derecho en vigor y aceptable como tal por los que la examinan". Ch. Perelman, obra citada, pág. 214.

(38) "La sentencia realiza el proceso de transformación de la norma jurídica del mandato abstracto en mandato concreto; mediante la sentencia, el mandato toma cuerpo, se individualiza y se define". Francesco Carnelutti. *La Prueba Civil*. Bs. As. Año 1979. Ediciones De Palma. Pág. 4.

ceso de búsqueda sometido a normas jurídicas que constriñen y deforman su pureza lógica, no puede en realidad ser considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino para una fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos" (39).

Si bien primero hablé de que existiría una confusión que llevaba a la identificación de todos los elementos que hacen al fenómeno jurídico, también creo que existe una excesiva clasificación y especialización de las diversas expresiones del fenómeno jurídico. La identificación lleva a que no podamos distinguir cuáles son los elementos que actúan en la creación del Derecho; la rigurosa clasificación y especialización llevan a que perdamos una visión del conjunto. Ambas desviaciones tienen una misma consecuencia, la aproximación al Derecho como un fenómeno unidimensional.

¿Cómo surgieron estas desviaciones y confusiones entre los distintos elementos que integran el fenómeno jurídico?, y fundamentalmente, ¿por qué, con qué objetivo?.

Roxana Vásquez y Giulia Tamayo expresan sobre la necesidad de distinguir todos los elementos que conforman el enmarañado mundo jurídico: "Enfrentadas a un edificio conceptual bajo el cual se reproduce la legalidad como factor aparente disociado del fenómeno de la violencia y las relaciones de poder, metodológicamente resultaba necesaria una tarea que denominaremos de 'decodificación' respecto del Derecho, vale decir, deselaborar los conceptos tras los cuales el Derecho se presenta como conocimiento, interpretándolo de partida como lo que la hipótesis de Nietzche propone, el conocimiento es una invención ('*erfindung*'), y que Foucault recoge para desarrollar la relación entre el sujeto (o mas propiamente, los sujetos) y el conocimiento". Las citadas escritoras ven al conglomerado que forma el Mundo Jurídico como una herramienta para mantener las estructuras de poder, como "Una violencia ritualizada en la cual los perdedores y ganadores previsibles reconstruyen el librero de las relaciones de poder y son devueltos a una violencia menos simbólica, al ejercicio del poder y de violencia en la dimensión de la vida cotidiana". Ante esta situación, proponen como tarea de la ciencia jurídica "la de identificar aquellos elementos en la realidad que han sido inadecuada o defectuosamente reglamentados y procesados por el sistema jurídico, los mismos que estarían alentando factores de desorden" (40).

---

(39) Carnelutti, obra citada, pág. 21.

Tengo que reconocer que nunca antes me había planteado en forma tan vívida la problemática del Derecho y de las expresiones del Derecho desde esta perspectiva. Pero, y esto debe generar un llamado de atención en el lector, quienes denuncian a aquellos que pretenden encasillar y categorizar las distintas expresiones del Derecho y obligar así a un enfoque unidimensional del tema, se expresan en términos similares: "Creemos notorio que, por ejemplo, el propósito de dar única consideración a las normas, como lo indica la teoría 'pura' del Derecho, oculta juegos de intereses que a muchos nos importa –y mucho– estudiar y evaluar en el marco jurídico. La 'teoría pura' es, a nuestro parecer, un 'metodologismo' que 'logiciza' lo que ocurra y se niega a discutir las metas del Derecho. Resulta una ideología al servicio de los poderosos que han hecho las normas y confían en los órganos de aplicación"(41). Personalmente, aún no llegué a la conclusión de que Kelsen haya tenido en mente perpetuar estructuras de poder y tiranías o gobiernos arbitrarios. Sí

---

(40) *Violencia y Legalidad*. Lima – Perú. Año 1989. Editorial Visual Service S.R.L. Si bien las autoras expresan que el sistema de poder y violencia que se pretende mantener está ligado al género, no niegan que la construcción del género esté ligada a la concepción de sistema productivo. Entendí el planteamiento de las autoras de la siguiente manera: para que la expropiación del trabajo por parte de las corporaciones sea efectiva, el trabajo y el tiempo de las mujeres debe ser igualmente expropiado y orientado a la realización de las labores que el expropiado productor de bienes fuera del hogar no pueda realizar dentro del hogar.

33bis En el libro "*La Tercera Ola*"; Alvin Toffler expresa que estas distorsiones epistemológicas son consecuencia de una intensa lucha de poder, un intento de las potencias imperantes por mantener una suerte de *status quo*. "Luchar contra los asesinos de ideas que se apresuran a matar cualquier nueva sugerencia sobre la base de la inviabilidad, al tiempo que defienden como viable lo que ahora existe, por absurdo, opresivo o estéril que pueda ser". Barcelona, España. Año 1982. Plaza y Janes, S.A. Editores. Pág. 509. Creo que las posturas indicadas en estas dos notas son complementarias y que deben ser tenidas en consideración en la búsqueda de elementos que generen, respecto del fin que debe tener el arte de lo bueno y equitativo, distorsiones dentro del sistema normativo y del mundo jurídico en general, cuidándonos de no caer víctimas del sistema de repetición de estructuras del poder en que nos hallamos inmersos.

(41) Miguel Ángel Ciuro Caldani. La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica. Fundación para las investigaciones jurídicas, Rosario – Arg. Pág. 51.

puedo decir que el mismo Kelsen defendía su concepción alegando la inocuidad ideológica de su "Teoría" (42). Lo concreto es que existe una estructura de poder, un sistema que se repite a sí mismo y que se beneficia con los enfoques simplistas que hagamos del fenómeno jurídico.

Ya hemos visto cuáles son algunos de los elementos de ese fenómeno que damos por llamar Mundo Jurídico. Ahora bien, ¿cómo se integran estos elementos?.

Werner Goldschmidt nos refiere que: "Basta un análisis superficial del fenómeno jurídico para descubrir bajo su superficie elementos de diferente índole. Estos elementos pueden someramente designarse mediante las voces: conducta, norma y justicia".

"En efecto, si pasamos revista a lo que en la vida cotidiana suele llamarse 'lo jurídico', nos encontramos, en primer lugar, con una congerie de conductas llevadas a cabo por jueces, secretarios, funcionarios del ministerio público, abogados del Estado, abogados, procuradores, escribanos y también por cualquier habitante del país cuando se casa, arrienda un departamento, compra un diario o contrata los servicios del dueño de un medio de transporte; en segundo lugar, nos enteramos de lo jurídico cuando estudiamos los códigos del país y el sinfín de manuales y tratados dedicados a su análisis; en tercer lugar, conducta y normas nos conmueven, sea que su justicia nos complazca y reconforte, sea que su injusticia nos indigne y subleve" (43).

La citada es una visión que podríamos llamar Goldschmidtiana del fenómeno multidimensional, que pone bastante énfasis en los campos de conocimiento que deben ser abordados para la cabal comprensión del mundo jurídico.

A la postura precitada, me gustaría agregar la descripción del fenómeno jurídico y la simultánea influencia de sus componentes, hecha desde un pluridimensionalismo realizada por Alda Facio Montejo: "Es así que el fenómeno jurídico desde esta nueva concepción se forma de tres componentes: 1.- el componente formal – normativo (sustantivo); 2.- el componente estructu-

(42) "No hay ninguna tendencia política de la que no haya sido acusada la Teoría pura del derecho. Ésta es la prueba –ella misma no podía darla mejor- de que ha sabido conservar su carácter de Teoría 'pura'". Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Prefacio a la Edición Alemana de 1934. Buenos Aires, EUDEBA, 1987. Pág. 13.

(43) Introducción Filosófica al Derecho. 4ª Edición. Depalma. Pág. 8.

ral y 3.- el componente político – cultural. Estos componentes están dialécticamente relacionados entre sí de tal manera que constantemente uno es influido, limitado y/o definido por el otro al tiempo que influye, limita y/o define al otro, a tal grado que no se puede conocer el contenido y efectos que pueda tener una determinada ley, un principio legal, una doctrina jurídica, si no se toman en cuenta estos tres componentes" (44).

Continúa, la autora citada, expresando que: "el componente formal – normativo de la ley sería sinónimo de lo que muchos (as) tratadistas llaman la norma *agendi*, es decir la ley formalmente promulgada o al menos, formalmente generada [...] El componente estructural de la ley, sería el contenido que los/as legisladores/as, las cortes, las oficinas administrativas, la policía, y todos los y todas las funcionarias que administran justicia, le dan a las reglas y principios que se encuentran en el componente formal normativo, al crear, seleccionar, combinar, aplicar e interpretarlos [...] El componente político – cultural de la ley es el contenido y significado que se le va dando a la ley por medio de la doctrina jurídica, las costumbres, actitudes, tradiciones y conocimiento que de la ley tenga la gente, así como el uso que la gente haga de las leyes existentes, las derogadas que en la vida diaria siguen vigentes, y las relaciones entre las leyes escritas y las no escritas, todo lo cual va creando las leyes no escritas que la mayoría acata. Es así que también en este componente político cultural existen leyes no escritas, leyes que no están formalmente promulgadas pero que además de ser obedecidas por la mayoría son formalmente reforzadas".

En suma, el mundo jurídico está compuesto de una variedad de elementos; existen corrientes que pretenden mimetizar estos componentes dentro de una gran masa, o clasificarlos y catalogarlos de tal manera que no puedan identificarse con el conjunto; y creo que el resultado de tales enfoques unidimensionales conlleva a un equivocada percepción del mundo jurídico, fragmentando la realidad y la percepción de un fenómeno complejo. Es como ver una faceta del fenómeno y generalizar su validez, extendiéndola a los otros elementos o directamente ignorándolos (45), creando así una cortina de humo que nos incapacita para producir, como científicos del derecho, conocimientos útiles, nuevos y apropiados sobre la realidad del mundo jurídico.

---

(44) Alda Facio Montejo. Una metodología para el análisis de género de un texto (contexto) legal.

(45) Es como ver la realidad a través del Espejo de Venus. Lo que se ve es verdad, pero es una verdad fragmentada e insuficiente para una adecuada comprensión del Mundo.

En conclusión, podemos afirmar que el derecho es conocimiento, en todas sus formas, es arte y técnica y es organización del poder. Siendo así, la ciencia del derecho deberá analizar todo estos aspectos y tener en cuenta las distintas áreas de conocimiento.

Como expresara el Profesor Caldani: "A la luz de nuestra concepción tridimensional, la ciencia es un orden de actos de conocimientos (dimensión gnoseológica), descripto e integrado por un ordenamiento lógico (dimensión lógica) y valorados, orden y ordenamiento, por el valor verdad (dimensión ateneológica). Al hilo de esta concepción amplia la ciencia abarca todos los niveles del conocimiento, desde el filosófico al "científico" y al vulgar"(46).

A medida que nos enfrentamos con nuevas formas de interacción y conflicto sociales y que las respuestas conservadoras brindadas por las teorías generales del derecho tradicionales no acierten en responder a problemas tales como la crisis de los conceptos de autonomía de la voluntad, del negocio jurídico, bioética, nuevas formas de familia y otras realidades generadoras de conflictos justiciables, irreductibles a una sola dimensión epistemológica, creo que se hace más y más necesario el enfoque del mundo jurídico a partir de una teoría general que pueda señalar la complejidad e interacción de las distintas dimensiones del mismo, sin perder de vista la adecuación de la realidad legislativa y social al estándar valorativo pregonado (47). Por ello, es necesario afirmar que no es posible seguir obviando el avance de las distintas teorías pluridimensionales que sobre el mundo jurídico se han elaborado a estos efectos y cuyo empleo se hace obligatorio para lograr los tan codiciados objetivos de justicia, paz, orden y seguridad.

(46) Miguel Ángel Ciuro Caldani. Obra citada, pág. 90.

(47) "Para ser humanista el régimen debe respetar la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres, con miras a lo cual son exigibles el liberalismo político, la democracia y la '*res publica*'. La justificación tiende a disminuir la 'distancia' entre los repartidores, en nuestro caso los jueces, los recipiendarios y la comunidad, acentuando la igualdad y la comunidad, la democracia y la '*res publica*'". Miguel Ángel Ciuro Caldani. Comprensión Trialista de la Justificación de las Decisiones Judiciales. DOXA 21-II (1998) http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volII/DOXA21Vo.II_06.pdf Pág. 87.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PARTICIPACIÓN Y LA DEMOCRACIA

Por Ricardo Haro (*)

Luego que los panelistas que me han precedido en el uso de la palabra han realizado exposiciones de tanta hondura y brillantez, voy a presentar algunas reflexiones sobre un aspecto que creo de capital importancia como presupuesto extrajurídico de la democracia, cual es el de la participación. Reflexiones en las que subyacen posturas doctrinarias, que por el respeto que me merece la ilustración de los señores profesores, evitaré citar.

A esta altura de la sesión, no quisiera que de las magníficas exposiciones precedentes, y por una errónea interpretación haya surgido en algunos un cierto escepticismo respecto de la posibilidad concreta de realización de una vida democrática en nuestra organización política, pues si remarcamos excesivamente tanto las exigencias que presupone la democracia, como las carencias que padecemos individual y socialmente, es muy posible que podamos llegar a la convicción de que la democracia es un estupendo tema para dialogar, pero una inalcanzable utopía para realizar.

Nosotros hacemos una profesión de fe democrática, pero también hacemos una profesión de fe en nuestra capacidad como pueblo para encarnar un estilo democrático, con todas las limitaciones y defectos que tenemos, pero también con las posibilidades y virtudes que no siempre han sabido educarse y canalizarse con imaginación y seriedad política.

Nos urge –comprometidos con nuestro pueblo y con su historia– pensar y repensar a partir de la realidad, cuáles son los presupuestos concretos que

---

*) Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

exige una vigencia democrática más auténtica y eficiente, sin desconocer que ella es fruto de una permanente tensión entre el ser y el deber ser, propio de todo proceso humano que paradójicamente, desde las limitaciones de su existir, busca afanosamente el perfeccionamiento del ser.

Apoyado en este espíritu, mis reflexiones estarán dirigidas más a los aspectos existenciales y formativos que la democracia y la participación reclaman, pues como muy bien dijo alguna vez Monseñor D'Andrea, a la democracia hay que sentirla; pues saberla definir es conocerla, pero saberla sentir, es vivirla".

I. La participación y la democracia

Entre participación y democracia existe una relación muy íntima, pues si esta pretende la integración de la mayor parte de los componentes de una sociedad en el quehacer colectivo y, por ende, en el político, va de suyo que la participación en cuanto es un 'tomar parte" activamente en el proceso social, se convierte en un presupuesto insoslayable de aquella. Podríamos decir sintéticamente que "a mayor participación, mayor vigencia democrática", pues solo en tanto los miembros de la sociedad participen en la concreción de los objetivos políticos de la misma, habrá una democratización en las relaciones de poder; en cambio, una pobre o nula participación será el factor decisivo para la instauración de un sistema autocrático.

Desgraciadamente la realidad humana nos muestra crudamente una apatía, una indiferencia a la participación en los diversos niveles y sectores de las relaciones sociales. Ello impone un sostenido proceso educativo que cambie las mentalidades, las actitudes personales, paralelamente al cambio de estructuras. Todo esquema doctrinario o científico, por impecable que sea, si no logra una "conversión" de los hombres, será solamente una hermosa fórmula de gabinete para discusiones académicas, mientras la vida seguirá transitando por otros cauces más vigentes.

