

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES**

REVISTA



2002

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

Dirigir correspondencia a:

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

Asunción - Paraguay

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

DECANO

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea

VICE DECANO

Prof. Dr. Antonio Fretes

CONSEJO DIRECTIVO

Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce
Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes
Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa
Prof. Dr. Carlos A. Fernández Villalba
Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado
Abog. José Agustín Fernández
Est. Rolando Alvarenga
Est. Marcos González
Est. Jazmín Ibarrola

CONSEJEROS SUPLENTE

Docentes

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

No Docente

Abog. Celso Rolón

Estudiantes

Andrés Simón, Joel Rodas y Ricardo Duarte

DIRECTORES ACADEMICOS

Prof. Dr. Lynneo Insfrán Saldívar (Turno noche)
Prof. Abog. Angel Yubero Aponte

SECRETARIO GENERAL

Prof. Abog. Osvaldo E. González Ferreira

**REPRESENTANTE ANTE EL
CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO****TITULAR**

Prof. Dr. Fausto Portillo Ortellado

SUPLENTE

Prof. Dra. Inés Martínez Valinotti

**REPRESENTANTES ANTE LA
ASAMBLEA UNIVERSITARIA****TITULARES**

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

SUPLENTE

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

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

**DIRECTOR GENERAL DEL
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS**

Prof. Dr. Hugo Allen Meixeira

INSTITUTO DE INVESTIGACION DE DERECHO PUBLICO

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

INSTITUTO DE INVESTIGACION DE DERECHO PRIVADO

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

INSTITUTO DE DERECHO DE LA INTEGRACION

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

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director:	Prof. Dr. Hugo Allen Meixeira	
Instructores:	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 Calonga	Derecho Procesal Civil
	Prof. Dr. Hugo Estigarribia E.	Derecho Procesal Civil
	Prof. Dr. Carlos González Alfonso	Derecho Procesal Civil
	Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes	Derecho Procesal Laboral
	Prof. Abog. Francisco Carballo Mutz	Derecho Procesal Penal

SERVICIO DE ASISTENCIA LEGAL

Director:	Prof. Abog. César Coll Rodríguez
Integrantes:	Abog. Enrique Espínola
	Abog. Adela López
	Abog. Ana Valiente de Zaputovich
	Abog. Juan Sánchez
	Abog. Mabel Villordo
	Abog. Alba Cañete
Asistente:	Gladys Almada
Secretario:	Jorge Chaparro

SECRETARIO DE ASUNTOS INTERNACIONALES

Prof. Dr. Ubaldo Centurión Morínigo

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

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

*) Lista proporcionada por la Secretaría de la Facultad.

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

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

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

RESOLUCION N° 383/2001**“POR LA CUAL SE CONFORMA LA COMISION DE LA REVISTA JURIDICA DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION”**

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

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

Que el Consejo Directivo ha considerado el tema en sesión de fecha 13 de noviembre de 2001, Acta N° 21/2001.

Por tanto, en uso de sus atribuciones

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

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

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea
Prof. Dr. Antonio Fretes
Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser
Prof. Dr. Amelio Calonga Arce

Prof. Dr. Felipe Santiago Paredes
Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa
Prof. Dr. Carlos Fernández Villalba
Prof. Dr. Fausto Portillo
Abog. José Agustín Fernández
Est. Rolando Alvarenga
Est. Marco González
Est. Jazmín Ibarrola

Art. 2º.- Nombrar a los Profs. Dres. José Raúl Torres Kirmser y Ubaldo Centurión Morínigo como Coordinadores de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.A..

Art. 3º.- Comunicar y archivar.

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea.- Decano

Abog. Osvaldo González F.- Secretario General

INDICE

EDITORIAL

UN TIEMPO DE SUPERACION CON EL ESFUERZO DE TODOS	19
--	----

DOCTRINAS

BREVE ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL DERECHO PARAGUAYO	25
<i>Por Ramón Silva Alonso</i>	
REFLEXIONES A LOS EGRESADOS DE LA PROMOCION DEL AÑO 2001	33
<i>Por Carlos A. Mersán</i>	
LA SANCION INTERNACIONAL DEL DELITO DE TERRORISMO	37
<i>Por Juan Bautista Rivarola Paoli</i>	
DURANTE EL SIGLO XIX EL EXITO DE LA DIPLOMACIA PARAGUAYA ESTUVO FUNDADA EN EL DERECHO Y LA JUSTICIA	51
<i>Por Antonio Salum-Flecha</i>	
DERECHOS DEL CONSUMIDOR	67
<i>Por Bonifacio Ríos Avalos</i>	
HANS-GEORG GADAMER. FUNDADOR DE LA HERMENEUTICA FILOSOFICA	79
<i>Por Ubaldo Centurión Morínigo</i>	
JURISDICCION INTERNACIONAL EN EL PROCESO DE INTEGRACION	91
<i>Por José Raúl Torres Kirmser</i>	
EL EURO - MONEDA UNICA. EFECTO EN AMERICA LATINA. EL MERCOSUR / PARAGUAY. POLITICA MONETARIA COMUN - EUROPA	105
<i>Por Luis Fernando Sosa Centurión</i>	

EL MERCOSUR, EVOLUCION JURIDICA E INSTITUCIONAL. 1991- 2002	115
<i>Por Roberto Ruiz Díaz Labrano</i>	
AMBITO SUJETIVO DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	129
<i>Por Miryam Peña</i>	
EL DERECHO SUCESORIO DEL CONYUGE SUPERSTITE EN EL CODIGO CIVIL PARAGUAYO	135
<i>Por Carlos Víctor Köhn Benítez</i>	
TESTAMENTOS	161
<i>Por Lilia Añazco de Ayala</i>	
DERECHO SUCESORIO EN LAS UNIONES DE HECHO. PARAGUAY	193
<i>Por Arnaldo Samuel Aguirre</i>	
LA ETICA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES	201
<i>Oscar B. Llanes Torres</i>	
¿PUEDE UNA NUEVA CONSTITUCION NACIONAL MODIFICAR LOS TRATADOS BINACIONALES SUSCRITOS POR EL ESTADO PARAGUAYO?	205
<i>Por Adolfo Ozuna</i>	
CONOCIMIENTO DE EMBARQUE	213
<i>Por Carlos A. Fernández Villalba</i>	
EL ESTATUTO DE ROMA Y LA CREACION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	225
<i>Por Linneo Ynsfrán Saldívar</i>	
EL MANDAMIENTO DE DETENCION Y ENTREGA EUROPEO EUROORDEN	231
<i>Por Silvia Beatriz López Safi</i>	
HACIA LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y ESTATAL COMO NUEVO PARADIMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS	243
<i>Por Elodia Almirón Prujel</i>	
EL IMPACTO DE LAS AUTOCENSURAS	255
<i>Por Carlos M. Russo C.</i>	
HOMENAJE A GERMAN J. BIDART CAMPOS	259
<i>Por Domingo García Belaúnde (Perú)</i>	
LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO CULTURAL DE LATINOAMERICA	265
<i>Por Pedro J. Frías (Argentina)</i>	