La participación, como la democracia, se apoyan en un profundo sentido antropológico, pues el hombre como ser social solo recorrerá caminos de perfección en la medida que la verticalidad del "yo" se realice simultáneamente con la horizontalidad del "nosotros», y a que la planificación de su personalidad exige el desarrollo de su doble dimensión: individual y social. El hombre "es", en la medida que "convive" con los demás, que "toma parte" en las interrelaciones humanas.

Toda personalización requiere la participación de "todos los todos que integran el todo social", en la consecución del bien general. Por ello, son erróneas y desnaturalizantes las posturas que sostienen la participación como un mero mecanismo de enervación o aflojamiento de tensiones sociales o como un modo solo aparente de otorgar: legitimidad a los procesos de formación de la voluntad social o política.

II. La participación: Derecho y deber

Ahora bien, estimados amigos, la participación como la democracia son realidades que encuentran su plenitud solamente en el cumplimiento coetáneo de sus dos dimensiones: como derecho y como deber.

La diaria experiencia nos muestra que en cada miembro de la sociedad se ha hecho carne la participación como potestad, "el derecho a participar". Quizá, nutrido por los condicionamientos y motivaciones de su pergeñamiento histórico, ha permanecido en la conciencia social como derecho que se reivindica, que se grita, que se arrebata, pero que lamentablemente también se agota estérilmente en su sola, continua y alienante declamación.

Todos reclaman el derecho a la participación y a veces agresivamente. Pero llegado el momento de ejercer el derecho, ¿se cumple con el deber de participar? ¿Existe la conciencia de la necesidad y la obligación de participar, como respuesta responsable al ejercicio del derecho, como compromiso vital que se debe asumir a pesar del sacrificio, la generosidad y los riesgos que ello implica? ¿No son signos desalentadores la apatía y la indiferencia que señalábamos más arriba? Parecería que el egoísmo individualista, mal que nos pese, ha calado muy hondo en nuestro ser y generalmente sofoca toda toma de conciencia de las obligaciones que la solidaridad social nos impone. Prueba de ello es la escasa participación efectiva que se observa en la vida de los centros vecinales, sindicatos, partidos políticos, clubes y cualquier otro tipo de institución que requiere el esfuerzo común.

Ha llegado la hora de hablar menos de los derechos de la democracia, y vivir y exigir más responsablemente los deberes de la democracia; la falla no está en el sistema, siempre perfectible, sino en nuestras conductas; no negamos la crisis en las estructuras e instituciones, pero mucho más grave es la crisis moral de nuestro comportamiento.

III. Educar para la participación y hacia una participación educadora

Todo esto nos lleva a señalar que si la democracia es un estilo de vida, una manera de situarse el hombre en el mundo social, ello supone necesariamente un proceso educativo que vaya inculcando en los individuos los valores, los contenidos y comportamientos básicos que alimentan la vivencia democrática.

Y si la educación es un proceso que se inicia con la existencia misma del hombre, ya desde la infancia habrá que plasmar ese estilo participativo en el quehacer de la felicidad común. Nosotros entendemos que debe replantearse muy seriamente en qué medida la familia y la escuela, la universidad y la empresa, educan y forman para la democracia, la participación, la solidaridad. En qué medida los métodos pedagógicos y los sistemas laborales, las actividades culturales, deportivas y recreativas, las profesionales y las políticas y, en fin, todas las estructuras y mecanismos sociales, cultivan e inculcan en la diaria realidad, creencias democráticas como por ejemplo: la dignidad de la persona humana, de la mía, pero también de la del otro; el respeto por los derechos e ideas ajenas; la libertad y la igualdad, como posibilidades de ser; un profundo sentido de solidaridad y de justicia social, de coparticipación y corresponsabilidad en los esfuerzos comunes.

He aquí una veta que requiere un trabajo serio y medular, pues como muy bien lo señalara ayer nuestro querido amigo el maestro Mario Justo López, en los actuales momentos, no tenemos derecho a ser superficiales.

Por otra parte, y como etapas simultáneas de un mismo proceso, junto a la educación “para” la participación debemos educar “en” la participación, a través de una atractiva, dinámica y adecuada integración infantil, juvenil y adulta en todos los niveles y ámbitos de actuación.

De esta forma, la democracia sirve a la planificación de la persona humana, porque ella “no es tanto una ideología, una doctrina o un sistema, como una forma de ser con los demás, un estilo de vida personal y social”.

IV. Algunas sugerencias concretas

Estas reflexiones, este pensar en voz alta sobre realidades tan acuciantes y decisivas, me han llevado a formular algunas sugerencias que me atrevo a poner en la consideración de ustedes.

1.- Siendo la democracia una forma de convivencia, requiere indispensablemente la participación de los hombres en el quehacer colectivo, como una dimensión esencial de su naturaleza social y una exigencia de la realización de su personalidad individual o comunitaria.

2.- Junto al derecho, es necesario afirmar el deber de participar en las tareas y organizaciones sociales y políticas, como respuesta responsable al ejercicio de aquel.

3.- El objetivo perenne del sistema democrático supone una permanente educación personalizante "para" y "en" la participación, de modo tal que se promueva una creciente participación social y política, ya que esta no puede darse sin aquella. Bien se ha dicho que "el grado de desarrollo social juega aquí un papel fundamental. Es un condicionante de éxito de cualquier ensayo democrático".

4.- En parte, la consecución del objetivo precedente requiere la expansión de nuevos modos y niveles de participación, adecuada en la familia, la escuela, la universidad, la empresa, el centro vecinal, las asociaciones culturales, profesionales y deportivas, los partidos, el municipio, la provincia, la región, la nación. Creemos importante la aplicación progresiva y prudente de un sistema autogestionario en diversas formas de organizaciones sociales.

5.- En este aspecto, es fundamental la idoneidad de los mecanismos y modos de participación para promover la actitud participativa en la consulta, deliberación, toma de decisiones, ejecución y evaluación de ellas por los interesados, dentro de un orden jerárquico de autoridad.

6.- Es imprescindible "motivar" la participación, destacando el repertorio de creencias y valores que sustentan y concretándolos en realizaciones que por su vigor atraigan y convenzan a los escépticos e indiferentes. Esto se verá coadyuvado por el creciente sentido protagónico que se advierte en importantes sectores ante la desconfianza inspirada en grupos seudo dirigentes.

7.- Un profundo sentido de solidaridad social impulsará a todos a integrarse, colaborar y cooperar con los demás en la consecución del bien común, sintiéndose corresponsables en la instauración de un orden de convivencia basado en la libertad y la justicia. Esta actitud irá descartando todo escapismo y evasión que en el conocido "No te metas", ha herido de muerte a la existencia social.

8.- Otro aspecto decisivo para la participación es el de la información, tema sobre el que tan galana y eruditamente nos ha hablado esta mañana Jorge Xifra Heras. No puede haber participación si no hay información, lo cual exige una gran fluidez de comunicación entre las instituciones y los individuos, desde la cúspide hacia las bases y desde estas hacia aquellas; ello presupone una "sintonía" y un lenguaje adecuado que no la frustre. Aquí, es urgente reexaminar la función de los medios masivos de difusión, y su manejo en algunos casos por organizaciones oligopólicas y monopólicas, que tienden a menudo a deformar la opinión pública, mediante una distorsionada información.

9.- Hace a la esencia democrática el convivir en la discrepancia, en el pluralismo que enriquece frente a la monotonía de la uniformidad. Nuestros hombres y mujeres deben tener capacidad para participar "juntos a" en el empeño común, en diálogo sincero y abierto, con abandono de slogans y esquemas dogmáticos, superando la intransigencia totalitaria del blanco y del negro –que tanto daño hace– y descubriendo las variadas tonalidades grises. Decía nuestro preclaro César Enrique Romero, que "la manera de vivir democrática implica la vigencia del diálogo, que para Platón era el arte de los hombres libres. El monólogo es propio del autoritarismo. Y dialogar, es ya una forma de participar".

10.- Finalmente quiero señalar que esta filosofía participativa deberá promover reformas también en las estructuras del poder y en los procesos de gestación de las decisiones políticas, para que dentro del contexto de una Democracia Social, asegure la vigencia en la organización y el funcionamiento de los partidos políticos, en la instauración de formas semirrepresentativas o vías directas de consulta popular, en la integración institucional de los grupos de presión y asociaciones profesionales, en el replanteo de la representación política y de los sistemas de elección de los funcionarios, en los órganos de gobierno y de control, en la garantía a la existencia, respeto y libre accionar de la oposición.

V. Las nuevas perspectivas

Estas reflexiones nos llevan a coincidir, fervientemente, con quienes sostienen la necesidad de "recrear la democracia". La democracia surgió en su concepción política, como una técnica de gobierno, conformada por las peculiares circunstancias históricas que vivían los hombres de los siglos XVIII y XIX. Se la idealizó como un "gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo". Pero este pueblo estaba inspirado en una cosmovisión individualista

propia de la época, en la que el sujeto de la democracia era "el ciudadano" y la forma de expresar su participación era el "sufragio" esporádico.

Hoy las cosas han cambiado sustancialmente, y debemos recrear una democracia con sentido social, para un mundo con un intenso y expansivo proceso de socialización, entendido ello, tanto en el sentido de acrecentamiento de las interrelaciones e interdependencias subjetivas, como de la proliferación de agrupamientos sociales en los que el hombre se siente inmerso, y en los que juega, a cada momento, su destino, su realización, su felicidad.

De esta forma la democracia no "estará" en el gobierno y en las relaciones de poder, sino que, penetrando todas las dimensiones de la convivencia humana, las personalizará y las vivificará en esa creciente y legítima apetencia de los hombres de hoy, a una mayor participación en el poder, en la cultura y en la riqueza, apetencia que como signo de los tiempos, nos está marcando definidos e ineludibles derroteros.

Sabemos que la tarea no es fácil; pero también sabemos que la tentación de "lo fácil" ha frustrado y distorsionado todos los más nobles y auténticos procesos de transformación cultural, social y política. Es que aquí se trata de instaurar una forma o estilo de vida más humana y mal podremos lograrlo, sin una "conversión" en el espíritu, la mentalidad y la actitud existencial del hombre protagónico en la sociedad. Esto, evidentemente, no es fácil, pero hay que hacerlo.

Solo así trabajaremos "en seguro", porque de esta forma, habremos refundado la democracia a partir de la recreación de su artífice que es el hombre. Olvidar esta perspectiva puede ser alienante. Afirmarla junto a las demás, es construir sobre roca firme. Entonces, y solo así, parafraseando a Mc Ilwain "la democracia será el único clima moral en que el hombre pueda realizar el sagrado derecho de ser hombre". Nada más. Muchas gracias.

INSTRUMENTACIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Por Helio Juan Zarina (*)

A. PODER CONSTITUYENTE

Nociones previas. Concepto

Entre 1688 y 1789 se produjeron las tres grandes revoluciones que dieron nacimiento al Estado constitucional moderno: la Revolución Inglesa (1688), la Revolución Norteamericana (1776) y la Revolución Francesa (1789). Con esta última, precisamente, aparece con entidad propia la doctrina del poder constituyente.

Durante esos cien años se registraron cambios que gravitaron profundamente en las instituciones y en la concepción del Estado. Pero, fundamentalmente, se extinguieron las particularidades esenciales del tipo de Estado anterior al del movimiento político-cultural del "constitucionalismo": el feudalismo, los estamentos y las corporaciones.

Las revoluciones Inglesa, Norteamericana y Francesa rompen con esos esquemas y, en su lugar, se afianzaron durante los siglos XVII y XVIII nuevas concepciones filosóficas y políticas. Así, como afirma Vanossi (Teoría constitucional, pp. 8 y 9), del Estado absolutista, sin límites, donde el rey lo puede todo, se pasó a una concepción en la cual es el hombre quien realmente tiene los mayores fines; el Estado tiene objetivos limitados, porque el hombre es anterior y superior a él.

(*) Jurista argentino.

De esta forma, asistimos –expresa el mismo autor– al proceso totalmente opuesto, en el cual el Estado se comprime, se limita a muy pocas funciones: garantizar el orden, la moralidad, la defensa y la seguridad. Todo lo demás lo hace el hombre en sociedad y queda librado a la iniciativa, a la acción humana. Entonces, para cristalizar y dar expresión instrumental a todo eso, había que institucionalizar el Estado, por medio de lo que van a ser las modernas constituciones. Las constituciones –en el sentido moderno y actual de la palabra– aparecen a fines del siglo XVIII como el documento escrito en el cual queda institucionalizada esa nueva concepción.

Surge, entonces, con la Revolución Francesa y como entidad propia, el concepto de poder constituyente, ya que hasta entonces las normas fundamentales eran obra del absolutismo monárquico de cada Estado. Y ese poder constituyente asume una gran trascendencia, porque juega un papel principal en los procesos constitucionales de formación y reforma de las constituciones.

Es que para institucionalizar el Estado, para darle las normas supremas, la comunidad –o si se prefiere, con más propiedad, el pueblo– cuenta con una facultad, con una capacidad, con una potestad para proveer a su organización política y jurídica, y establecer una Constitución. Esa potestad también la tiene el pueblo para modificar la Constitución que se ha dado originariamente.

Por eso, podemos definir el poder constituyente como la facultad de acción, como la competencia o capacidad del pueblo para promover a la organización política y jurídica del Estado mediante una Constitución, y para revisar esta cuando lo crea necesario, en forma total o parcial, una vez sancionada.

Tipos. – Del concepto dado surge la distinción entre dos tipos de poder constituyente: el originario y el derivado, aunque en este terreno la doctrina no es pacífica.

En efecto, existen autores, como Carl Schmitt y Luis Recaséns Siches, que solo reconocen el carácter de “constituyente” al poder originario, mientras que la mayor parte de la doctrina se inclina, dentro del tipo constitucional rígido, por otorgar también calidad de constituyente al poder reformador o derivado. Para nosotros, esta última es la tesis aceptable.

a) *Originario*. Constituye el Estado en el momento inicial de su nacimiento, al darle un ordenamiento jurídico. Por eso se lo llama, también, primigenio o fundacional: funda un Estado, que adquiere su existencia política como tal con su primera Constitución.

b) *Derivado*. Está encargado de reformar total o parcialmente la Constitución sancionada anteriormente; es decir que tiene la capacidad de modificar la Constitución vigente. De allí que se lo denomine, también, poder reformador. Ampliamos el tema en el § 40, al cual remitimos.

Titularidad. – La titularidad del poder constituyente gira alrededor de las concepciones modernas sobre autocracia y democracia. Habrá una u otra, según la relación que exista entre los detentadores y los destinatarios del poder.

En la primera (autocracia) impera el principio minoritario por el predominio de un sector que ejerce el poder constituyente y el poder político, basado en la fuerza (evidente o disimulada) con carencia de libertad política.

En la democracia prevalece el principio mayoritario, con un poder constituyente cuya titularidad pertenece al pueblo, que se expresa mediante el uso de su libertad política.

La idea sobre titularidad del poder constituyente ha variado a través del tiempo. Actualmente y en la cultura occidental, se ha extendido y arraigado la creencia democrática según la cual corresponde al pueblo la titularidad de ese poder, para así decidir libremente sobre el modo y la forma de su existencia política y jurídica.

Vale decir que según esa teoría, se cree hoy que el poder constituyente corresponde a la comunidad nacional, al pueblo, de manera plena, indivisible, inalienable e imprescriptible.