PARA NO SACRALIZAR ERRORES POLITICOS	287
<i>Por Carlos S. Fayt</i>	
PRACTICAJE: PROYECCION LEGISLATIVA FRENTE A LA HIDROVIA PARAGUAY-PARANA	295
<i>Por Santiago Adán Brizuela Servín</i>	
CONDICIONES DE VIDA Y TRABAJO A BORDO PUNTO DE VISTA DEL PERITO NAVAL	307
<i>Por Alain Pasquier</i>	
HIDROVIA PARAGUAY-PARANA. EN DONDE ESTAMOS, HACIA DONDE VAMOS	317
<i>Por Mario A. Casanova</i>	
LA REGLAMENTACION DEL TRANSPORTE MULTIMODAL INTERNACIONAL. PRINCIPALES INSTITUTOS, REGIMEN JURIDICO, DERECHO COMPARADO, PROYECTO DE UNCITRAL	339
<i>Por Arturo Octavio Ravina</i>	
GERARDO ETO CRUZ Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL (ALGUNAS NOTAS A PROPOSITO DE SU RECIENTE LIBRO)	381
<i>José F. Palomino Manchego</i>	
LA DEMOCRACIA CONTEMPORANEA	403
<i>Por Lucas Barrios</i>	
LAS NUEVAS ORIENTACIONES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL	415
<i>Por Segundo V. Linares Quintana</i>	
ASPECTOS LEGALES DE DEFENSA AL DERECHO DEL CONSUMIDOR / LEY N° 1334/98 (27/X/98). OFICINA DE QUEJAS. APLICACION ANALOGICA LEY N° 827/96	431
<i>Por Luis Fernando Sosa Centurión</i>	
LA JURISDICCION MILITAR EN AMERICA LATINA	447
<i>Por Domingo García Belaunde (Perú)</i>	
GLOBALIZACION Y DERECHO	459
<i>Por Francisco Fleitas Argüello</i>	
INCIDENTE DE NULIDAD	469
<i>Por Hugo Aníbal Francisco Becker Candía</i>	

TEORIA DE LA IMPREVISION. BREVE ANALISIS DEL ART. 672 DEL CODIGO CIVIL	501
<i>Por Rubén Maciel Guerreño</i>	
SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR	517
<i>Inés Martínez Valinotti</i>	
ACCION AUTONOMA DE NULIDAD	529
<i>Por Alexis Vallejos Mendoza</i>	
LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA COMO PRINCIPIO DE INTERPRETACION DE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y DE PRENSA	543
<i>Por Miguel Antonio Laterza Zunini</i>	
EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO Y PROYECCIONES ACTUALES	553
<i>Por César Antonio Garay</i>	

CALENDARIO ACADÉMICO

CALENDARIO ACADEMICO. AÑO 2002	573
FERIADOS Y ASUETOS	576

INFORMACIONES

NOTA DE LA DIRECCION ACADEMICA	579
HOMENAJE A ILUSTRES PROFESORES	586
IV ENCUENTRO DE DECANOS DE DERECHO DEL MERCOSUR	597
CARTA DE ASUNCION	601
HOMENAJE A TRES FUNCIONARIAS	605
MEMORIA	609
NOMINA DE DOCTORES EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION	615



EDITORIAL

UN TIEMPO DE SUPERACION CON EL ESFUERZO DE TODOS

Estamos empeñados en forjar una Facultad de Derecho mejor. A esa obra consagramos todos nuestros recursos espirituales, morales y materiales.

Es nuestro compromiso con el presente y con el futuro pero, fundamentalmente, es un deber ante una historia gloriosa, la de nuestra más que centenaria institución, formadora de hombres que como estadistas, juristas, intelectuales, magistrados judiciales sirvieron digna y ejemplarmente a la República.

A fin de la elaborar proyectos, trazar iniciativas, abrir nuevos rumbos a la enseñanza del Derecho, hemos contribuido a crear un clima de constructivo diálogo entre estudiantes, profesores y autoridades de la Facultad.

Sabido es que en un ambiente de discordia y de incomprensión sucumben los más altos anhelos. Ciencia se hace en la serenidad de la meditación y la investigación, no en el ambiente de convulsionadas pasiones, de la intolerancia y del fanatismo.

Estamos trabajando por elevar el nivel académico de nuestra casa de estudios superiores, por ajustar la enseñanza de las Ciencias Jurídicas a los desafíos del siglo XXI.

El ideal de la excelencia es nuestra brújula: formar buenos profesionales conscientes de lo que implica ser soldados de la justicia y promover en ellos el cultivo de los valores que dan trascendencia a la condición humana.

En esa línea de pensamiento, hemos procedido a inaugurar todos los institutos de investigación jurídica para que allí se reflexione acerca del valor del pensamiento científico, y se discutan los apasionantes temas que interesan

al Derecho y que se refieren a la órbita de los intereses legítimos del hombre y al ámbito de las crecientes inquietudes sociales.

Mucho se ha avanzado en la informatización total de las actividades de la unidad académica, garantía de eficiencia y transparente desenvolvimiento para todos.

La extensión universitaria, uno de los fines de la Universidad, también nos sensibiliza profundamente. Es por ello que se impulsa la construcción de nuestros locales propios para las sedes de San Juan Bautista de las Misiones y Coronel Oviedo. Y en el 2003 esperamos iniciar la construcción del edificio destinado a nuestra sede en Pedro Juan Caballero.

Siempre pensando en dotar a los alumnos de la infraestructura material indispensable para que la faena educativa se cumpla normalmente, estamos construyendo espaciosas aulas para la Escuela de Notariado.

Dado que el quehacer universitario apunta al desarrollo de todas las potencialidades humanas, de todas las aptitudes que una auténtica educación no puede soslayar, apoyamos el interés juvenil por el deporte. Es así que se ha iniciado la construcción de graderías en ese sector de nobles y sanas expansiones.

Con el apoyo firme del Vice-Rector de la Universidad Nacional de Asunción, logramos concretar una legítima aspiración: el aumento de sueldos a los profesores en un 38 por ciento a modo de estímulo a sus afanes de móviles tan genuinamente espirituales, de esencial contenido altruista, de expresión de un idealismo generoso digno de ser resaltado ante la sociedad.

Un pensador antiguo decía: “Una casa sin biblioteca es un cuerpo sin alma”. Guiados por esta convicción, se ha enriquecido en forma sustancial la Biblioteca de la Facultad, incorporando cientos de valiosos volúmenes de autores nacionales y extranjeros, abarcando la más avanzada cultura jurídica y el más relevante pensamiento universal.

Esta misma Revista que hoy publica un nuevo número con brillantes artículos de nuestros profesores y de prestigiosos doctrinarios del exterior, es otro testimonio de la vocación y de la sensibilidad con que la Facultad nacida en 1889 fomenta el crecimiento espiritual y cultural del alumnado, propendiendo a que así como ama el Derecho, ame las ideas que clarifican, que abren surcos para bien del país y de la humanidad.

Juntos y en un corto lapso hemos materializado emprendimientos promisorios con humilde pero activa persistencia.

Nuestra larga y luminosa historia no nos hará detener en rutinarias evocaciones y lánguido recuento de las glorias de ayer. Con la mística de una tradición que viene de lejos, nuestra conciencia universitaria nos hará conquistar metas más ambiciosas y justas con el pensamiento siempre puesto en la juventud estudiosa, inteligencia clara, espíritu vigoroso y hermosa reserva ética de la Patria.

Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea
Decano

Doctrinas

BREVE ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN EL DERECHO PARAGUAYO

Por Ramón Silva Alonso*

1a. parte

PREFACIO

Hace ya largos años que la inquietud por la elaboración de un estudio de conjunto sobre la responsabilidad por daños se nos apareció como una necesidad en el espíritu. Probablemente un factor decisivo de esta inquietud fue la lectura de la obra sobre responsabilidad extracontractual del gran maestro uruguayo Jorge Peirano Pacio, publicada en 1954 y que conocimos en 1979 en ocasión de una estadía en la ciudad de Montevideo con motivo de la 2a. Conferencia Interamericana de DIP (CIDIP), en la que llevamos la representación de Paraguay.

No existe en nuestro medio un estudio orgánico sobre el tema, no obstante la importancia teórico-práctica que ella reviste.

El trabajo no tiene pretensiones. La aspiración no es aportar nuevos enfoques doctrinales, sobre los cuales existe en el exterior una riquísima producción, sino proceder a una sistematización de la materia en el Código Civil paraguayo.

El estudio comenzó como un esfuerzo por esclarecer numerosos problemas que la práctica o la cátedra plantean diariamente. Lo demás ha venido por añadidura, como generalmente ocurre con muchas cosas en la vida.

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

Tengo, pues, la conciencia de que el trabajo es apenas una aproximación al tema. Queda mucho por decir. Sólo el transcurso del tiempo habrá de permitir, si Dios quiere abrir nuevas sendas en este camino, tan rico, sobre el tema de la responsabilidad.

Ramón Silva Alonso

Asunción, 23 de abril de 2001

INTRODUCCION

1. El tema de la responsabilidad por daños sugiere inicialmente la idea de un perjuicio y su reparación. Si un vehículo embiste a una persona en la calle o un animal lastima a alguno, alguien habrá de responder por el daño causado.

La responsabilidad civil es usualmente definida como la obligación a cargo de un responsable de reparar el daño causado.

Esta responsabilidad debe ser distinguida del seguro, en particular del seguro de daño que tiende igualmente a la indemnización de las víctimas y representa una alternativa a la responsabilidad civil. Pero, en tanto que el asegurador es absolutamente extraño al daño, el responsable tiene siempre con éste una relación más o menos estrecha, incluso cuando él no sea el autor del hecho.

La responsabilidad civil es, ora delictual, ora contractual.

Es contractual cuando el daño causado resulta de la inexecución de un contrato existente entre el responsable y la víctima. Sería el caso de un vendedor que hubiera entregado al comprador un objeto diferente del pactado o en malas condiciones para su uso.

La responsabilidad es extracontractual en los demás casos. Se habla de responsabilidad delictual, *stricto sensu* cuando el daño resulta de una culpa intencional, es decir, si el daño es causado voluntariamente, y de responsabilidad cuasidelictual si es causado por culpa no intencional (imprudencia, negligencia, torpeza, desatención) o del hecho de una persona (menor, dependiente) por el cual se deba responder.

En el orden jurídico la responsabilidad civil (delictual o contractual) se distingue de la responsabilidad penal que se refiere a las personas que deben responder de los daños causados, no a los individuos, sino a la sociedad entera. Estos daños sociales son erigidos por la ley en delitos.

Estas formas de responsabilidad jurídica se oponen a la responsabilidad moral, en la cual el responsable no debe responder de sus actos ante la sociedad sino ante su conciencia o ante Dios.

Cualquiera sea la naturaleza de la responsabilidad el mecanismo que la pone por obra es idéntico. Todo comienza siempre por un daño sin el cual no hay responsabilidad posible. Cuando este mal sufrido es sentido como injusto, no sólo por la víctima sino también por la sociedad, él desata una reacción social que consiste en la aplicación de una sanción. Esta tiende a borrar el mal, a reparar en la medida de lo posible el daño. Se trata, en síntesis, de restablecer un equilibrio quebrado por el daño. El responsable es aquel que es señalado para sufrir la sanción y reparar el daño.

Este proceso que conduce del hecho nocivo a la aplicación de la sanción será regido por las reglas cuyo conjunto constituye la institución de la responsabilidad. Las reglas de la responsabilidad varían en función de la naturaleza de ésta.

En la responsabilidad penal el perjuicio social supone un atentado al orden público suficientemente grave como para provocar una fuerte reprobación social y ser erigida en delito. Ella ataca en efecto los sentimientos comunes al conjunto del grupo social y aparece como contraria a los valores morales y sociales considerados esenciales. Las sanciones penales consisten en penas cuya función es esencialmente punitiva y represiva. Ellas tienden a una retribución obtenida por la expiación del culpable. Accesoriamente, incluso si estas otras funciones han tomado una importancia creciente en el curso de este siglo, la responsabilidad penal busca la prevención, sea por la intimidación y la disuasión, sea por el mejoramiento del culpable, la reeducación y la reinserción social del delincuente. Por otra parte, las penas pueden ser acompañadas por medidas de seguridad en interés del público.

Por la responsabilidad civil el derecho busca más modestamente asegurar a los individuos la reparación de sus perjuicios privados a objeto de volver las cosas a su estado anterior, de restablecer un equilibrio que había desaparecido entre los miembros del grupo. La sanción es aquí retributiva e indemnizadora, no represiva. Esto no excluye sin embargo que a veces la responsabili-

dad civil cumpla otras funciones no sólo las puramente civiles. Es así como a veces los jueces buscan antes sancionar a un responsable que castigar a una víctima y que siempre la responsabilidad civil pretende jugar un papel de prevención de los comportamientos antisociales, especialmente para ejemplo de las condenaciones pronunciadas.

Incluso si las dos especies de responsabilidad jurídica tienen causas y objetos diferentes, ellas mantienen relaciones que para ser hoy calificadas no siempre han sido simples ni límpidas. La evolución de la responsabilidad civil mostrará que ella fue largo tiempo confundida con la responsabilidad penal. Interferencias nacen todavía hoy del hecho de que un mismo acto es susceptible de generar a la vez una responsabilidad civil y una responsabilidad penal, como por ejemplo las lesiones voluntarias, que son un delito penal y que por otra parte obligan al autor a reparar los daños causados a la víctima. Un cúmulo tal de dos formas de responsabilidad se traduce en el plano procesal por relaciones estrechas entre la acción pública poniendo por obra la represión y la acción civil de la víctima que puede ser ejercida ante la jurisdicción penal. En fin, la convergencia de los objetivos de prevención y de sanción de las dos responsabilidades conduce al menos a una cierta aproximación de sus finalidades.