Los regímenes de Constitución escrita presentan sus enunciados basados en las ideologías que sustenta el régimen, y ello permite detectar a quién corresponde la titularidad del poder constituyente. En la Constitución nacional, dicha titularidad originaria reside en el pueblo, como surge claramente del comienzo y de la parte final del Preámbulo, cuando expresa: “Nos, los representantes del pueblo de la Nación Argentina, ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”. Resulta así la titularidad democrática del poder constituyente, porque nuestra ley suprema

aparece como sancionada por los representantes del pueblo de la Nación y en nombre de él.

El ejercicio del poder constituyente derivado, según nuestra Constitución, también pertenece al pueblo. Esta conclusión se basa en los términos del Art. 30 de la ley suprema, cuando expresa: "El órgano que ejerce ese poder constituyente es "una convención convocada al efecto". Este contenido se complementa con el Art. 33 en cuanto reconoce los derechos no enumerados que nacen del "principio de la soberanía del pueblo" y de la "forma republicana de gobierno".

Por tanto, en nuestro régimen político-constitucional la titularidad del poder constituyente, tanto originario como derivado, pertenece al pueblo. Esto equivale a afirmar que el principio de legitimidad, titularidad y ejercicio del poder constituyente reconoce un solo punto de partida, que es el hombre como sujeto de su libertad civil y política, dentro de una realidad a la que pertenece: el pueblo.

Límites. – Dijimos anteriormente que el poder constituyente puede ser originario o derivado.

a) El poder constituyente originario o en etapa de "primigeneidad", es de carácter ilimitado y absoluto, a la vez que supremo. Es un poder fundador, que constituye el Estado, sin subordinarse a normas de derecho positivo que lo condicionen ni formal ni sustancialmente; carece de límites tanto en los procedimientos como en los contenidos.

Dicho de otra forma, por encima del poder constituyente originario no existe ningún otro poder político ni ninguna regla de derecho positivo que lo subordine. Puede estructurar el Estado como quiera, con una discrecional facultad para elegir el régimen político.

Esa "ilimitación" es puramente positiva, es decir que no reconoce límites en el derecho positivo. Sin embargo, deben reconocerse factores de influencia que actúan sobre el poder constituyente originario y que pueden considerarse extrajurídicos: 1) los factores ideológicos (creencias y valores; p. ej., el derecho natural), y 2) los elementos de la realidad social, que el constituyente debe tener presente para organizar el Estado (p. ej., modo de convivencia, cultura, tradición, religión, economía, etc., de la comunidad).

En conclusión, el poder constituyente originario no está sometido a normas positivas anteriores, pero ello no implica que no esté sometido a otras normas no positivas ni que no deba seguir determinadas orientaciones valorativas.

Los citados no son –como expresamos– condicionamientos jurídicos, pero la influencia de ellos es incuestionable. El constituyente siempre tendrá que tener en cuenta la ideología dominante y la realidad social y estructural que lo circunda. De lo contrario, se arriesgaría a caer en el peligro señalado por Heller: que el "plan" u "oferta" del legislador constituyente no sea aceptado por la comunidad y que no se convierta en derecho vigente; que la normalidad "de abajo" rechace a la normatividad impuesta "desde arriba".

Así ocurrió en el proceso de organización argentino con la Constitución de 1819. Esta era un buen instrumento jurídico-político en cuanto a su redacción, pero no fue aceptada por el pueblo porque no se conformaba a las ideas y al ámbito social en que se pretendió aplicar. De allí su fracaso.

b) Distinto del poder constituyente originario es el derivado, que se moviliza en los procesos de reforma o enmienda de la Constitución. Se trata, pues, de un verdadero poder constituyente que, como la palabra "derivado" lo indica, está regulado en su capacidad, procedimiento, ejercicio y eficacia por la propia Constitución, a cuya revisión se destina.

Así como el poder constituyente originario es ilimitado, el derivado o reformador está subordinado a los límites que le impone la propia Constitución, tanto procesales como sustanciales: los primeros se refieren al procedimiento que se debe observar, y los segundos se relacionan con limitaciones de contenido o sustantivas.

Incluso, la Constitución puede imponer límites temporales, plazos durante los cuales no se la puede reformar (p. ej., la Constitución de 1853 establecía que no debía reformarse hasta pasados diez años desde el día en que la juraran los pueblos).

En consecuencia, la validez del ejercicio del poder constituyente derivado depende del cumplimiento de las condiciones y del procedimiento impuesto por el ordenamiento constitucional. Por eso, cuando el Art. 30 de la Constitución Nacional establece que esta se podrá reformar en el todo o en cualquiera de sus partes, pero que la necesidad de la enmienda deberá ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes de sus miembros,

y que no se realizará sino por una convención convocada al efecto, marca todo un procedimiento que se debe cumplir precisamente, porque cualquier quebrantamiento de éste se traduciría en un vicio o defecto de invalidez.

B. REFORMA CONSTITUCIONAL

Reflexiones previas. La constitución debe encauzar la vida social, política y jurídica del Estado; la vida es cambio porque es historia. Esa evolución de los procesos socio-políticos debe ser asumida por la constitución, por medio de sus normas y de su interpretación dinámica. Ellas están estrechamente ligadas a la realidad social, que incluye todos los elementos que determinan la organización fundamental del Estado. De allí que una Constitución nunca puede pretender su total inmovilidad, su invariabilidad permanente.

Además, es ley suprema con vocación de futuro, con proyección hacia el porvenir que también es una meta que se propone toda formación constitucional. Con propiedad lo define el gran politólogo francés, George Burdeau: "El orden establecido no es aceptado solo por lo que es, sino también por aquello de que es promesa".

Pueden existir normas constitucionales que eran eficientes al sancionarse la Constitución, pero que perdieron funcionalidad ante las nuevas exigencias de los procesos de cambio que operan en la sociedad. Y cuando las normas constitucionales desvirtúan, deforman o dejan de expresar el orden real de la sociedad, la Constitución queda falseada (Hauriou), es decir, "convertida en un mero orden formal cuyos principios son incapaces de vertebrar una sociedad".

En efecto, el desajuste entre la norma y la realidad impide que las instituciones funcionen congruentemente con aquella. Esa distorsión, a la postre, convierte a la ley suprema en un cuerpo muerto y crea el descrédito del derecho y la pérdida de la fe en las instituciones como reguladoras de la vida social. Es preferible, entonces, que la propia Constitución asegure la regularidad de su adaptación antes que ella resulte violada.

Tales reflexiones adquieren mayor significación en nuestra época, caracterizada por vertiginosos cambios sociales. Ello no quiere decir que antes no los hubiera, ya que sería negar la historia. Pero el cambio social, que es normal en nuestros días, está signado por características que difieren de las que tuvieron los anteriores.

En esta época ha variado la naturaleza del cambio. El cambio actual es universal en su proyección, acelerado en su ritmo y profundo en su penetración. Esto explica que estructuras tradicionales, especialmente algunas de contenido político-jurídico, se hallen deterioradas al no estar en condiciones de satisfacer fines básicos del quehacer social.

Pero si bien es conveniente que la Constitución prevea las posibilidades futuras de su reforma para asimilar o acomodarse a las transformaciones que operan en la sociedad, no es menos beneficioso que la misma ley suprema asegure la subsistencia del propio Estado y la satisfacción de fines fundamentales, como la dignidad del hombre, la libertad individual y la seguridad social en sus diversas manifestaciones.

Para ello, la Constitución debe crear los mecanismos y procedimientos necesarios a fin de evitar enmiendas inopinadas, antojadizas, apresuradas o impulsadas por simples cuestiones coyunturales, o por intereses personales, sectoriales o partidarios.

Nuestra Constitución Nacional ha conciliado acertadamente ambos aspectos: prevé la posibilidad del cambio constitucional, pero establece un procedimiento especial para que él se opere. Este procedimiento apunta a la finalidad de que la reforma sea consecuencia de un examen reflexivo, sensato, sereno, ecuánime, que cuente con el mayor consenso popular posible y que haya aceptación por las fuerzas políticas, para asegurar la durabilidad de cualquier enmienda y la estabilidad del régimen.

Nuestro texto constitucional. Antes de entrar de lleno al análisis del texto constitucional, conviene recordar la clasificación que se funda en la facilidad o dificultad que las constituciones ofrezcan para su reforma. Se distinguen, así, dos tipos: a) constituciones flexibles, no estacionarias o elásticas, y b) constituciones rígidas, estacionarias o no elásticas.

Las primeras son aquellas que pueden ser modificadas, en cualquier momento, por el procedimiento legislativo común. Es ejemplo típico de Constituciones flexibles es la inglesa, porque el Parlamento británico tiene, a la vez, los poderes constituyente y legislativo ordinario.

Son constituciones rígidas, estacionarias o no elásticas, las que solo pueden ser modificadas mediante un procedimiento de enmienda especial. Dentro de la rigidez, se pueden distinguir dos modalidades: a) que se requiera para la reforma un órgano legislativo especial (p.ej., asamblea constituyen-

te), caso en el cual se trata de una rigidez orgánica (p.ej., constituciones de la Argentina y de los Estados Unidos de América), y b) que se establezca un procedimiento especial o diferenciado (p.ej., mayoría cualificada, doble aprobación, etc.), aunque atribuido a los mismos órganos que tienen a su cargo la legislación ordinaria (el Parlamento o Congreso). Ejemplos de constituciones con rigidez agravada son las de Noruega y Finlandia.

Analizaremos ahora las disposiciones respectivas del texto constitucional argentino.

a) *Etapas de la reforma*. Prescribe el Art. 30: "La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una convención convocada al efecto".

El procedimiento reformatorio consta, pues, de dos etapas: a) la declaración, apertura o iniciación, donde el Congreso establece la necesidad de la reforma y desata o impulsa la actividad de los mecanismos de enmienda, y b) la revisión propiamente dicha, efectuada por una convención reunida para considerar las reformas propuestas por el Congreso.

Aquí aparecen bien diferenciadas y separadas las dos funciones, llevadas a cabo, incluso, por medio de órganos distintos: el poder preconstituyente, que es la primera etapa, corresponde al Congreso nacional (Poder Legislativo) y el poder constituyente, que es la segunda etapa, está reservado a una convención (poder extraordinario).

Sancionadas las reformas por la convención constituyente, quedan incorporadas directamente al texto de la Constitución. Una vez publicadas esas modificaciones, son obligatorias desde la fecha que disponga la convención, porque nuestra Constitución no añade la etapa de ratificación de la reforma y ningún poder constituido tiene competencia para promulgar o poner en vigencia la enmienda constitucional.

b) *Declaración o ley*. La doctrina discute si la necesidad de reforma debe ser hecha por el procedimiento de una ley ordinaria o si, al contrario, debe ser efectuada en forma de declaración por el Congreso.

La posición favorable a que se haga en forma de declaración se apoya en que es un acto de naturaleza política preconstituyente y que, en conse-

cuencia, no debe tomar la forma de una ley. Por lo demás, con prescindencia de esta forma, se sustrae el acto del Congreso de la posibilidad del veto presidencial y se excluye la iniciativa del Poder Ejecutivo en materia de enmienda de la ley suprema.

Esa posición es sostenida por Sánchez Viamonte (Manual de derecho constitucional, p. 348), González Calderón (Curso de derecho constitucional, p. 22), Bidart Campos (Manual de derecho constitucional argentino, p. 85), Linares Quintana (Tratado de la ciencia del derecho constitucional, t. II, p. 205) y Estrada (Curso de derecho constitucional, t. II, pp. 27 a 29).

A su vez, Montes de Oca (Lecciones de derecho constitucional, t. 1, pp. 498 y 499) Ramella (Derecho constitucional, pp. 23 y 24) y Vanossi (Teoría constitucional, t. 1, p. 325) sostienen la tesis contraria. Para estos autores, la forma apropiada para declarar la necesidad de la reforma de la Constitución (función preconstituyente) es la de una ley, y no la de una declaración. El trámite de aquella, en consecuencia, debe ser el mismo que el de una ley común u ordinaria.

Los antecedentes parlamentarios demuestran que en la totalidad de los casos se procedió mediante la forma de ley: Ley 234 (de la Confederación) en 1860; Leyes 171 y 172 en 1866; Ley 3507 en 1897; Ley 13233 en 1948; Ley 24309 en 1993, cuya sanción dio lugar a un cuestionado procedimiento.

En las reformas constitucionales de 1957 y de 1972, se hallaba disuelto el Congreso nacional y los gobiernos de facto acudieron al dictado de los denominados decretos leyes para la convocatoria de las convenciones constituyentes (Decr. Ley 3838/57, ampliado por Decr. Ley 6809). En 1972, se recurrió a la mal llamada Ley 19608 denominada “Ley declarativa fundamental”.

Finalmente, las enmiendas de 1972 fueron inconstitucionalmente insertadas en la ley suprema por los entonces gobernantes de facto (la Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas) y estaban contenidas en el llamado “Estatuto fundamental” del 24 de agosto de 1972. Tales enmiendas rigieron hasta el 24 de mayo de l 981, porque a partir de esa fecha la reforma constitucional de 1972 quedó sin efecto.

Muy fugazmente, hemos expuesto el procedimiento inconstitucional seguido en las reformas de 1957 y 1972. El lector advertirá, especialmente en el último caso, cómo ilegítimos gobiernos de facto arrasaron con las institu-

ciones fundamentales de la República y desconocieron la voluntad popular, hasta llegar a la inadmisible y extraña decisión de modificar la Constitución –ley suprema de la República– solo tres personas (en 1972, Lanusse, Rey y Coda que, como comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas, ejercieron el gobierno de facto de entonces).

c) *Extensión de la facultad congresional*. La convención reformadora no ejerce el poder constituyente originario –por esencia ilimitado–, sino el derivado; en consecuencia, debe actuar de conformidad con las normas establecidas por la propia Constitución, a cuya reforma está destinada.

Nuestra ley suprema ha determinado como requisito esencial previo la declaración de la necesidad de la enmienda constitucional por los representantes del pueblo de la Nación y de las provincias (el Congreso; Art. 30), en un acto de carácter preconstituyente.

Pero esa facultad congresional no es ilimitada. El Poder Legislativo, al declarar la necesidad de la enmienda constitucional, debe actuar dentro de ciertos límites, de tal forma que no invada el ámbito de la competencia y del normal funcionamiento ulterior de la convención reformadora.

Según la Constitución nacional y la jurisprudencia parlamentaria anteriormente señalada, el Congreso se limita a declarar la necesidad de la reforma constitucional y a convocar la convención respectiva (Arts. 30 y 75, inc. 32); allí terminan sus funciones.

Por su parte, la convención reformadora solo reconoce las limitaciones que surgen del contenido de la Constitución, de la cual dimana. Una vez que comienza a actuar en su carácter de poder constituyente reformador, obra en plenitud como órgano soberano y no puede ni debe admitir ninguna clase de condicionamientos o interferencias que pretendan imponerles los poderes constituidos, que no resulten de la ley suprema.

De esta forma, si se suscitaran dudas sobre la preeminencia de las facultades y funcionamiento de la convención que actúa en la órbita de su competencia y del Congreso, habría que optar por la supremacía de la primera.

d) *El problema de los dos tercios*. El acto declarativo de la necesidad de la reforma exige un quórum especial del Congreso: las “dos terceras partes, al menos, de sus miembros”. Esta cláusula abre algunos interrogantes como cuál es el total de miembros del Congreso sobre el que se toma ese

quórum: ¿el de cada Cámara, el de los miembros en actividad, o el de los miembros presentes?

La cuestión es polémica en doctrina, porque las tres posiciones expuestas tienen sostenedores.