Antes de proceder a un estudio del derecho positivo de la responsabilidad civil interesa observar una vista de conjunto de la institución. Convendrá luego exponer claramente las reglas relativas a las fuentes de responsabilidad y a la reparación de los perjuicios.

1. El tema de la responsabilidad por daños en el campo jurídico, denominado también responsabilidad civil, ha alcanzado tal magnitud en nuestros días que él resulta ser de los más actuales, complejos, urgentes y vivientes del derecho, en opinión de uno de los grandes maestros de nuestro tiempo(1).

En realidad, el campo de esa responsabilidad es hoy una de las áreas del derecho que mayores desafíos plantea a la capacidad creadora de los juristas en estos últimos tres cuartos de siglo. El aumento de nuevos riesgos que la

1) Jossierand, Louis: Préface a la obra de Brun, A: Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle. Del mismo: Cours de droit, civil positif francais. t. II. n. 411, donde se expresa: "On a pu dire, sans exagération (Demolombe) que les articles 1382 et suivants contiennent le rode de la sociabilité humaine...". in Peirano Facio. J.: Responsabilidad extracontractual, n. 3.

vida de este tiempo presenta al hombre moderno, por innumerables causas provenientes del desarrollo de diversos factores, incluso la expansión de la institución del seguro, la agudización de la percepción del principio de la solidaridad humana (2), todo contribuye a la necesidad de nuevos planteamientos acerca del tema.

2. El conjunto de circunstancias aludidas lleva a un extraordinario desenvolvimiento del tema de la responsabilidad que es fenómeno que sólo llega a producirse en la vida contemporánea. Como es natural, antes de ahora la cuestión no ha podido despertar el especial interés de los juristas.

En ese sentido, en una obra clásica de nuestros días, se ha hecho notar, por ejemplo, que en Francia, el gran maestro Capitant, destacaba que durante más de tres cuartos del siglo XIX los cinco artículos que el Código civil consagró a la responsabilidad civil resultaron más que suficientes y que su aplicación no dio lugar a ninguna dificultad seria (3).

En el mismo sentido se ha puesto de relieve que, en concordancia con este laconismo del Code, los autores clásicos del derecho civil y en particular los comentaristas franceses de la escuela de la exégesis trataban muy brevemente esta materia, al punto de que algunos de los más destacados de ellos como Aubry y Rau, no le dedicaban más que unas pocas páginas(4).

Todavía en la época en que Capitant cursaba sus estudios de derecho no se consagraba a la exposición de estos temas, para cuyo desarrollo hoy no bastaría un curso, sino una o dos clases(5).

2) Véase el apremiante llamado a la solidaridad humana formulado por el Santo Padre en el Mensaje del Día de Año Nuevo del año 2000, frente a las corrientes de la globalización (Clarín, 2 de Mayo de 2000, Buenos Aires).

3) Capitant, Henri: Préface a la 1^a edición del *Traité de la de la responsabilité civile*, de Mazeaud-Tunc, t. I, pág. XXVI, IN: Peirano Facio, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, n. 3. Montevideo, 1954.

4) Capitant, Henri: Op. et loc. cit. En el mismo sentido Josseland recordaba que, en sus días, una hora del curso bastaba al profesor para exponer los principios fundamentales de la responsabilidad civil (citado por Starck: *Essai de une théorie generale de la responsabilité civile* considéré en sa double de garantie et de peine privé, pág. 5. IN: Peirano Peirano Facio, Op. et loc. cit.).

5) Capitan, Henri: Op. et loc. cit.

Al contrario, en nuestros días esta situación se ha revertido y el tema de la responsabilidad por daños se ensancha a cada instante más y más, como podrá advertirse en las páginas que siguen.

Numerosas son las causas del extraordinario acrecentamiento de las cuestiones relacionadas con la responsabilidad. Someramente pueden señalarse aquí algunas de ellas.

1°. El desenvolvimiento industrial, que presupone la utilización de nuevos medios que por su propia naturaleza multiplican de por sí los daños;

2°. la concentración de la población en grandes masas que forman las ciudades es también causa del excepcional desarrollo de episodios vinculados con la responsabilidad. En tanto la población se concentra, las relaciones sociales se tornan más complejas, con lo que el ámbito de la actividad de cada hombre penetra más en el campo de sus semejantes.

3°. La institución del seguro juega un importante rol en el desenvolvimiento de la responsabilidad, entre otras razones por el hecho de inducir a la gente a un sentido de menor cuidado y atención llevando por doquier la convicción de que el seguro paga.

Pero también el desarrollo de la responsabilidad va creciendo por un cambio de mentalidad en las conciencias del hombre de nuestros días, muy alejada de aquella mentalidad dispuesta a aceptar los daños como el resultado de una fatalidad. Cada vez más la gente está menos dispuesta a aceptar los perjuicios que padece como resultado de un infortunado azar o de una desgracia. El hombre de hoy tiende, cada día más, a hallar solidaridad en alguien en quien apoyarse en su desgracia y reclamarle el correspondiente resarcimiento. De ahí que cada vez que acontece un hecho dañoso se busca a quién poder responsabilizar del hecho, a quien atribuir la obligación de indemnizar⁽⁶⁾. Los seguros sociales de los Estados más adelantados así lo demuestran.

3. Precisamente por estas razones y otras que pudieran mencionarse la responsabilidad por daños resulta ser como se ha dicho, uno de los campos del derecho que mayor interés suscitan hoy. Las aludidas circunstancias imponen al hombre de derecho, por una parte, la necesidad de imaginar nuevas fórmulas y soluciones para hacer frente a los nuevos riesgos que la vida plantea y,

6) Véase la obra de Peirano Facio, ya citada, especialmente el n° 3.

desde luego, a profundizar con redoblado esfuerzo el análisis de códigos y leyes, más aún cuando estamos en presencia de códigos nuevos, que por elementales razones de tiempo no han podido ser aún objeto de estudios de mayor profundidad, según sucede en países como el nuestro.

Ningún esfuerzo, ningún empeño, será, pues, exagerado para el estudio y examen de estas realidades. Del mismo modo que ningún trabajo ni ninguna labor tendrá mejor recompensa que aquella que pueda premiar a los obreros de semejantes estudios y análisis.



REFLEXIONES A LOS EGRESADOS DE LA PROMOCION DEL AÑO 2001

Por Carlos A. Mersán*

Una tarea muy grata es la que me corresponde ahora, por generosidad de las autoridades universitarias y por la mejor buena voluntad de los queridos exalumnos que desde hoy ostentarán con dignidad y patriotismo las delicadas tareas que corresponden a los Abogados y Escribanos Públicos en la culminación de sus cursos lectivos de la Universidad Nacional de Asunción.

Pretender que la “justicia” sea el valor más alto para la convivencia societaria es la razón de ser básica de los estudios hoy concluidos.

El Colegio de Abogados de nuestro país predicó hace cincuenta años en un pronunciamiento señalando este rol como la verdadera razón que motiva la toma de decisión en la etapa juvenil de la existencia.

Y creemos que han comprendido que el mundo actual necesitaba de que el valor “justicia” resplandezca con mayor fuerza para que todos los que habitan una patria se sientan felices y dignos de contar con auténticos forjadores de esta condición vital para el inicio de una felicidad individual, y en la multiplicación de esta, se propague a toda la Nación.

La administración de la justicia exige capacidad, honestidad y laboriosidad.

Estas virtudes son inherentes a cualquier labor profesional como en la función pública, pero para los Abogados constituye el primer mandato que deben cumplir, a fin de que cada día sea una realidad que conquiste la paz social con el debido respeto a las normas jurídicas que gobiernan el comportamiento de cada uno de los habitantes y de sus autoridades.

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

Normalmente la justicia cuenta con un poder central constitucional traducido en el Poder Judicial, con las autoridades que deciden, con los funcionarios que hacen factible la ejecución de sus mandatos, de tal suerte que la seguridad sea escalafón glorioso en la vida de cada día.

Hemos pensado que la selección de jueces y funcionarios en general sustentada en la “idoneidad” que requiere el mandato constitucional para cualquier función pública será el mejor cimiento de la arquitectura que desarrollan las sentencias y las decisiones en general sustentable en los Derechos aprendidos en un plan de estudios que hemos querido sea cada vez más el mejor mediante el conocimiento de nuevas disciplinas incorporadas en los planes graduales que sirvan para que cada uno de los Abogados en sus especialidades, puedan aportar ciencia y sabiduría, técnica y principios, que honren a la Facultad de Derecho que hoy les despide deseándoles un futuro personal de satisfacciones logradas en el transcurso de vidas dedicadas a proporcionar una existencia tranquila portadora de un progreso incesante.

La justicia, en los tiempos actuales, ha hallado nuevos medios para obtenerla para lo cual la “mediación y el arbitraje” se han constituido en realidades que buscan colaborar de esa forma en las controversias que existan y puedan dirimirse en otros escenarios para acelerar los procesos de los que acuden a estas nuevas instituciones buscando soluciones a los problemas que la vida moderna presenta.

Quiero también recordar a los ex alumnos que el título logrado tiene doble componente: el de las disciplinas estudiadas que se hallan debidamente codificadas o legalizadas, como así también el de las llamadas “ciencias sociales” que comprende otro conjunto de problemas susceptibles de hallar en los Abogados las soluciones adecuadas que respondan a los requisitos básicos señalados precedentemente.

Y es en estas áreas, en que los Derechos Humanos, los de la Integración, los de la Niñez y la Adolescencia, deben encontrar buenas respuestas en el quehacer profesional, o simplemente en la labor humana, para que los habitantes de un país, o de varios pueblos sientan que numerosas normas jurídicas son comunes para bien de todas las sociedades.

No es solamente la Patria la que puede reclamar actividades del Abogado para el bienestar común, sino también proyectarse en otros escenarios regionales, continentales y por qué no, mundiales para que el mundo no exhiba diferencias tan graves como la existencia de clases “ricas” y de clases “po-

bres” que hoy por hoy, reclaman desarrollo con “rostro humano” al decir del Dr. Stiglitz en su libro reciente acerca del “malestar de la globalización” y pueda llegarse al cumplimiento del principio escrito en la portada del edificio del Banco Mundial señalando “Un mundo sin pobreza”, como la justificación más efectiva de una sociedad capitalista que rodea el acontecer económico actual.

El ejercicio profesional requiere, además, el respeto a los principios éticos que se recuerdan en la proclama del Colegio de Abogados.

Queremos finalizar esta despedida exaltando los valores morales que deben caracterizar las tareas de los Abogados, bien recordadas en los artículos 1º y 2º del Código de Etica Profesional, cuando expresa:

Artículo 1º - Causa que sirve la abogacía - “El abogado debe ejercer su noble oficio, poniendo todo su empeño en servir la Justicia, cooperando para el efecto con los Jueces y dirigiendo y aconsejando a sus clientes con estricta sujeción a las normas jurídicas y morales. Debe defender el prestigio de la Abogacía, la dignidad de la magistratura, el perfeccionamiento de las instituciones y el orden jurídico, con desinterés y valentía”.

Artículo 2º -Honor Profesional- “El Abogado tiene la obligación fundamental de cumplir su función con absoluta probidad, con alta dignidad y gran decoro”.

Así pues, queridos ex alumnos, estas reflexiones dictadas por el corazón y acompañadas de determinados conocimientos son las que os entrego como prueba de mi cariño a la docencia, y al ofrecer al País vuestra nueva capacidad profesional, para bien de vuestras familias, de la sociedad, y de la Patria entera que igualmente sabrá comprender los anhelos y realizaciones al buscar el “bien común” como el mejor tributo y entrega de vuestros nobles sentimientos honrando la capacidad que habéis adquirido para merecer la mejor recordación.

Muchas gracias por vuestra amable decisión, renovando las más completas felicitaciones a los hoy graduados Abogados y Escribanos Públicos en la nueva mañana de vuestras vidas.



LA SANCION INTERNACIONAL DEL DELITO DE TERRORISMO

Por Juan Bautista Rivarola Paoli*

INTRODUCCIÓN

El terrorismo constituye hoy fuente de preocupación permanente en todos los países el mundo. Tan es así que se ha internacionalizado la sanción punitiva de manera severa por los ingentes perjuicios que causa a la humanidad.

La posición tradicional de que sólo los gobiernos cometen violaciones a los derechos humanos, aunque así estaba diseñado en las últimas décadas, ha cedido paso en la actualidad frente al fenómeno de la “privatización “de la violencia y los avances de los convenios y la doctrina.

Es que el mundo vive en los umbrales del tercer milenio y es de importancia capital que se cuente con una instancia supranacional a la que pueda recurrirse cuando los derechos han sido violados por *agentes y órganos estatales*. Pero la cuestión no se agota en el Derecho Interno, si éste se muestra incapaz de resolver con equidad y justicia y “falla en tutelar tales derechos”, sino que posibilita su consideración en instancias internacionales.

Estas nuevas concepciones revolucionan el campo de la *responsabilidad internacional* por hechos ilícitos y se desdoblan en dos campos bien diferenciados: *la responsabilidad “penal” de los Estados*, pues frente a delitos y crímenes internacionales, está la aplicación coercitiva de las normas como

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

respuesta colectiva frente al Estado infractor y *la responsabilidad penal internacional de los individuos* donde se contempla no sólo los hechos ilícitos de agentes y funcionarios del Estado, sino también de todo individuo culpable de violaciones de normas de carácter imperativo.