Los partidarios de una interpretación en favor de los dos tercios sobre la base de los miembros que componen cada Cámara, argumentan que cuando el constituyente quiso que un quórum se compute sobre los miembros presentes se refirió expresamente a ello, como en los casos de los Arts. 59, 66 y 81 de la Const. Nacional. En todos los demás casos corresponde el cálculo sobre los miembros del cuerpo por ser, además, la interpretación que está de acuerdo con el carácter rígido de nuestra Constitución, que trata de dificultar y no facilitar su reforma.

Esa posición admite una variante: la que sostiene que los dos tercios deben calcularse sobre los miembros en actividad o "efectivos" de cada Cámara (descarta a los renunciantes, los fallecidos, etcétera).

Finalmente, la posición que sustenta la mayoría de los dos tercios de los miembros presentes, parte de la base de que cuando la Constitución no exige un quórum extraordinario, las Cámaras sesionan válidamente con el quórum del Art. 64. Ese quórum ha sido establecido por dicho artículo en la mayoría absoluta de sus miembros. Mayoría absoluta es más de la mitad de los miembros; no la mitad más uno como se afirma comúnmente. Si tuviéramos 301 legisladores, más de la mitad son 151, mientras que la mitad más uno son 152. Esta posición de los dos tercios presentes fue defendida por la mayoría de los constituyentes en ocasión de la reforma de 1949.

Examinando los precedentes consagrados por la práctica institucional argentina, comprobamos que se ha decidido tres veces por el criterio de los miembros presentes en cada Cámara (en 1860, 1866 y 1948), y una por el criterio de los dos tercios sobre la totalidad de los miembros que componían cada Cámara (1897). En 1957 y 1972, la necesidad de la reforma fue declarada por gobiernos de facto, por estar disuelto el Congreso. Sobre estos casos y la ley de reforma 24309 de 1993, nos remitimos a lo expuesto en el punto b.

Convención reformadora. Veamos sus principales aspectos.

a) *Composición*. Descartamos la posibilidad de que el mismo Congreso, que declara la necesidad de la reforma, actúe como convención constitu-

yente. Precisamente, el Art. 30 de la Constitución Nacional delimita las funciones del Congreso y remite la etapa de la revisión a un órgano ad hoc o especial, que es la convención reformadora, la que ejerce el poder constituyente derivado previsto por la misma ley suprema.

Pero este Art. 30 no regula cómo se eligen los integrantes de la convención, lo que motiva que la doctrina no sea pacífica al respecto. Así, encontramos publicistas como Lozada (Instituciones de derecho público, p. 175) y Bidart Campos (El derecho constitucional del poder, t. 1, p. 297) que admiten que el Congreso puede válidamente, al emitir el acto declarativo de necesidad de reforma, establecer quiénes han de componer la convención convocada, sin participación del cuerpo electoral.

Por nuestra parte sostenemos que los miembros que integran la convención reformadora deben ser elegidos popularmente, en ejercicio del derecho que nace –como derecho no enumerado– del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (Art. 33, Constitución Nacional).

Esa conclusión se compadece, además, con la forma representativa y republicana de gobierno (Art. 10) y con la manifestación de fe democrática sobre la titularidad del poder constituyente, que formula el Preámbulo de la Constitución.

Los precedentes existentes demuestran que las convenciones reformadoras han sido, en nuestro país, órganos pluripersonales y unicamerales, integrados por convencionales designados mediante elección popular (Ley 234 de 1860, que remite al Art. V del Pacto de San José de Flores y al Art. 30 del Convenio del 6 de junio de 1860; Ley 172 de 1866, Arts. 1° 40 y 60; Ley 1030 de 1880, Arts. 20 y 30; Ley 3507 de 1897, Arts. 30 y 40; Ley 13233 de 1948, Arts. 40 y 50; Ley 13262 de 1948, Art. l°; Decr. 29196 de 1948, Art. 1º; Ley 14404 de 1955, Arts. 20 y 40; Decr. 3838 de 1957, Art. 5° modificado por Decr. Ley 6809 de 1957, Art. 1º; Decr. 4300 de 1957, Arts. 1° y 20, y Ley 24309 de 1993, Arts. 8º a 10).

b) *Elección y número de convencionales*. Nos parece acertada la elección de los convencionales constituyentes en forma directa y por el sistema de representación proporcional.

Este sistema ha dado lugar a una extensísima literatura político-jurídica, favorable o contraria. Sin entrar a analizar esos argumentos, solo señala-

mos que se ha dicho, entre otras cosas, que el sistema proporcional multiplica en demasía la representación de los partidos políticos, lo que dificulta la formación de una mayoría estable y conspira contra una legislación homogénea.

Consideramos que esos argumentos pueden ser esgrimidos cuando se trata de la integración de los órganos constituidos del poder (p.ej., elección de diputados). Pero aquí no se trata de esos casos, sino de una convención reformadora, que debe ser una fotografía o una carta topográfica que reproduzca en pequeño las tendencias y opiniones del país sobre la Constitución y las enmiendas que se pretenden.

Por otra parte, la participación pluralista permite que el texto constitucional surja como producto de una síntesis de ideas, juicios, pareceres y preferencias del cuerpo de electores y corrientes que operan en la comunidad, para que genere un auténtico consenso social.

Por esas razones, nos inclinamos por una convención que en su constitución aparezca como un espejo, en el cual se refleje cualitativa y cuantitativamente la vida político-jurídica del país, con sus tendencias y opiniones.

Los precedentes existentes en la República respecto del sistema electoral, pueden agruparse de la siguiente manera:

1) Elecciones de convencionales que se practicaron con arreglo a la ley general de la materia: Ley 172 de 1866, Art. 6°; Ley 1030 de 1880, Art. 30, que proyectara la Convención de 1881 a la cual no se hizo necesario recurrir; Ley 3507 de 1897, Art. 40; Ley 13233 de 1948, Art. 5°; Ley 14404 de 1955, Art. 4°, que se refiere a la frustrada Convención de ese año.

2) Elecciones de convencionales practicadas conforme al sistema electoral (representación proporcional), establecido en el decreto de convocatoria de la convención: Decr. 3838/57, Art. 70 y Ley 24309 de 1993, Art. 10.

Respecto del número de convencionales constituyentes se han seguido distintos criterios que podemos sintetizar así:

1) Número en la proporción establecida por el Art. 34 de la Constitución de 1853 (Art. 30, Convenio del 6 de junio de 1860, al cual se remite la Ley 234 de 1860).

2) El mismo número de diputados y en la proporción que fija el Art. 38 de la Constitución de 1853/60, después de la reforma efectuada en este último año (Art. 10, Ley 172 de 1866).

3) Número igual al que manda cada provincia al Congreso nacional (Art. 20, Ley 1030 de 1880 que preveía la convocatoria de la proyectada Convención de 1881, la cual no se realizó).

4) Número fijo de convencionales (120, según el Art. 70 Ley 3507 de 1897, y 205 de acuerdo con el Art. 30, Decr. 3838/57).

5) El mismo número de convencionales que cada provincia y la Capital Federal envían a la Cámara de Diputados de la Nación (Art. 40, Ley 13233, y Art. 30, Ley 14404).

6) El mismo número que cada provincia y la Capital Federal envían en total al Congreso de la Nación (Art. 90, Ley 24309).

c) *Requisitos para ser convencional.* Inmunidad y privilegios.

Creemos que los convencionales deben reunir las mismas condiciones exigidas por la Constitución nacional para ser diputado, es decir, madurez intelectual, responsabilidad, sentimiento de nacionalidad y vinculación directa y personal con los problemas, intereses y aspiraciones del electorado.

Consideramos que esos requisitos pueden ser suficientes para que el constituyente esté identificado con las demandas del proceso de cambio del mundo actual y con las exigencias de la realidad nacional, a fin de que la Constitución sirva siempre de instrumento, de andamio para construir un país moderno, potente, progresista y justo.

En cuanto a los privilegios e inmunidades, consideramos que deben ser los mismos de que gozan los legisladores nacionales, porque se compadecen con la alta función que deben desempeñar los convencionales.

d) *Facultades de la convención reformadora*. Dijimos ya que el Congreso, en uso de su función preconstituyente, fija el alcance de la revisión constitucional, es decir, si es total o parcial. Esta facultad privativa del órgano legislativo la ejerce cuando declara la necesidad de la reforma en los términos del Art. 30 de la ley suprema.

Si el Congreso declara la necesidad de la reforma total, la convención que ha de ejercer el poder constituyente goza de una competencia amplia. En cambio, si el Congreso se pronuncia por la necesidad de la reforma parcial, la convención solo tiene competencia para expedirse sobre los puntos señalados por el Poder Legislativo.

Tal es la doctrina y la jurisprudencia constituyente argentina: las asambleas reformadoras son soberanas dentro de su competencia, y pueden modificar o no los artículos o normas sometidos por el Congreso nacional a su consideración, pero no deben tratar puntos ajenos al temario fijado en su convocatoria. Es decir, en principio, que la convención es totalmente libre, procede discrecionalmente, con plenas facultades y no queda limitada al compromiso reformador del Congreso. Sin embargo, no debe extender su poder de revisión y enmienda más allá de los artículos o normas que el Poder Legislativo le haya señalado modificar y sobre los cuales se haya pronunciado el cuerpo electoral en oportunidad de la elección de los convencionales.

En nuestro país, las Leyes 234 de 1860, 171 de 1866, 1030 de 1880, 3507 de 1897, 14404 de 1955 y 24309 de 1993 y el Decr. 3838 de 1957, precisaron los puntos sometidos a consideración de la convención reformadora y le fijaron una competencia limitada.

En 1972, el Congreso había sido disuelto por el gobierno de facto entonces en ejercicio del poder. La Junta de Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, por la autodenominada “Ley” 19608, fijó ilegítimamente y con antelación los temas que serían objeto de reforma constitucional. La misma Junta realizó inconstitucionalmente dicha reforma, por el llamado “Estatuto fundamental” del 24 de agosto de 1972.

A diferencia de los casos señalados, la Ley 13233 de 1948 (único precedente de orden nacional) significó la declaración de necesidad de reforma total de la Constitución y le otorgó competencia amplísima a la convención. En efecto, el Art. 1º de dicha ley declara “necesaria la revisión y reforma de la Constitución nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación”.

Por lo demás, la doctrina y la jurisprudencia aceptan que las convenciones reformadoras posean poderes implícitos, como los otros poderes estatales. Esos poderes implícitos son reconocidos y se justifican para asegurar en plenitud el funcionamiento de la convención y el cumplimiento de su co-

metido (p.ej., sanción de su reglamento, adopción de resoluciones internas, aprobación de los títulos de sus integrantes, fijación del plan de labor, determinación de los días de reunión, etcétera).

Incluso se ha aceptado que las convenciones reformadoras gocen de "facultades financieras implícitas" para fijar su propio presupuesto y para votar los medios y los recursos necesarios para asegurar su normal y libre funcionamiento. Así lo hizo la Convención de 1957.

Como sostiene Vanossi (Teoría constitucional, t. 1, p. 437), "el reconocimiento de tales poderes a las convenciones no implica de manera alguna confundir las funciones 'constituyentes' con las funciones ordinarias:.., la convención al sancionar su presupuesto, no pretende reemplazar al Congreso en la facultad privativa de este de aprobar el presupuesto de gastos de la Nación, sino que se limita a realizar un acto sin el cual podría hacer ilusoria la existencia misma de la propia Convención".

Pero la sanción de la Ley 24309, que condujo a la reforma constitucional de 1994, si bien originó reparos y críticas, motivó también, con sus inéditos contenidos, reflexiones y nuevos criterios en algunos autores sobre el tema que nos ocupa.

Para citar solo un caso, nos remitimos a la actualizada opinión del maestro Bidart Campos, quien sin pretender legitimar dicha ley *in totum*, como dice, y luego de una serie de reflexiones, inserta nuevos criterios a los sistemas tradicionales.

El citado autor agrega que "lo fundamental que le incorporamos como añadidura se puede reconducir a dos cuestiones: a) el Congreso tiene competencia, cuando declara necesaria la reforma, para fijar la finalidad o el objetivo que tiene en cuenta en cada tema que deriva a revisión por parte de la convención, y la pauta respectiva es vinculante (u obligatoria) para la convención, que no queda habilitada para realizar la reforma en contradicción con aquella finalidad señalada por el Congreso; b) el Congreso también tiene competencia para prescribir, con igual efecto vinculante hacia la convención, que considera necesaria la reforma de tal o cual contenido de la Constitución 'a condición' de que también se reforme otro contenido –que también señala–, todo ello para lograr un equilibrio relacional entre un tema y otro, conforme a la finalidad que adscribe a las enmiendas así correlacionadas".

También sostiene Bidart Campos que "al 'aggiornar' ahora el inventa-

rio de la comprensión interpretativa podemos decir que en la medida en que juzgamos viable que el Congreso adicione al temario los fines u objetivos de la reforma con efecto vinculante para la convención, simultánea y recíprocamente decimos que el Congreso también tiene un límite en su competencia para declarar la necesidad de la reforma: tal límite consiste, en el caso, en que el Congreso no puede transferirle a la convención textos ya articulados para que los incorpore tal cual le son deferidos, o para que los rechace. Una cosa es decirle a la convención: si efectúa reformas en tales partes de la Constitución, solo las puede realizar para alcanzar tal finalidad. Esto es posible, a nuestro juicio. Y otra cosa, que no es posible, es decirle: le propongo obligatoriamente este texto, y su capacidad reformadora se reduce alternativamente a votar por sí o por no.

Además, en la correlación de enmiendas pensamos que su ensamble condicionado tampoco tolera que el Congreso lo imponga mediante textos ya redactados que, de nuevo en este caso como en el anterior sólo le dejan margen a la convención para decir 'sí' o 'no"' (Bidart Campos, Tratado elemental de derecho constitucional, t. VI, pp. 108 y siguientes).

e) *Plazo en el cual debe expedirse la Convención*. El Art. 30 de la Constitución Nacional no establece regla alguna al respecto y la doctrina no es pacífica sobre la materia.

Se ha entendido que la fijación del plazo de sesiones de la convención está incluida entre las facultades implícitas preconstituyentes del Congreso. Así, si este fija un plazo para que sesione la convención, su vencimiento ocasionaría la pérdida de la habilitación para seguir trabajando o para prorrogar sus sesiones, por lo que automáticamente quedaría aquella disuelta. Se agrega que las reformas efectuadas después del plazo fijado por el Congreso, son inválidas o inconstitucionales.

Los seguidores de ese criterio sostienen, además, que si el Congreso no fija aquel plazo al declarar la necesidad de la reforma, la convención no está sujeta a lapso alguno y nadie puede limitárselo con posterioridad.

Quienes no comparten esa posición sostienen que el Congreso no tiene facultades para fijar el plazo de funcionamiento de las convenciones, salvo que la Constitución misma le concediera expresamente esa potestad. Opinan que, como consecuencia de ello, el Congreso tampoco puede declarar la caducidad de la convención o la nulidad de las reformas, si ellas no están contempladas en la Constitución que regula el proceso de reforma. En ausencia

de regla constitucional al respecto, es la propia convención la que regula el plazo de su funcionamiento en ejercicio de sus facultades implícitas.

Por nuestra parte, creemos que pueden darse distintas situaciones, como las siguientes:

1) Que la Constitución determine el plazo de funcionamiento de la convención y prevea la sanción de nulidad para lo actuado fuera de ese lapso. En este caso, no se aplican las facultades implícitas de la convención ni del Congreso.