Aparte de estas precisiones necesarias, conviene analizar el panorama mundial de nuestros días, donde el modelo constituido por “democracias con mercados abiertos” insertas en un mundo de economía globalizada y comercio internacional en expansión, genera un proceso de privatización de la producción, sustituyendo las empresas y servicios públicos por entes privados de gran poder económico.

Si bien se produjo una decadencia de las guerras internacionales por los Estados, la violencia en este mundo de la “aldea global” ha adquirido otras formas de expresión. Algunos hasta sostienen que vivimos en una “cultura de la violencia”, que está en todo y en todas partes.

Lo cierto es que existe el *uso indebido de la fuerza* – sea física o material, psicológica o moral – con miras a privar en forma ilícita a una persona, a un grupo, entidad o a un Estado de un bien o del ejercicio y goce de un derecho reconocido según los principios y normas del Derecho Interno e internacional.

Es que la violencia en los denominados “conflictos de baja intensidad”, las guerras interraciales, una gama de disturbios internos, se han ido perfilando en la última década, a lo que Brian M. Jenkins ha denominado la “*privatización de la violencia*”.

Esta se refiere al crimen organizado, a las mafias nacionales (o grupos cuya fortuna proviene de medios ilícitos), que actúan como empresas transnacionales de lo ilícito, el narcotráfico y el terrorismo, como las nuevas formas de violencia ejercidas por particulares y grupos no – estatales, que no sólo afectan a sectores escogidos, sino se extienden a todo el cuerpo social de un país.

Si se vive dentro de estructuras democráticas, por lo menos formales, se sabe que ya no son los gobiernos ni los Estados los responsables principales de la violencia en el mundo contemporáneo. Ella proviene principalmente de las fuentes no-estatales. Por eso adquiere toda su importancia la problemática que nos trae la “privatización de la violencia”, pues conlleva un peligro para la vigencia de los derechos humanos, la seguridad interna y la paz internacional.

Como ya lo hemos señalado, si bien el Estado y sus agentes y funcionarios son los primeros responsables y existe consenso general en la doctrina en cuanto a la violación de los Derechos Humanos, y resulta que la “*conexión oficial*” es lo que hace que este crimen sea objeto de la punibilidad internacional, no es menos cierto lo referente a la responsabilidad penal individual derivada de las violaciones de tales derechos, cuando tales abusos también pueden provenir de sujetos no-estatales (particulares).

Así se puede entender –dice el tratadista español Carrillo Salcedo -, como conductas atentatorias de los intereses de la comunidad internacional, las violaciones de los Derechos Humanos cometidas por terroristas u otros grupos armados irregulares; éstos pueden ser calificados como enemigos del género humano, por lo que deben ser inculcados, procesados y penados por el Estado.

En consecuencia, al hablarse de crímenes internacionales se estaría dirigiendo *no sólo a la responsabilidad de los agentes y funcionarios del Estado* sino también a la responsabilidad penal de los individuos responsables de actos terroristas y la puesta en práctica de dicha responsabilidad (jurisdicción universal de los tribunales de los distintos Estados); la eventual institución de una jurisdicción penal internacional; un régimen jurídico de la extradición, etc., entre otras medidas, concluye Carrillo Salcedo.

Origen: Parece que la primera vez que el terrorismo fue utilizado como arma de conquista del poder, fue en el siglo XI en Persia, donde Asan Ben Sabbah fundó, en 1090, una sociedad secreta denominada Hashishins. Pertenecía a la secta disidente de los ismailistas, que era una de las dos mayores facciones guerreras del Islam, teniendo su base mayor en Persia, afirma Albuquerque Mello.

Ellos formaban una hermandad que usaba de la agitación y del secreto. Para unos esta sociedad habrá sido la primera expresión de la nacionalidad persa, en tanto otros consideran que era una defensa de los señores feudales contra la centralización. Asan Ben Sabbah entrenaba a jóvenes durante años en una vida frugal, hablándoles de las delicias del paraíso y les proveía de Hashis durante las tertulias. Despertaba en ellos la voluntad de alcanzar el paraíso, que ellos conseguirían si morían a su servicio. “Los asesinos no tenían otra ambición a no ser el de morir lo más rápido”.

Ernesto Renán , quien escribiría la “Vida de Jesús”, narra que los “zelotes” o “sicarios” eran asesinos fríos que se obligaban a matar a todo aquel que en su presencia no respetase la ley mosaica.

El terrorismo en el anarquismo fue introducido por Negachev con su libro “Catecismo del Revolucionario” (1869), donde defiende que el individuo para ser revolucionario, no debe tener piedad, influencia que pasó a Bakunin, otro anarquista. Precisamente el terrorismo fue usado por los revolucionarios rusos que lucharon contra los zares.

La palabra terrorismo viene del latín “terrere (temer) y “detertere” (amedrentar), y al parecer fue usada en Francia en el período de la Revolución. Fue incorporada por primera vez en 1798 en el suplemento del Diccionario de la Academia Francesa refiriéndose al régimen que hubo en Francia entre septiembre de 1793 y julio de 1794.

Raymond Aron define la acción terrorista como aquella cuyos “efectos psicológicos son desproporcionados a su resultado físico”.

Caracteriza al terrorismo –expresa el internacionalista Haroldo Valladão- un *delito internacional, de jure gentium*, de punibilidad obligatoria para todos los Estados, sean practicados dentro o fuera de sus fronteras, interna o internacionalmente, teniendo como víctimas indiscriminadamente nacionales o extranjeros.

En una conceptualización inicial diremos que el terrorismo es un crimen de intimidación creando un peligro común indiscriminado, a través de medios desleales, odiosos, vandálicos, como amenaza de asesinatos o asesinatos mediante premeditación, traición, sorpresa, de individuos absolutamente inocentes muchas veces tomados como rehenes.

El gran problema en el ámbito penal internacional es la de su caracterización para los fines de asilo y de extradición, dado el conocido principio de la concesión del asilo y la denegación de la extradición para los crímenes políticos, prosigue Valladão.

La tendencia más generalizada es evitar dar una definición general, prefiriéndose identificar determinados aspectos o tipos de terrorismo, conforme sucede con el secuestro de personas o la piratería aérea.

Las dificultades encontradas han llevado a algunos especialistas a buscar soluciones pautadas en la tipología. Para unos, terrorismo es cualquier acto relacionado con la violencia; para otros se trata de actos específicamente políticos.

La Convención elaborada en el seno de la Liga de las Naciones en 1937 para la Prevención y el Castigo del Terrorismo, en que colaboró con su maestría habitual el gran tratadista Jules Basdevant, presentaba la siguiente definición: “Actos de terrorismo son actos criminales dirigidos contra un Estado con el objetivo de crear un estado de terror en la mente de determinadas personas o en un grupo de personas o en el público en general”. (Art. 1° § 2). Y en su artículo 8°: “Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 4 del presente artículo, los hechos previstos en los artículos 2° y 3° *serán considerados como casos de extradición* en todos los tratados de extradición concertados o que se concierten entre las Altas Partes contratantes”. Lamentablemente, poco después y a raíz de la Segunda Guerra Mundial, tornó la Convención en letra muerta.

Como bien señala otro gran internacionalista, Geraldo Eulalio Do Nascimento e Silva: “El principal obstáculo para la detención y juzgamiento de terroristas está en la cláusula de no-extradición por crímenes políticos, que se incluye en casi todos los tratados y figura en muchas leyes internas. El terrorismo, con todo, no puede ser calificado de crimen político, mismo si la motivación del acto haya sido político o pseudopolítico; pero no todos los Estados acogen esta óptica y, en América Latina, la institución del asilo diplomático o territorial ha tenido efecto negativo en el combate al terrorismo”.

Cuello Calón considera que “terrorismo significa la creación, mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de terror en la colectividad, o en ciertos grupos sociales, para imponer o favorecer la difusión de determinadas doctrinas sociales o políticas. Ciertos países han sufrido un terrorismo anarquista o comunista, otros un terrorismo de tipo político” y además prosigue este insigne tratadista que “el terrorismo no es un tipo uniforme de actividad criminal; está constituido por una serie de delitos, de distinta gravedad castigados en todas las legislaciones, pero entre ellos se destacan especialmente los atentados contra las personas (jefes de Estado, ministros, etc., o contra muchedumbres anónimas) o contra la propiedad mediante el incendio o el empleo de explosivo”.

Jiménez de Asúa expresa: “es más bien un crimen o una serie de crímenes que se tipifica por la alarma que producen, ordinariamente motivada por los medios de estrago que suele usar el terrorista”.

La violencia desatada por el terrorismo internacionalmente organizado representa un grave peligro no sólo para la seguridad interna de los Estados, sino también para la paz del mundo. Las causas son: las amenazas hacia la

esencia misma de la autoridad estatal, el fracaso parcial de la cooperación internacional en este campo, y por último, la adopción por parte de algunos gobiernos de métodos terroristas.

El término nace con sentido político durante la Revolución Francesa para designar el sistema de gobierno implantado por los jacobinos (1793/1794). En un clima indiscriminado de la violencia arbitraria contra el indefenso pueblo francés, generada en ejecuciones masivas, se intentó un clima de temor a fin de consolidar el régimen político imperante, lo que dio en llamarse *Terrorismo de Estado* en la doctrina política.

Pero la expresión “terrorismo” o “actos de terrorismo” es una denominación relativamente reciente, ya que fue utilizada por primera vez por Gunzburg en la Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, realizada en Bruselas en 1931, habiendo adquirido posteriormente, por su frecuente utilización, *derecho de ciudad*, sostiene Manuel A. Vieira.

En las últimas décadas las formas agresivas y despiadadas del terrorismo internacional han llevado a mayores restricciones al asilo, y mejoramiento de las pautas de la extradición y al sometimiento en el país de refugio en el caso de una extradición denegada, en virtud de la regla “aut dedere aut punire”.

El delincuente terrorista, de conformidad al Derecho Penal Internacional, es susceptible de extradición y la tendencia actual en materia de asilo diplomático es tendiente a no otorgarle dicho amparo.

En efecto, los medios utilizados por esta clase de delincuentes diluyen totalmente el carácter altruista que tiene el delito político repugnando a la moral y a claros principios humanitarios.

Sottile considera que la entrega de este tipo de criminales constituye un deber de los Estados a base de una solidaridad que quedaría desvirtuada si se permitiera la impunidad de los mismos.

Eduardo Jiménez de Aréchaga destaca: “El empleo de la palabra terrorismo y terrorista para calificar el recurso sistemático y organizado a estas formas clásicas de delincuencia se ha difundido en los últimos tiempos y el problema se ha agitado en diversas Conferencias internacionales celebradas en Europa y América, cristalizando en algunos proyectos que buscan establecer dos cosas: 1°) que el terrorismo merece penas más graves que los delitos

comunes que cada acto aisladamente comporta; y 2º) estipular en forma genérica, anticipada y sistemática, que en ningún caso se habrá de negar la extradición de estos delincuentes. Ambas se preconizan por razón de la crueldad y de la fría resolución que revela el empleo organizado y sistemático de estos actos delictivos”.

El eminente maestro uruguayo, ya citado, Manuel A. Vieira, considera que “el terrorismo constituye un crimen o una serie de crímenes que se tipifican por la alarma que produce, alarma que se justifica por los medios utilizados para delinquir” y agrega: “Se trata de crímenes que no solamente atacan la vida y los bienes de una o más personas, sino que constituyen un atentado contra la civilización y el orden público internacional. Como afecta los intereses fundamentales de los Estados y sus relaciones pacíficas, reviste indudablemente las características de un crimen internacional”.

Esta última definición se encuadra en una parecida de Jiménez de Asúa, quien señala que en la actividad terrorista existen dos elementos a tenerse en cuenta: a) la finalidad de alarma o terror perseguida; y b) los medios de estrago utilizados.

Para Albuquerque Mello, el terrorismo tiene las siguientes características: a) es imprevisible y arbitrario; b) la víctima no tiene medios de evitar; c) es amoral en el sentido de que no tiene en consideración argumentos humanitarios.

El internacionalista uruguayo González Lapeyre sostiene que dentro del terrorismo político, por los móviles que persigue, pueden distinguirse dos tipos: el vertical y el horizontal.

El terrorismo vertical puede ser insurreccional y en ese caso se ejerce de abajo hacia arriba; represivo cuando se ejerce de arriba hacia abajo. El terrorismo horizontal es normalmente el que ejercita una unidad política sobre otra.

a) El terrorismo insurreccional que podemos denominar también subversivo, tiene por objeto derrocar a las autoridades de un Estado determinado, estando pues dirigido a atacar el orden establecido con móviles mediatos muy variados, que van a depender principalmente de la plataforma ideológica de ese movimiento. Es pues un terrorismo proyectado de abajo hacia arriba porque aquellos que lo practican pretenden alcanzar el poder de un país determinado por esa vía, subvirtiéndolo o transformándolo.

b) El terrorismo represivo es el utilizado por los que detentan el poder dentro de un régimen tiránico, para obtener el total sometimiento de la población que ellos controlan.

Como es proyectado desde las alturas del poder, se ejerce de arriba hacia abajo.

c) El terrorismo interetático por ultimo, es el que un gobierno ejerce sobre la población de otro Estado, a la que pretende someter, como han sido los casos de los bombardeos sobre Londres y otras ciudades británicas en las dos guerras mundiales y sobre Hanoi en 1972 en la guerra de Vietnam, y también el terrorismo fundado en actos de genocidio y de crueldad indescriptible que ejerció Vietnam sobre la población de Cambodia.