2) Que la Constitución no determine plazo ni sanción, como sucede con el Art. 30 de la Constitución Nacional, supuesto en el que lo hace el órgano convocante en virtud de sus poderes implícitos. En este caso, la convención debe ajustarse a las reglas sancionadas por el Congreso, en virtud de las cuales se ha integrado y sobre las que se expidió el cuerpo electoral en oportunidad de la elección de los convencionales.

3) Que la Constitución no determine plazo ni sanción, como en el caso de nuestro Art. 30, ni tampoco lo haga el Congreso, caso en el que jugarían los poderes implícitos de la convención. En esta situación, no se pronuncia el cuerpo electoral al elegir convencionales, como en la hipótesis anterior, por lo cual la convención queda en amplia libertad de fijar su criterio sobre la materia.

Nuestra posición se funda en las razones que sostenemos al tratar la composición de la convención reformadora: la soberanía del pueblo, la elección democrática de los miembros de la asamblea y el carácter representativo de su integración. Pero ello no importa desconocer que, ante la eventual colisión de facultades, el poder constituido (Congreso) debe ceder ante el más importante, el constituyente (convención).

A continuación, expondremos los antecedentes nacionales al respecto.

1) *Convención de 1860*. El convenio del 6 de junio de 1860 disponía que la Convención llenara su cometido “dentro de treinta días después de su apertura que se verificará al mes de su elección” (Art. 80).

2) *Convención de 1866*. La Ley 172 (Art. 30) fijó lugar y fecha de reunión, pero no estableció plazo a las tareas de la Convención.

3) *Proyectada Convención de 1881*. La Ley 1030 (Art. 20) determinó el lugar y la fecha de la futura Convención, pero no precisó plazo para sus labores. Esta Convención no llegó a reunirse.

4) *Convención de 1898*. La Ley 3507 (Art. 6°) dispuso que la Convención debía terminar su cometido a los treinta días de su instalación.

5) *Convención de 1949*. La Ley 13233 (Art. 80) estableció que la Convención debía terminar su cometido dentro de los noventa días de su instalación y que no podría prorrogar su mandato.

6) *Proyectada Convención de 1955*. La Ley 14404 (Art. 70) estableció que la Convención debería terminar su cometido dentro de los treinta días de su instalación y que podría prorrogar su mandato. Esta Convención no llegó a concretarse.

7) *Convención de 1957*. El decreto del gobierno de facto 3838/57 (Art. 9°) estableció que "la Convención iniciará su labor antes del 1° de septiembre de 1957 y terminará su cometido antes del 1° de octubre del mismo año, pudiendo la Convención misma prorrogar sus sesiones hasta el 14 de noviembre. Se tendrán por rechazadas las reformas no sancionadas y por vigentes las que hubieren sido aprobadas aunque quedaren pendientes mociones de reconsideración, a esa fecha, con excepción de las reformas especificadas en el Art. 2°, letra a (establecimiento del régimen electoral), cuya consideración caduca, con igual alcance, el 1° de noviembre".

8) *Convención de 1994*. La Ley 24309 (Art. 12) precisó que la Convención debía terminar su cometido "dentro de los noventa días de su instalación y no podrá prorrogar su mandato".

De los precedentes expuestos surge que la Convención Nacional de 1866 fue la única convocada sin que el Congreso le fijara plazo de funcionamiento; en todos los demás casos, el Congreso, en uso de facultades preconstituyentes, fijó plazo de actuación a las convenciones.

C) SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Concepto. En un Estado federal como el nuestro, el habitante está sometido a normas jurídicas de distinto origen: constitución, leyes nacionales y provinciales, decretos, ordenanzas municipales, etcétera. En principio, esas

normas se deben mantener en armonía como un conjunto homogéneo de disposiciones. Pero puede ocurrir que existan o se dicten normas que sean contradictorias.

Para asegurar la necesaria armonía en un sistema normativo y evitar el caos y la anarquía, se impone la necesidad de la gradación jerárquica de las distintas especies de normas, entre las cuales la Constitución ocupa el primer plano, el nivel más alto, el más elevado, el grado supremo. Es lo que se conoce con el nombre de supremacía constitucional.

En virtud de ese principio, la constitución da fundamento, sirve de cimiento o base al restante orden jurídico-político del Estado. Tradicionalmente se la ha definido como ley fundamental de la organización social, de manera tal que no hay Estado sin constitución. Este carácter de la constitución, además de fundamentar y cimentar todo el orden positivo, precisa el ordenamiento jurídico del Estado, que debe ser de una manera determinada y no de otra.

Pero el constitucionalismo moderno, sin perder de vista el concepto señalado, va más allá. Según este segundo sentido, la Constitución es suprema no solo por ser el derecho fundamental de la organización jurídica, sino también porque obliga a que las demás normas y los actos estatales y privados se acomoden, ajusten o amolden a ella.

Se entiende que el carácter fundamental de la Constitución se debe asegurar, al instituírsela como *superley* (Ley Suprema) establecida por un constituyente, distinto y superior al legislador ordinario. Como tal tiene un rango superior a la ley común, la que debe dejarse sin efecto por los tribunales o por un órgano *ad hoc*, si contradice la norma constitucional.

De esta forma, la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico y político del Estado (particularmente si aquella es rígida como la nuestra), determina la necesidad de que toda norma, todo acto público o privado, se conforme, esté de acuerdo, sea congruente o compatible con la Constitución. Si no se acomodan a la Constitución o no concuerdan o se ajustan a ella, si la violan o infringen, esas normas jurídicas, esos actos estatales o particulares, serán inconstitucionales o anticonstitucionales y, por tanto, se verán privados de validez.

45. **Antecedentes**. El constitucionalismo moderno influyó preponderantemente en el concepto actual de supremacía constitucional. Sin embargo,

desde la Antigüedad se encuentran antecedentes sobre este principio fundamental.

En Grecia, se puede recordar el instituto de la graphé paranomón (426 aC), según el cual cualquier ciudadano podía iniciar acción en defensa de la ley, y perseguir al autor de una moción ilegal para que el tribunal la anulara. También suele citarse como antecedente del control constitucional de las leyes el *eforado espartano*, cuyos componentes tenían la función de defender el orden político-social.

En la España medieval, los fueros de Aragón y de Navarra constituyen antecedentes de una especie de superlegalidad constitucional. En Aragón un funcionario judicial, el justicia de Aragón, se encargaba de velar por la observancia del fuero que era la ley suprema y estaba por encima, aun, de la voluntad real. Por su parte, los fueros de Navarra cumplían la función de ley suprema sobre el rey, funcionarios y súbditos del reino, y podían los tribunales superiores hacerlos cumplir.

Hay autores que ven el origen del control constitucional en dos documentos ingleses de la época de Cromwell: el Agreement of the people (1647), que distinguía la supremacía de los principios constitucionales fundamentales, y el lnstrument of government (1653) que establecía la nulidad de las leyes contrarias a sus disposiciones.

Nómina de Egresados
Año 2006

Dirección Administrativa y Financiera
Resumen de actividades realizadas en el año 2007

Calendario Académico
Año Lectivo 2008

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Universidad Nacional de Asunción

NÓMINA DE EGRESADOS
AÑO 2006

Promoción

"***Cincuentenario de la Facultad de Arquitectura***"

CARRERA DE DERECHO

Echauri Couchonnal, Víctor Manuel
Mejor Egresado de la Promoción (Filial de Coronel Oviedo)

Abente Lahaye, María del Pilar
Acevedo Acosta, Lourdes Inda de las Mercedes
Acha Palumbo, Federico Roberto
Acosta Alvarenga, Roque Jacinto
Acosta Fernández, María Inés
Acosta Samudio, Eduardo Germán
Acuña, Lilian María José
Adorno Gómez, Alberto
Adorno Saccomani, Lilian Beatriz
Adorno Villamayor, Myriam Patricia
Adrián Santander, Pedro Ramón
Agüero Mendieta, Gilberto Raúl
Agüero Moreno, Adriana Concepción
Aguiar Velázquez, Laura Emilia
Aguilar Benítez, Lilian Raquel
Aguilar Blaires, Mario Andrés
Aguilera Pérez, Patricia Gabriela
Aguilera Zárate, Misael
Albertini Centurión, Luis Alberto Daniel
Alderete de Monges, Matilde Florencia
Alderete Ortega, Yeruti Bernardina
Alfonzo Larrosa, Luis Eduardo
Almirón Coronel, Hugo Rubén
Alonso de Mostafá, Antonia
Alonso Montiel, Edgar Emilio
Álvarez Núñez, Andrés Adán
Amarilla Chávez, Gladys Zunilda
Amarilla Noceda, Hilarión
Amarilla Ramírez, Eliseo
Aquino, Nilda Elizabeth
Araujo Bobadilla, Dionicio
Araujo López, Gloria Alejandrina
Arce Balbuena, Rubén Darío
Arce González, Víctor Daniel
Arce Rolandi, Jorge Luis
Arce Ruiz Díaz, María Cristina
Areco Bobadilla, Mariam Beatriz
Arguello Cáceres, Alexis Ariel
Arguello Cañiza, Diana Verónica
Arguello Correa, Rosa Liliana
Arguello Ortiz, Martha Karina
Augsten Ovelar, Víctor Hugo
Augsten Szokol, Herta Thamara

Ávalos, Abel Germán
Aveiro Pavetti, Carmen Ysabel
Aveiro, Alejandro Ramón
Ávila Fassardi, Adolfo Luis
Ávila Fassardi, Augusto José
Ayala Guex, María Monserrat
Ayala Irala, Juan Carlos
Ayala Mariño, Héctor Fernando
Ayala Zelada, Constancia
Báez Fernández, Marcia
Balbuena Montero, Fernando Miguel
Barbieri Sarubbi, Vanella Amali
Barreto Valinotti, Leticia Elizabeth
Barreto Villalba, Luz Graciela
Barrios Decoud, Jorge Alcides
Barrios Duba, Rodolfo Andrés
Barrios Jara, Alfredo
Barrios Martínez, Gloria María
Barrios, Laura Noemí
Basaglia, Guillermina María
Battilana Dhoedt, Víctor Raúl
Benítez Acevedo, Ruth Noemí
Benítez Andino, Gloria Beatriz
Benítez Añazco, Francisco Gabriel
Benítez Cáceres, Laura Adriana
Benítez de Rodríguez, Carolina Inés
Benítez Ferreira, Rodrigo Alfonso
Benítez González, Noelia
Benítez Morel, Digna Mariel Radulfa
Benítez Romero, Rolando Arcenio
Benítez Valiente, Jerónimo
Benítez Vallejo, María Gladys Raquel
Benítez Viveros, Vasco Danilo
Benítez Yambay, Milciades José
Bobadilla More, Mario Alberto
Bogado Egusquiza, Cynthia Lorena
Bogado González, Ada Carolina
Bogado Maldonado, María José
Bogado Ozorio, Mario Iván
Bogarín Costa, Ana Patricia
Bogarín Martínez, Mónica Bernardina
Bogarín Zalimben, Silvia María
Bolaños Zarza, Luis Enrique Ramón
Bordas Bareiro, Marcelo Enrique
Boy Escumbarti, Eva Dolores
Britez Baudín, Fernando Daniel
Britez Benítez, Ever Emilio
Britez Bossi, María Pamella
Britez Gamarra, Vilma Isabel
Britez Jara, Tito Ángel
Britez Valdez, Karen Liliana
Brizuela Olmedo, Adrián Rolando
Burgos Amaral, María Belén
Burguez Britez, María Teresa
Busto, Jorgelina
Caballero González, Juan Arístides
Caballero Villalba, Laura Rosalía
Cabañas Galvez, Liz Mariel
Cabañas Lescano, Juan Francisco
Cabello Rivarola, Lilian Rosana
Cabello Rivarola, Zully Elizabeth
Cabral Sanabria, Ricardo Antonio
Cabral Verdejo, Liduvina
Cabrera de Oliveira, Elena Herminia
Cacavelos Conigliaro, Natalia María
Cáceres Aguilera, Lucio Alberto
Cáceres Ayala, Luis Mamerto
Cáceres Fariña, Roque Lino
Cáceres González, Karina Jazmín
Cáceres Heyn, Fátima Mariana de los Milagros
Cáceres Orrego, Clarisse Natalia
Cáceres Vda. de Duarte, Selva de la Cruz
Cáceres, Miguel Darío
Cáceres, Paola Daniela
Camé Ibarra, Hugo Nicolás
Candia Centurión, Nilda Graciela
Candia Faría, Marcelo Javier
Candia Melgarejo, Diego Crispín
Candia Ortega, Sonia Evangelista
Candia, Rosa Carolina

Cano Piris, Emilia
Cantero Cantero, Adán Rodrigo
Cantero Figueredo, Shirley Lucía
Capurro Fernández, Darío Andrés
Cardozo Mercado, Mirta Teodora
Cardozo Zorrilla, Julio César
Careaga Gadea, Juan Ignacio
Caroni Díaz, Carlos Agustín
Caselli Pane, Adriana Antonella
Castiñeira Roche, Paolo Steven Vicente
Cattoni Gubetich, José Martín
Celati Cano, María Rosana
Chena Ortiz, José Oscar
Chirife Cardozo, Silvio Fernando
Cibils Barrios, Elisa Monserrat
Colmán Méndez, Martha Raquel
Coronel Casanova, Jennifer Mildred
Coronel Varela, Elizabeth
Coronel Villalba, Vicente
Correa Diez Pérez, Leticia María
Cristaldo Bernal, Fernando Ariel
Cristaldo Ramos, Ada Magdalena
Cubillas Fischer, Patricia Monzerrat
Cuenca Torres, Juan Marcelo
Cuevas Gorostiaga, Irma María del Carmen
Cuevas Ramos, Luis Fernando
Dami Mongelós, Enrique Daniel
Dávalos Núñez, Darío
Dávalos, Adriana Lorena
David Rivarola, Christian Enrique
De los Ríos, Carlos Alberto
Delgado Cabrera, Cynthia Carolina
Delgado González, Melisa Astrid
Díaz Barrios, Lorenzo Justiniano
Díaz Grutter, Silvia Verónica
Díaz Sacco, Gonzalo Manuel Patricio
Díaz Villanueva, Silvana María
Doldán Arrúa, Carlos Emigdio
Doldán del Puerto, Manuel
Duarte Bareiro, Marcos Diosnel
Duarte Bojanovich, Viviana Stella
Duarte de Espínola, Ruth Nelly
Duarte Oviedo, Martha Natalia
Duprat Díaz, Marcelo Adrián
Duré Zelaya, Carlos Alberto
Encina Gómez, Froilán René
Escobar Carísimo, Ariana María
Escobar Lara, Jorge Raúl
Espínola Giménez, Aníbal Agustín
Espínola Torres, Mónica Mercedes
Esquivel Arzamendia, Enrique Eduardo
Esteche Lugo, Diego Martín
Esteche Lugo, Fabián Andrés
Esteche Méndez, Víctor Manuel
Estigarribia López, Rossana María José
Estigarribia Quiñones, Silvio Eduardo
Estigarribia Ramírez, Darío Hernán
Etcheverry Gamarra, Julia Monserrat
Faría Vergara, Osvaldo Catalino Ramón
Farías Alonso, Gloria María Carolina
Farías Aquino, Hugo Adolfo
Feltes Bagnoli, Mirta María Carlota
Fernández Scifo, Osvaldo Aníbal Gaspar
Fernández Sequeira, Oscar Daniel
Ferrari Vezzetti, Gianni David
Ferreira Isusi, Teresita Elizabeth
Ferreira López, Reinaldo Rafael
Ferreira Yegros, Diana Leticia
Figueredo Espínola, Oubenfm Arquímedes
Filippini Peña, Evelyn Vanessa
Flor, Cintya Rosana
Florentín Enciso, Fátima Emilia
Florentín Morínigo, Mónica Carolina
Flores Ávalos, Mario Arnaldo
Franco Cáceres, Alicia Rosaura

Franco Domínguez, Yenny Ruth
Franco Machuca, Emili Maribell
Franco Valenzuela, Ulises Gabriel
Fuchs, Andreas
Galeano Aquino, Pedro Antonio
Gallardo Moreira, Richard Cecilio
Gaona Silvera, María Belén
Garcete Aponte, Francisco Javier
Garcete Persingola, Jorge Ramón
García de Zúñiga Campo Ross, María Fernanda
García de Zúñiga Pampliega, Thomas Sebastián
García Vda. de Silva, Mirtha Antonia
García Zárate, Engelberto Juniors
Garrido Garayo, Ramona Valeriana
Gavilán Cañete, Lourdes Leticia
Gayoso Palacio, Esteban
Genez Báez, Fredys Francisco
Georgi Samaran Cayol, Carlos Leonardo Louis Marie
Gil Martínez, Eva María Cristina
Gill Machuca, Luis Alberto
Gill Reyes, Lorena Patricia
Giménez Arce, Shirley Monserrat
Giménez Larrea, Agustín
Giménez Mendoza, Sara Ofelia Elizabeth
Giménez Ortigoza, Luis
Giménez Villalba, Aída Elizabeth
Gines de Cantero, Myrian Alejandra
Gini Tardivo, Oscar Ernesto
Giubi Pont, Adán Cristian
Godoy Ayala, Julio Federico
Godoy Leguizamón, María Concepción
Gómez Ayala, Elsa Daiana
Gómez Gaona, Cesar Cristóbal
Gómez Nardelli, Mónica Inés
Gómez Narváez, Karina Evelyn
Gómez Rambado, Gustavo Ariel
Gómez Sánchez, Teresa
Gómez Servín, Francisco
Gompertt Balerini, Luis Augusto
González Acosta, Oscar Ramón
González Agüero, Laurentino
González Amarilla, Rocío Soledad
González Benítez, José Luis
González Chaves, María Emilia
González Cuevas, Herme
González de Borja, Mirna Marlene
González Ferreira, Arnaldo Luis
González Giménez, Darío Antonino
González Gómez, Hilda Laura Cristina
González Gómez, Lourdes Beatriz
González León, Fernando
González Maldonado, José Antonio
González Martínez, Liz Analía
González Rojas, Pablina
González Velázquez, Diego Andrés
González Vera, Ronald David
Granado Martínez, Mirta Susana
Guanes Moreno, Thamara Carolina
Guerrero Naumann, Francisco Israel
Guillén Sanabria, Ruth Leticia
Gustale Aldama, Hugo Rodrigo
Heisecke Dávalos, María Belén
Hellman Báez, Modesto Diosnel
Hermosilla Ledezma, Antonio Eugenio
Herrera de Ruiz, Elba Concepción
Herrera Melgarejo, Rosana Soledad
Heurich Páez, Carlos Miguel
Hosffmeister Villanueva, Alcides Ramón
Huespe Ortega, Cynthia Carolina
Ibarra Escobar, Hugo Castor
Ibarra Gächter, María Elizabeth
Insfrán de Segovia, Gloria Corina
Insfrán Florentín, Walter Enrique
Insfrán Ortiz, Laura María

Insfrán Verón, Oscar Edgar
Invernizzi, Carlos Adán
Irazusta Zaracho, Rodrigo Manuel
Iroz Vera, Andrea Madelaine
Irrazabal Cristaldo, Viviana Carolina
Jara Zarate, Gustavo Adolfo Moisés
Knoop González, Silvia Fabiola
Lafuente, Hugo Ignacio
Laíno Guanes, María Fernanda
Lara Céspedes, Cever Arístides
Ledesma López, Mirtha Elizabeth
Ledesma Peralta, Juan Manuel
Leguizamón Figueredo, Zulma
Leguizamón Noguera, Federico José María
Lesme Echeverría, Marizza
Llanes Silvero, Jeanine Mafalda
López Benegas, Jorge Daniel
López Delgado, Víctor Hugo
López Monges, Emilce Rosana
López Saldivar, Eligio
López Sandoval, Diana Estela
Lugo Quintana, Leticia Raquel
Macchi Rivas, José Ambrosio
Macedo Ríos, Eduardo Mauricio Javier
Maciel González, José Alberto
Maldonado Moreno, Rossana Beatriz
Mareco Centurión, Bella Esmeralda
Mareco Godoy, Diana Carol
Marecos de Solis, Laura Verónica
Martínez Apud, María Graciela
Martínez Aquino, Gertrudis Marlene
Martínez Arias, Enrique Sebastián
Martínez Báez, Juan Benito
Martínez González, Victorino Ramón
Martínez Saad, Fabián Alejandro
Martínez, Julia Noemí
Matiauda Silva, Iván Pompeyo
Mayor Gamell, María Verónica
Medina Jara, Fernando
Medina Ortiz, Félix Alberto
Medina Zorrilla, María Alice
Melgarejo Allegretto, Joel Domingo
Melgarejo Frutos, Juan José
Melgarejo Osorio, María Fernanda
Melgarejo Piñeiro, Enrique José
Melzer Acosta, Gustavo Adolfo
Méndez, Miguel Ángel
Mendieta Arce, Laura Elizabeth
Mendoza Balmaceda, Iris Magnolia
Mendoza Doldán, Nora Cecilia
Mendoza Vera, Víctor Nicolás
Mercado, Nelly Nancy Juliana
Mereles Recalde, Crispín Rafael
Meza de Acuña, Victoria Raquel
Meza Duarte, Leticia Lorena
Meza Fleitas, Silvia Raquel
Meza González, Martha Johanna
Mieres López, José Luis
Miño Worobiej, Tatiana
Miranda Rivas, Diana María
Molinas Noveri, José Luis
Molinas Zarate, Mónica María
Monges Rodríguez, Ana Noemí
Montero Knoop, Desiree Dulce María
Morales Clemotte, Leidy Viviana
Morales Meza, Aníbal Javier
Morel Adorno, Mirtha Patricia
Morel Garay Núñez, Rocío Carolina
Moreno Gómez, María José
Morínigo Quintana, Romina Beatriz
Muñoz Subeldía, Hugo Daniel
Negri Mayeregger, María Irene
Negri Rivas, Analía Teresita
Noguera Colmán, Alberto
Núñez Aguiar, Audry Luján
Núñez Benítez, Elba Beatriz
Núñez Genes, Alexis Renee
Núñez Rodríguez, Carlos Ulices
Ocampos Rodríguez, Pamela Beatriz

Ocariz Cabriza, Annelise María
Ocariz Cabriza, Marcio Giuliano
Ojeda Fernández, Norberto Mario
Olmedo Centurión, Juan Ramón
Olmedo de Estigarribia, Diana Severiana
Ortega González, Marcos Antonio
Ortiz Aranda, Ángela Rosa
Ortiz de Segovia, Letizia María del Rosario
Ortiz Gómez, Juan Martín
Ortiz Insfrán, Hugo Ricardo
Orué Achinelli, Pascual
Orué Zarza, Felipe Nery
Orué, Verónica Fernanda
Otazo Aponte, María Mercedes
Ovando García, Miguel Ángel
Ovelar Ocampo, Sixto Ramón
Oviedo Román, Patricia Carolina
Oviedo, Juan Carlos
Oviedo, Noelia Natalia
Oxilia Vera, Hugo Alberto
Páez Mancuello, Cinthya Paola
Palau Areco, Luis Esteban
Paniagua Valle, Miguel Ángel
Paredes Enciso, Rodolfo Rene
Park Jang, Elizabeth
Patiño Franco, Zonia Beatriz
Penayo Coronel, Ángel Aníbal
Penayo Muñoz, Leticia Haydée Carolina
Peña de Paniagua, Cynthia Carolina
Peña Delgado, Tania María
Peña González, Álvaro Esteban
Peña, Vidal Alejandro
Pereira Agüero, Carlos Agustín
Pereira Amarilla, Clara Letizia
Pereira Arrúa, Guillermo Ezequiel
Pereira Cañiza, Christian Alberto
Pereira Sosa, Elizabeth
Pereira Vargas, Laura Beatriz
Pereira, Elvio Ramón
Pérez Brun, Gabriela María
Pérez Fernández, Pablo Daniel
Piris Rolón, Adelaida
Poletti González, Juan Carlos
Portillo Gómez, Hugo Abel
Prieto Aceval, Diana Yanin
Prieto Boggino, Hiran Martín
Quintana Ruiz Díaz, Nathalia Noemí
Quintana Vergara, Oscar Rodrigo
Quintana Viñales, Mónica Dorixs Paola
Rachid Sánchez, Celina María
Ramírez Benítez, Mario Rafael
Ramírez Núñez, Lourdes Montserrat
Ramoa Osorio, María Letiscia
Ramos Dávalos, Hermes
Recalde D'andrea, Germán Matías
Reyes Almirón, Lizza Natalia
Ríos Acosta, María Lorena
Ríos Rolón, Amalio
Rivarola Arguello, Alicia Carolina
Rivarola Gamarra, Diana María
Rivas Rolón, Benjamín
Riveros López, José Fernando
Riveros, Mariano Dejesús
Roa Gómez, Elida Beatriz
Roa Sosa, Andrea Elizabeth
Rodrigues Da Silva Ayala, Paulo Roberto
Rodríguez Acosta, Víctor Nilo
Rodríguez Álvarez, Nubia Gissella
Rodríguez Aquino, Ronald Felipe
Rodríguez Bentron, Mildred Nadina
Rodríguez Castiglioni, Alicia Lorena
Rodríguez Domínguez, Nidia Marlene
Rodríguez Duarte, María de Fátima
Rodríguez Galeano, Blas Antonio
Rodríguez Gómez, Dalida Mirtha Elvira

Rodríguez González, Marcos David
Rodríguez Ojeda, Patricia Noemí
Rodríguez Rolón, Carolina del Pilar
Rojas Benítez, Rosana Jacqueline
Rojas Espínola, Lourdes Carolina
Rojas Fernández, Ángel Enrique
Rojas Fernández, Leticia Adriana
Rojas Rodríguez, Marta Violeta
Rolón Arrúa, Antonio
Rolón Dávalos, Nancy del Carmen
Rolón Gamarra, Rodolfo Daniel
Rolón Ruiz Díaz, Juan Pablo
Rolón Silva, Yenny Elizabeth
Román Vazquez, Cristian Martín
Romei, Marcelo Adrián
Romero Apodaca, Cinthia Carolina
Romero Maciel, Juliana
Romero Vargas, Cynthia Lorena
Roux Gorgerino, Isaac Orlando
Ruffinelli Villagra, César Manuel
Ruiz Campos, María Guadalupe
Ruiz Centurión, Miguel Ángel
Ruiz Chamorro, Norma
Ruiz Román, Carmen Rosa
Ruiz Zubizarreta, Joaquín
Safuán Ledesma, Gerardo Enrique
Saint Paúl Ramírez, María Antonella
Saldívar Pereira, Carlos Alberto
Salinas Acosta, Bueno Anastacio
Salinas Centurión, Ana María
Samaniego Riego, Ariel Luis
Samaniego Riego, Fernando José
Samaniego Urán, Mónica Liliana
Sanabria Bogado, Letizia Elena
Sanabria Gómez, Grethel Marlene
Sanabria Martínez, Guillermo Francisco
Sanabria Martínez, Pedro Danilo
Sanabria Penayo, Ruth María
Sánchez Jara, Flavia Noemí
Sánchez Morales, Luis Alberto Ramón
Sánchez Stark, Rodrigo
Sánchez, Celso
Sandoval Espínola, Andrés Manuel
Sanguina, Facundo Sebastián
Sarquis Monzón, Luis Manuel
Schultheiss, Stephan Michael Siegfried
Servín Fleitas, Alba María
Silva Osorio, Nathalie María Elizabeth
Silveira Colmán, Lina Esther
Snead, Guillermo Federico
Solalinde Domínguez, María del Carmen
Solano López Vda. de Imbert, María Victoria Lourdes
Sorera Flores, Gustavo Eliodoro
Sosa Arellano, Héctor Ildefonso
Sosa Britez, Roberto Fabián
Sosa Casco, Carlos Fernando
Stewart Espinoza, Verónica Elisa
Talavera García, María Gabriela
Teixeira González, Adriana Alice
Telen Martínez, Carlos Daniel
Toledo Vera, Álvaro Rafael
Torales Moreira, Félix Alberto
Torales Riveros, Guido Ramón
Torres Melgarejo, Claudio Gustavo
Valenzuela Dávalos, Wilfrido Tomas
Vargas Rodríguez, Mónica Beatriz
Vazquez Aquino, Malena Isabel
Vazquez Hermosilla, Yolanda
Vazquez Martínez, Walter Michael
Vazquez Smerdel, Jorge Armando
Vega Coronel, Christian Israel
Vega Guillén, Miguel Darío
Vega Insfrán, Julián Agustín
Velazco Viola, Jorge Fernando
Velazquez Ferreira, Rodney Ariel
Velazquez Paredes, Mario Miguel Ángel

Velazquez Servín, David Marcelo
Velazquez, María Estela
Vera Cabrera, Anahí Verónica
Vera Duarte, William Osvaldo
Vera Esteche, Rubén
Vera González, Viviana Graciela
Vera Núñez, Jorge Octavio
Vera Ojeda, Luz Mercedes
Vera Vazquez, Mydian Carolina
Vera Vera, Rossana Concepción
Vera, Luz Elena
Verón de Astrada Rolón, Carlos Armando
Villagra, Marlene Catalina
Villalba Báez, José Miguel
Villalba Careaga, Arnaldo Daniel
Villalba Salinas, Diana Graciela
Villarejo Velilla, Juan Sebastián
Villasboa Maidana, Fátima Victoria
Vittone Rojas, Horacio Emilio
Von Lepel Acosta, Sonia Elizabet
Welchen Minck, Sonia Noemí
Wollmeister Mones Ruiz, Sebastián Reinaldo
Yakusik Slobodiuk, Lucia Ester
Yegros González, Laura Patricia
Yegros, Fernando Martín
Yore Clausen, Emilio Ricardo
Yugovich Medina, María Emilia
Zaracho Di Martino, Jorge Francisco
Zarate Villalba, Primitiva
Zarza Sanabria, Magdalena Beatriz
Zayas Acevedo, Luis Emmanuel
Zelada Cardozo, Rodrigo Augusto

CARRERA DE NOTARIADO

Abdala de Martínez, Astrid Elvira
Acevedo Chamorro, Cecilia Carolina
Acosta Insfrán, Arnaldo Manuel
Acuña Araujo, Clara Noemí
Adorno Franco, Jorge Buenaventura
Adorno Melgarejo, Griselda
Aguayo Cálcena, Gloria Teresita
Agüero Fariña, Gustavo Adolfo
Aguilar Almada, María Letizia
Aguilar Paiva, Luisa Beatriz
Aguirre Godoy, Ingrid Natalia
Aguirre Ugarte, Mercedes Carolina
Alcaraz Vera, Luz María Victoria
Alonso Estigarribia, Sintia
Alonso Salcedo, Carmen Letizia
Alvarenga Buongermini, Santiago
Alvarenga Groos, Vicente Antonio
Amarilla Galeano, Ramona Monserrat
Añazco López, Ana Elizabeth
Aquino Echeguren, Carmen Mercedes
Aquino Gutiérrez, Miguel Ángel
Aquino Gutiérrez, Patricia Liliana
Arambulo Acosta, Gustavo Raúl
Areco Torraca, Juan Martín
Arévalos Leiva, Ever Miguel Ángel
Arguello Báez, Laura Andrea
Arias Bazán, Edgar
Arias Navarro, Neide Ismelda
Arias Navarro, Nide Esmilda
Arnold Barúa, Betania María
Ávalos Agüero, Jenny Genara
Ayala Giménez, Elida Virginia

Azud Núñez, Yamili Nuar
Báez Artecona, Fernando Rubén
Báez Maldonado, Rubén Darío
Bajac Cazal, Lucila María Luisa
Bajac de Planas, Carmen María
Bareiro Fernández, Rosa Concepción
Bareiro Ibáñez, Jariesa María Mercedes
Barreto Ojeda, Mabel Edith
Barrios Zelaya, Natalia Mabel
Benítez Aldana, Camilo Daniel
Benítez Aldana, Fabio Raúl
Benítez de Insfrán, Herma
Benítez Duarte, Thelma Yolanda
Bernal Bogarín, Andrés Gustavo
Bernal Giménez, Mirtha Graciela
Bock Méndez, Hugo Javier
Bogado Hermosa, Ananías Verónica
Britez Baudín, Roberto Manuel
Britos Ricciardi, María de Fátima
Brizuela de Alejandro, Adela
Brun Ramírez, Linda Gloria
Buffa Mongelós, Mariana
Caballero Cattebeke, Carolina Elizabeth
Caballero Centurión, Shirley Margarita
Cabrera Cañete, Víctor Hugo
Cáceres Florentín, Roberto
Cáceres Galeano, Bettina María Raquel
Cáceres Martínez, Natalia
Campos Cervera Zárate, Andrea Rossana
Campos Lozano, Hugo Alberto Antonio
Campos Zárate, Helios Wenceslao
Campuzano Ruiz, Liz María
Cano Coscia, María Eugenia
Cañete Estigarribia, Andrea Isabel
Carcaño Villanueva, Carlos
Cardozo Arguello, Sonia Belinda Marisol
Cardozo Zarate, Miguel Enrique
Chavez Silva, Luz Mabel
Colmán Aguirre, Laura
Corrales Ríos, Ismael
Crespi Appleyard, Florencia
Crichigno Paoli, María Eugenia
Cristaldo Acosta, Ubaldino
Cueto Laschi, Diana Estefanía
Delgadillo Servín, Rocío Carolina
Delgado Ortega, Sonia Beatriz
Dettez de Ríos, Auda Gloria
Díaz Orrego, José Enrique
Doldán Breuer, Manuel Nicolás
Domenech Báez, Zusan Karin
Domínguez Cabrera, Ramona Teodolina
Duarte Céspedes, Diego Fabián
Duarte Romero, Bibiana María
Duette Bogado, Iris Raquel
Encina Pérez, Alejandro Andrés María
Escobar González, Amada
Espínola Ayala, Analía del Carmen
Fernández Lippmann, Raúl Antonio
Fernández Núñez, Neusa Marilin
Fernández Pereira, Mirian Victoria
Ferreira, Marina Beatriz
Fiore Urbina, Mónica
Fischer Schenk, Romy
Fleitas Gonzalez, Edith Aurora
Fleitas Morales, Natalia María
Fleitas Samaniego, Rocío Montserrat
Fleitas Valdez, Neri Walter
Flor Pérez, Luciano
Florentín Guzmán, Patricia Elizabeth
Forestieri Galeano, Oscar Guido
Forte Mongelós, Diego Marcelo
Fuentes García, Karina Paola
Fuster García, Marcelo Augusto

Gallardo Santander, Graciela
Gamarra Galeano, Irma Romina
Gamarra Ozorio, Sonia Estelvina
García Rodas, Cynthia Natalia
Gauto Vazquez, Leticia María
Gayoso Serafini, Clide Natalia
Genes Genes, Liz Paola
Genes Rivas, Hugo Antonio
Gill Stumpfs, Félix Oscar
Giménez De Barrios, María Nela
Giménez Vera, Mirta Romina
Giménez, Verónica Rocío
Godoy Gómez, María Asunción
Godoy Martínez, Blanca Edith
Gómez Ortigoza, Carolina Concepción
Gómez Witt, Gustavo Gabriel
González Báez, Mirna Rocío
González Espínola, Milner Alexis
González Herrera, Arsenio Antonio
González López, Cynthia Concepción
González Martínez, Paola María
González Orrego, Karen Leticia
González Oviedo, Vivian Patricia
González Ramírez, Olga Pastora
González Velazquez, Cesar Alberto
González Velazquez, Gladis
González, Patricia Cristina
Grabner, Hannes
Granada Fleitas, Marta Viviana
Hermosilla Mallada, Isaac Alberto
Insfrán Figueredo, Anatolia
Irala Benítez, Julia
Jacquet Ferreira, Jemina María
Jara Ibarrola, Sandra Lorena
Jiménez Ávalos, Daniel Gonzalo
Kim, Mi Ra
Kronau de González, Tania Ludmilla
Lailla Villalba, Liz Katherine
Laviosa Escobar, Adela
Lezcano de Villalba, Aura Natalia
Llamas Gómez, María Verónica
Llanes Estigarribia, Helga Karina
Logan Gómez Sanjurjo, Grizzie Margaret
López Ortiz, María Luisa
López Villalba, Margaret Concepción
Loreiro Martínez, Claudio Marcelo
Lovera Riso, Sebastián José
Lucero, Rocío Soledad
Maidana Torres, Ana María
Maldonado Adriz, Magali María Asunción
Mancuello Morínigo, Juan José
Mareco Rojas, Claudia Margarita
Marín Leiva, Evarista
Martínez Balbuena, Clara Gregoria
Martínez de Villamayor, Zonia Elizabeth
Martínez Hermosa, Luz María Antonia
Martínez López, Noelia
Martínez Ruiz Díaz, Rosa Noemí
Medina Manzoni, Claudia María
Méndez Hermosilla, Marino Daniel
Méndez Méndez, Anahí
Méndez Ocampos, Ramón Adriano
Méndez, María José
Mendoza Amarilla, Juan Francisco
Mendoza, María Isabel
Mersán de Gásperi, Oscar Antonio
Meza Zaracho, Erna Marybel
Molas Alcaraz, Fabiola Guadalupe
Monges Romero, María Teresita
Montero Knoop, Liza Montserrat
Morra Alvarenga, Belén María Elena
Muzzachi Vera, Josefina
Nar Alsina, Armando Martín
Navarro Cristaldo, Clara Estanislaa
Navarro Lezcano, Dulce Diana
Nazer Ávila, Pedro Raúl
Noguera Vera, Victoria Carolina

Ocampos Almirón, Agustín
Ojeda de Mestral, Jorge Arturo
Ojeda González, Lourdes Cristina
Ojeda Páez, Celsa
Ortellado Monzón, Deisy Karina
Ortiz Del Nero, Ana María
Ortiz Díaz, Norma Beatriz
Ortiz Gómez, Carlos Rodrigo
Ozuna González, Fátima Verónica
Páez Monges Guanes, Manuel María de Jesús
Palacios Alvarenga, Alicia Librada
Palumbo Arambulo, José Martín
Paredes Ayala, María Elena
Paredes Cañete, Mirna Beatriz
Paredes Torres, Liliana María
Parris Ayala, María Lucía
Patiño Chavez, Amada de Jesús
Pellon Da Costa, Hugo José Giovanni
Peña de Espínola, Claudia María
Pérez Mongelós, Silvia Liliana
Pérez, Ana Elvira
Planás Albertini, Guido Enrique
Portillo Delvalle, Juan Enmanuel
Portillo Velazquez, Marilia Esther
Prieto, Rita Lorena
Puerto Viera, Analía
Ramírez Aliendre, Sinthia Liz
Ramírez Cáceres, Diego Antonio
Ramírez Martínez, María Laura
Recalde Galván, Juan Francisco
Redondo Sánchez, Leticia Soledad
Reissner Cano, Carmen Nathalia
Reyes Martínez, María Luján
Ríos Da Silva, Giannina Cristina
Riquelme Almirón, Jorge Luis
Rivas Morales, Mirta Elizabeth
Rivas Rojas, Rolando Críspulo
Riveros de Vera, Teresa Concepción
Riveros Páez, Rosa Georgina
Riveros Quintana, Jorge Antonio
Roche Azcona, Juana Concepción
Rode, Miriam Andrea
Rodríguez Ferrer Cajigal, Manuel Antonio
Rodríguez Ortellado, Etelvina Asunción
Roig Sanchez, María Jose
Rojas Limprich, Verónica
Rojas Segovia, María del Pilar
Rolón Alvarenga, Rodys
Rolón de Beraud, Clara Aurelia
Romero Escurra, Adolfo René
Romero Morínigo, Jorge David
Ruiz Díaz Cammpiz, Ever Hugo
Ruiz Díaz Fretes, José Osvaldo
Salcedo Silva, Juana Emilce
Samaniego de Bóbeda, Mabel Liliana
Samaniego Ortiz, Patricia Viviana
Samaniego Palacios, Mónica Andrea
Sanabria Bernal, Lourdes Margarita
Sanabria de Páez, Elvia Salvadora
Sanabria García, Bárbara Lorena
Sanabria Serafini, Gloria Elizabeth
Santacruz Acosta, Pedro Norberto
Sarubbi Roa, Verónica María
Savorgnan Sánchez, Edgar Francisco
Scappini Parzajuk, Claudia Andrea
Schreiber Schreiber, Daniel Osvaldo
Segovia Marsá, Rocío Monserrat
Segovia Villasanti, Fermín
Segovia Villasanti, Gabriel
Seitz Ortiz, Pablo Fernando
Silva Bernis, Geraldine Leila María
Simón Flecha, Andrés Gustavo
Smith Benítez, Guillermo Alfonso
Talavera Gauto, Jorge Luis
Talavera Maidana, Dionisio
Talavera Niz, Lauro Marcelo
Torres Ferreira, Raúl Alberto

Trovato Fleitas, Guillermo Jesús
Valdez Céspedes, Oscar Samuel
Valdez Godoy, Diana Maricel
Valdovinos Masi, Javier Nicolás
Vargas Guachire, Eduvigis Raquel
Vargas Trovato, Carolina Elizabeth
Venialgo Arévalos, María Lorena
Vera Báez, Benjamín Beltrán
Vera Britez, Cristina Yolanda
Vera Filippi, Humberto Adrián
Verduguez Quiñónez, María Ángela del Pilar
Verón Montiel, Patricia Valentina
Verza Torres, Marlene Concepción
Villagra Vallejos, Cinthia Adriana
Villalba Aceval, Leticia Mercedes
Villalba Bogado, Armando Jacinto
Villalba de Ortellado, Estela
Villalba Mereles, Sergio Irán
Waimberg Cáceres, Alexis Ferdinando
Zalazar Torales, María Lidia
Zelaya Franco, Gladys Isabel

FILIAL DE CORONEL OVIEDO

Acevedo Lissandrini, Rubén Darío
Arce Ferreira, Jorge Ramón
Ávalos Frutos, Isidro
Benítez Sosa, Rosa Elizabeth
Bianccioto Ramos, Simón Alfredo
Cáceres Osorio, Humberto Javier
Centurión Ayala, Laura Verónica
Cohene Montanía, Elva María
Delgado Pereira, Gladys Mercedes
Echauri Couchonnal, Víctor Manuel
Espínola Guillén, Mónica Rosana
Espínola Zaracho, Ignacio
Esquivel Mesa, Saúl
Ferreira Nuberguer, Emilce
Ferreira Velásquez, Sarah María
Fleitas Acosta, Karina
Florentín Godoy, Aldo Andrés
Galeano Lezme, Eva Faviola
Garcete, Oscar Alfredo
Garcete Benítez, Judith Juana Bautista
Giret Soto, Lara Beatriz
Godoy Oggero, Roque Saúl
González Ortiz, Amado
Insfrán Cristaldo, Arnaldo
Invernizzi Palmerota, María Nelly
Martínez Rolón, Zoila Carolina
Meaurio Ortellado, Julio César
Meaurio Ortellado, Teresa María
Mendieta Almada, Milner Fabián
Mendoza Jiménez, Mario Asunción
Meza Ávalos, Messalina Amor
Montanía González, Carmen Dalila
Mora Villalba, Osvaldo
Morel Varela, Pedro Ramón
Núñez Barboza, Juan Angel
Oggero Friedmann, Leticia
Ovelar Benítez, Rodney Gustavo
Pereira Rodas, Florencio
Ramírez Ramírez, Alma María Librada
Ramírez Viana, Ever Rolón
Ramos Santander, Merardo Ramón
Ramírez Viana, Mariela Concepción
Rodríguez Báez, Eduardo Gabriel
Rojas Cañete, Carlos Alberto

Romero García, Gustavo
Ruiz Benítez, Liana Andrea
Ruiz Díaz Sanabria, Orlando Ariel
Samudio Barrios, María Laura
Samudio Flecha, Lara Jasmine
Sanabria Quiñónez, Francisco Gabriel
Sanabria Quiñónez, Lucía
Servián González, Joel Heriberto
Sosa Acosta, Andrés Gaspar
Troche Maciel, Balbino
Varela Cardozo, Derlis Alfredo
Velásquez Chinolis, Elorgia Ramona
Velásquez López, Sergio
Vera Santacruz, Marcela Alejandra
Verdecchia Benítez, Roberto
Villalba Maldonado, Isabel Beatriz
Villaverde Brítez, Rosa Mabel

FILIAL SAN JUAN BAUTISTA MISIONES

Aquino Martínez, Andrés
Báez Rotela, Ana Claudia
Bogado Martínez, Diana Elizabeth
Buscio Celano, Sira Carmina
Calcena Rodríguez, Reinaldo Restituto
Capurro Guillén, Carlos Francisco
Cardozo Escobar, Julio César
Cardozo Paredes, Irma Hipólita
Cañete Obregón, Patricia Noemí
Da Silva Duarte, Laura María Concepción
Denis Mendoza, Lourdes Beatriz
Dorfschmidt, Darcia
Fernández Llano, Carla Paola
Ferreira Martínez, Ramón Javier
Flecha Guirland, David Sebastián
Galeano Ozuna, María de los Ángeles
García, Carola Maricel
Leguizamón Báez, Rossana
Leguizamón Gavilán, Víctor Manuel
Llano Alegre, Dora Antonia
López Ávalos, Maxno Rolando
López Montiel, Carlos Javier
Maidana Zarza, Lizza Paola
Martínez de Alegre, Sofía Beatriz
Mazacotte Vázquez, Pedro Eulalio
Morínigo Ascona, Alma Luz del Pilar
Oliver Chaparro, Carlos Ramón
Ozuna, Rolando José Augusto
Paredes Caballero, Javier Arnaldo
Paredes Montiel, Laura Concepción
Paredes Pérez, Ángel Agustín
Paredes Rodríguez, Augusto Saúl
Pedrozo Caballero, Raúl
Pereira Marecos, Néstor Javier
Pérez Idoyaga, Lourdes Margarita
Pujol Leguizamón, Carlos Raúl
Recalde Mallorquín, María Lorena
Riveros Altamirano, Manuel
Riveros Melgarejo, Edgar Jesús María
Rodas González, Shirley Andreza
Rodríguez Barrofi, Lurdes Francisca
Rojas Melgarejo, Joel Augusto
Salinas Blanco, Estela Beatriz
Segovia Torres, Carlos Ramón
Silva Melgarejo, José
Zaldívar Irún, Dana Talía
Zarza Peña, Gregoria Teresita

FILIAL PEDRO JUAN CABALLERO

Acosta Pedra, Marcos Antonio
Adorno Ferreira, César Alejandro
Agüero Colarte, Julio César
Amarilla, Adela
Araujo Arguello, Arnaldo
Areco Torraca, Juan Ramón
Arzamendia Morales, Humberto Tomás
Barboza Jiménez, Luis Alberto
Bareiro Britos, Lida Rosa
Barrios Monges, María Castorina
Bobadilla Arzamendia, Liza Rozana
Borgnino de Mareco, Andrea Isabel
Caballero de Quevedo, Mirta Beatriz
Cabral Jara, María Alciris
Cardozo Espínola, Ignacio Javier
Castorino Montanaro, Anderson Augus
Centurión Altemburger, Mitha Inés
Centurión Cuevas, Isaura Elizabeth
Centurión de Benítez, Clelia Elizabeth
Centurión Mareco, Minerva Carlina
Chamorro Martínez, Arnaldo César
Coronel Cuevas, Migdonio Javier
Coronel de Rodríguez, Elva Genoveva
Coronel González, Liz Raquel
Cubilla Talavera, Aldo Sergio
Díaz Bogarín, Timoteo Martín
Echeverría de Montiel, Deolinda Irene
Escurra Jara, Paola Diana
Ezquivel Meza, Sonia Raquel
Florentín Almando, Natalia
Fretes, Juan Alberto
Gamarra Benítez, Ricardo
Gamarra Fernández, Sally Lorena
Giménez Gómez, Ana Mariela
Jiménez Menesse, Patricia Andrea
Jiménez Villalba, María Esther
González Acosta, Adriana
González Duarte, Liz Gabriela
González Ferreira, Ricardo Fabián
González Garcete, Julio Asunción
González Valiente, Antonio Edgar
Guardati Núñez, Orlando
Guillén Jiménez, Oscar Daniel
Hellmers Abente, Fernando Kart Martín
Jara Salomón, Edilberto
Giménez Nar, Juan Roberto
Kleiner Mendoza, Natalia Rocío
Larán de Riline, Cristina Estela Magalí
León Roa, Derlis Gustavo
Lugo Bareiro, Rosa María
Maidana Tillería, Jorge Marcelo
Martínez Balbuena, Casimiro
Martínez Echeverría, Blanca Lila
Medina Bareiro, Julia Beatriz
Medina Insfrán, Carlos Adolfo
Mendoza Román, Jorge Augusto
Mendoza Zeballos, Ana Mery
Mitjans Velilla, Blas Daniel
Molinas Carmona, Pedro Celestino
Morínigo, Ronaldo Hilario
Olazar Duarte, Elva Beatriz

Olmedo Estigarribia, Laura Carolina
Orrego, Beatriz
Ortega Volling, Carlos Jorge
Ortiz Alfonso, Osvaldo Osmar
Ortiz de Knopfelmacher, María Elvira
Ortiz Domínguez, Mirta Primavera
Ozuna Ruiz, Roberto Fabio
Peralta Céspedes, Librada Beatriz
Peña Villalba, Robert Michel
Pisani Ríos, Enrique Ramón
Quevedo de Ortiz, Sandra Irene
Quintana de Florentín, Amalia
Ramírez Rodríguez, Fátima Carolina
Resquín Martínez, Rodrigo Daniel
Roa Lafarja, Diego Leonardo
Rodas Vega, Edgar Fidel
Rodríguez Colmán, Celso Alejandro
Rodríguez Servín, Pedro Alvino
Roig Araujo, Alfredo René
Rojas Fernández, Ángel Enrique
Román Esmilce, Paulina
Romero González, Carlos Antonio
Saavedra Benítez , Julio
Santacruz Poletti, Marcos Antonio
Santander Orué, Diana Mabel
Servián Maidana, David Romualdo
Talavera, Rubén
Teixeira Ramírez, Joaquín Rafael
Tippach Lomhan, Erich Bruno
Valdez González, Mari Alicia
Velásquez de Godoy, Alba Stela
Vergara Torres, Marina Loraine
Villa González, Rubén Darío
Villalba Medina, Alicia Ofelia
Volpe Barrera de Eiraldi, Blanca Susana

DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA

Resumen de actividades realizadas en el año 2007

I. Adquisición de Revistas de la Facultad

Por Resolución Nº 169372007, se aprueba la contratación para la adquisición de Revistas de la Facultad, Edición 2007, bajo la coordinación del *Prof. Dr. Raúl Torres Kirmser*, es posible la realización de esta publicación de la institución como en años anteriores, de gran contenido académico e informativo para docentes, estudiantes e ilustres visitantes de Universidades Extranjeras y para Autoridades Nacionales e Internacionales.

II. Instalación de Internet en el edificio histórico de la Facultad

Acorde al acompañamiento a las actividades que conlleva la Acreditación de las carreras que ofrece la Facultad, se realiza la mencionada contratación, considerando la infraestructura del Edificio Histórico de la Facultad, que es Sede de la Coordinación de Cursos de Postgrado, de la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas, de la Oficina Permanente de Información de la Asociación de Facultades de Derecho integrantes de la AUGM y de la Academia de Derecho Romano. Es por ello que imperó la reestructuración e instalación de infraestructuras requeridas para el dichoso funcionamiento de las dependencias citadas.

III. Instalación de equipos informáticos para gestiones académico/ administrativas en la Escuela de Ciencias Sociales y Políticas

Mediante la adquisición de equipos informáticos, se pudo llevar a cabo la instalación de una red con los sistemas informáticos para la gestiones académica/administrativas del estudiantado de la Escuela, evitando a los alum-

nos el tener que trasladarse hasta la Sede Central para las gestiones mencionadas; de igual manera para los alumnos de los cursos de Didáctica, Postgrado y Doctorados.

IV. Conexión de enlace de radio de la Escuela a la Sede Central

A fin de posibilitar la conexión a Internet y el control de trabajos informáticos realizados en la Escuela, se realizó la conexión vía enlace de radio de la Escuela de Ciencias Sociales a la Sede Central, con una velocidad de 3 Mbps.

V. Adquisición de equipos informáticos

- *Equipos informáticos para la biblioteca*: Con esta adquisición, es posible la habilitación de la sala de informática en la biblioteca (con 40 equipos), que ofrece el servicio de Internet a cada docente y alumno que así lo requieran, dentro del proceso de enseñanza. Las salas habilitadas para los docentes e investigadores están separadas del de los alumnos. Los equipos, todos de ultima generación, cuentan con las siguientes características principales:

- Marca IBM.

- Procesador Dual Core de 3.40 Ghz.

- Disco Duro Sata de 160 Gb.

- Memoria de 1 Gb.

- Pantalla plana de 17".

Además de la adquisición de impresoras LexMark T642, para las impresiones solicitadas por los alumnos y docentes, los cuales tienen en el año una cantidad determinada de impresiones a realizar, a través del control de un software informático.

Con el fin de evitar que estas conexiones a Internet se vean afectadas en la velocidad de transmisión, considerando que el edificio de la Biblioteca esta en un bloque apartado del Centro de Cómputos, se realizaron los trabajos de conexión a través de Fibra Óptica del Centro de Cómputos a la Biblioteca.

- *Equipos informáticos para área administrativa*: Con la estructuración de oficinas administrativas y al acompañamiento de la formación de dependencias académicas, se realiza la contratación para la provisión de equipos informáticos de última generación, para el desarrollo de actividades requeridas en las dependencias. Los equipos, entre otros, cuentan con las siguientes características principales:

- Marca IBM.

- Procesador Dual Core de 3.40 Ghz.

- Disco Duro Sata de 160 Gb.

- Memoria de 1 Gb.

- Pantalla plana de 17".

- *Equipos informáticos para las filiales de Caacupé y Quiindy*: Mediante la adquisición de equipos informáticos, se tiene previsto llevar a cabo la instalación de una red con los sistemas informáticos para las gestiones académica/administrativas del estudiantado en las Filiales de Caacupé y Quiindy, evitando a los alumnos el tener que trasladarse hasta la Sede Central para las gestiones mencionadas.

Así mismo se pretende realizar la conexión a Internet para usufructo del estudiantado y docentes de las filiales, acorde al acompañamiento a las actividades que conlleva la Acreditación de las carreras que ofrece la Facultad.

VI. Adquisición de *walkies*

Acorde con la funcionalidad de las dependencias de la Facultad y ante la necesidad de una efectiva y pronta comunicación entre los funcionarios, se adquieren cinco equipos *walkies* y una base, que se sumarán a los ya existentes en la institución.

VII. Inversión para obras civiles y mantenimiento edilicio

- *Filial San Pedro del Ycuamandyyú*: Se realiza el llamado para la Construcción de aulas en esta filial, considerando el crecimiento vegetativo anual

de estudiantes con la apertura de las aulas para impartir clases, tanto en el plan anual como el semestral; como así también las actividades de Extensión Universitaria. Así por Resolución Nº 247, se adjudica a la firma Ing. Hugo Navarro, para la construcción de un aula, baños sexados y obras exteriores; todo esto, con la idea de la buena formación de nuestros estudiantes y acorde a los procedimientos requeridos en la oferta académica dentro del proceso de evaluación institucional.

- *Mantenimiento del edificio histórico*: Se realiza esta contratación para el mejoramiento edilicio, para ofrecer a los estudiantes que acuden a este local, como por ejemplo, dotar de una sala de informática que será de utilidad para los trabajos de investigación de grado, como también de postgrado. El mejoramiento también se visualiza en las aberturas, considerando la antigüedad de las mismas, la instalación de alfombras y otros servicios contratados para el efecto.

- *Mantenimiento edilicio de las filiales de San Juan Bautista-Misiones y de Caacupé*: Se contrata a las empresas Ing. Alfredo Lezcano y Arq. Jorge Sanz, respectivamente, para realizar trabajos de mejoramiento de la estructura edilicia de estas filiales, considerando la infraestructura de cada uno de ello, de manera a preservar el patrimonio de la institución. Los trabajos consisten principalmente en reposición de pinturas, techo, cercado perimetral y otros trabajos requeridos para el buen funcionamiento de cada uno de los locales mencionados.

VIII. Mantenimiento del generador

Para el bienestar de los que componen esta comunidad educativa, en años anteriores se adquiere un Grupo Generador de Energía, para casos de falta de provisión de electricidad, de manera a seguir normalmente con las actividades dentro de la institución. Es por ello, que se realiza la contratación para el mantenimiento del equipo de manera a salvaguardar dicho patrimonio y seguir contando con los beneficios de esta infraestructura adquirida por la administración.

IX. Adquisición de muebles

Se procede a la compra de muebles tipo, como ser escritorios, sillas, pizarras acrílicas, muebles para biblioratos, ficheros, muebles para preceptoría, entre otros; buscando así el mejoramiento de la calidad de atención a todos los que conforman esta unidad académica.

X. Adquisición de insumos

Se adquieren útiles, para el funcionamiento de las oficinas de la institución, previéndose insumos para todo el ejercicio fiscal e inclusive hasta los primeros meses del próximo año.

XI. Adquisición de acondicionadores de aire

Esta contratación, permitirá dotar de mejoras al desarrollo normal de las actividades académicas con la instalación de acondicionadores de aires en las aulas de Notariado; como así también en las oficinas de la Administración, donde se previó la compra, para ambos casos, de treinta y un acondicionadores de aire tipo split con capacidad acorde a la dependencia en la cual será instalado cada equipo.

XII. Servicio de filmación

De manera a contar con un documento que refleje la historia de ésta mas que centenaria casa de estudios, se procede a esta contratación donde se rescatan materiales y vivencias propias de la institución, de manera a contar con un vídeo institucional.

XIII. Adquisición de vehículo

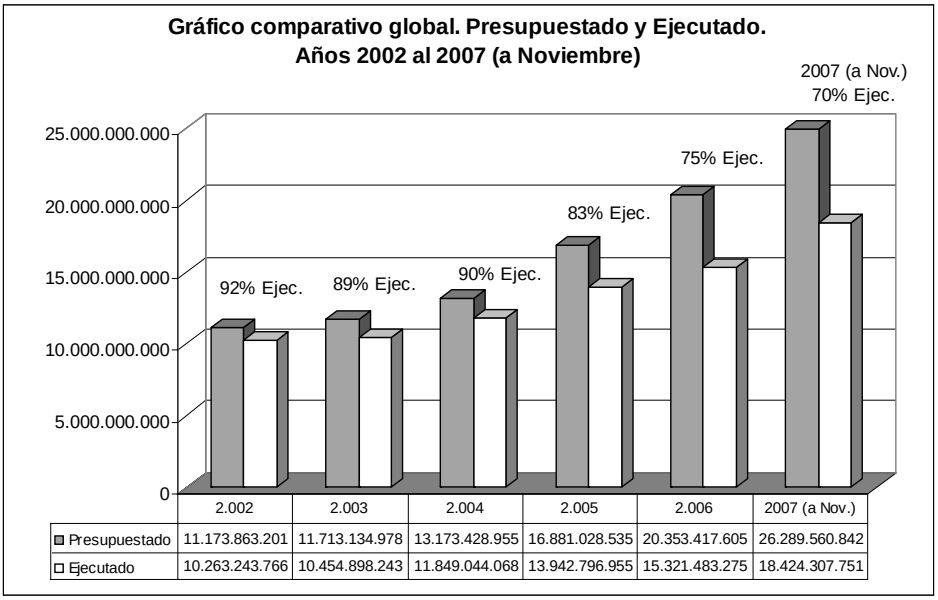
Las actividades propias de esta Facultad y considerando la cantidad de filiales que posee en el interior del país, requiere contar con un vehículo que permita el traslados de las autoridades y funcionarios a estos locales, y considerando dicha necesidad, se adquiere un vehículo que permitirá realizar los viajes distantes de manera confortable.

IXV. Adquisición de libros para las bibliotecas de la Facultad

Esta contratación, permitirá dotar a las Bibliotecas tanto de la Sede Central, Filiales y de la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas; con aproximadamente dos mil seiscientos treinta y un textos que permitirán el servicio de préstamo de textos a los estudiantes de la Facultad.

XV. Informe financiero

A) *Informe Presupuestario*



	2.002	2.003	2.004	2.005	2.006	2007 (a Nov.)
Presupuestado	11.173.863.201	11.713.134.978	13.173.428.955	16.881.028.535	20.353.417.605	26.289.560.842
Ejecutado	10.263.243.766	10.454.898.243	11.849.044.068	13.942.796.955	15.321.483.275	18.424.307.751

B) *Saldo Financiero*

Conforme extracto de Cuenta Corriente al 30 de noviembre de 2007 la institución tiene depositado en los siguientes bancos de plaza: BBVA y BNF la suma de G. 1.889.392.852.-

XVI. Gratificaciones

El pago a docentes en concepto de ***Gratificación por integrar Tribunal Examinador,*** correspondiente al año académico 2006, se llevó a cabo en el presente ejercicio fiscal; alcanzando la suma de G. 98.827.000.-

CALENDARIO ACADÉMICO
AÑO LECTIVO 2008