Por su carácter interetático – concluye Edison González Lapeyre-, se ejerce o se proyecta horizontalmente; se trata de una acción terrorista ejercida por un sujeto del Derecho Internacional contra la población de otro sujeto del Derecho Internacional.

CONCEPCIÓN ACTUAL DEL TERRORISMO

El terrorismo puede ser identificado con bandas criminales de distinto tipo y con diversos fines, como terrorismo interno, que son actividades ilícitas llevadas a cabo por particulares dentro de un Estado y el terrorismo de Estado que también son actividades ilícitas propiciadas por un Estado determinado, aunque ejecutadas principalmente por particulares, conocido como “*terrorismo de Estado*”. Generalmente para esto cuentan con grupos ilegales que actúan con la aprobación, consentimiento o aquiescencia del gobierno o de sus fuerzas de seguridad. Se utiliza la fuerza contra víctimas inocentes con la idea de crear temor e incertidumbre en la sociedad. Dichas acciones son de tipo terrorista.

Puede originarse también el terrorismo por diversas motivaciones: una de ellas *el lucro económico ilícito*, fanatismo de tipo religioso o racial, ideologías extremistas que exaltan la violencia como método de lucha, éste último más conocido como “*terrorismo político*”, que ha sido definido como la utilización sistemática y organizada de la violencia criminal con el propósito de generar e incrementar el poder de un grupo u organización mediante la intimidación de las personas, el daño psicológico y material para alcanzar un objetivo político. Es cierto que a veces se buscan determinadas víctimas o el asalto a entidades bancarias, financieras o comerciales, para acrecentar el impacto,

pero en todos los casos se trata de amedrentar, de lograr un clima de confusión general, desconcierto e impotencia frente a acciones que quedan en la más absoluta impunidad.

El terrorista se dirige a provocar un “shock” en la sociedad infundiendo un temor generalizado, de forma tal que aunque las acciones no sean de magnitud, permitan impactar fuertemente en el ánimo de la población.

Por otra parte, el “campo de operaciones” no es el espacio territorial; son una secuencia de acciones por medio de una red interconectada, en forma de células cerradas (no se conoce la identidad de los integrantes de otras células), bajo una casi “dirección” central, que permite actuar en la clandestinidad, con métodos de infiltración en todos los sectores de la sociedad y que impactan en forma indiscriminada.

Pero las fuerzas terroristas, al verse protegidas por un manto de impunidad, caen en la violación de los derechos humanos y los excesos no podrán ser peores, pues en vez de promover la pacificación engendran intranquilidad, angustia y el gobierno corre el riesgo de perder la legitimidad en el campo internacional y afectar las relaciones con otros países, en particular con aquellos que suelen proveerle de asistencia técnica y financiera.

Hay que destacar que existe unánime consenso respecto a que el terrorista está excluido de los beneficios de que gozan los delincuentes políticos, como por ejemplo, la no extradición, la concesión de asilo o condiciones penitenciarias especiales.

En consecuencia, en una primera fase se exige al Estado que actúe de manera diligente adoptando todas las medidas razonables, dentro del respeto a los Derechos Humanos, para prevenir y sancionar los actos terroristas.

Sin embargo, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, actualmente resulta restringido y ha quedado rezagado de las nuevas violaciones que se producen a los derechos de las personas, por lo que es necesario ampliar los alcances jurídicos de la protección emanada de sus cartas constitutivas.

Las Convenciones y Tratados

Surgieron también tratados de cooperación más específicos tanto en el ámbito de Europa como de índole universal.

La Convención de La Haya de 1970 para la Represión y Apoderamiento Ilícito de Aeronaves estipula en el párrafo segundo del artículo 8°: “Si un Estado Contratante, que condiciona la extradición a la existencia de un tratado, recibe un pedido de extradición por parte de otro Estado Contratante con el cual no mantiene tratado de extradición, podrá a su criterio considerar la presente Convención como base legal para la extradición con relación al crimen. La Convención aun determina que el crimen deberá ser considerado crimen extraditable en todo tratado de extradición existente entre los Estados Contratantes” (Art. 8° § 1°). Al contrario de lo estipulado en el párrafo segundo, esta obligación no se deja al criterio del Estado, pues es absoluta. Esta regla fue repetida, *ipsis litteris*, por la Convención para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmada en Montreal, el 23 de septiembre de 1971, y con ligeras modificaciones de forma por la Convención contra la Toma de Rehenes de 1979 (artículo 8°).

La Convención para la Prevención y la Sanción de Crímenes contra Personas Protegidas Internacionalmente, inclusive Agentes Diplomáticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1973, protege a los Jefes de Estado, representantes, funcionarios o personalidades oficiales, etc. Son protegidos también los locales oficiales o domicilios privados y sus medios de transporte. Es considerado crimen o asesinato, el secuestro, ataque a su libertad, la amenaza, la tentativa, la complicidad, así como actos contra los locales oficiales, la morada o medios de transporte.

Está también la Resolución sobre Terrorismo Internacional, del Consejo de Europa, del 24 de enero de 1974.

Surgió, además, la Convención contra el Terrorismo elaborada en el Consejo de Europa (Estrasburgo, 10/11/76), en que se suprime la posibilidad de invocar el carácter político de una infracción para rehusar la demanda de extradición, o sea que despolitizan hechos que de otra manera serían políticos. Seguida de la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo de 1977, que da una definición ejemplificativa al enumerar los actos criminales que deben ser penados como terrorismo. Se menciona también en el ámbito europeo una Convención para la Represión del Terrorismo, concluida en Dublín, en 1979, entre los países de la CEE.

La Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando tengan trascendencia internacional, Washington, 1971, arts. 1° y 3°, o sea: “los actos de terrorismo y en especial el secuestro, el homicidio y otros atentados contra

la vida y la integridad de las personas a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al Derecho Internacional, así como la extorsión conexas en estos delitos”. En el mismo sentido la Convención sobre la Toma de Rehenes, Nueva York, 17/12/79.

En 1995 la O.N.U., por Resolución A.G.N.U. XL/61, condenó todos los actos de terrorismo como criminales. En la Conferencia Ministerial de Ottawa sobre la Lucha contra el Terrorismo (diciembre de 1995), se tuvo por cierto un resurgimiento del terrorismo interno, con incremento de la toma de rehenes y en la violencia indiscriminada, por parte de extremistas religiosos, acudiéndose para consumarlos a la utilización de armas no convencionales como las químicas.

- *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, aprobada el 5 de junio de 1996, donde considera que la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana.

Reafirma que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas *constituye un crimen de lesa humanidad*.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a:

a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales.

b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;

c) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole, necesarias para el cumplimiento de los compromisos asumidos en la presente Convención.

El art. 2° define: “Para los efectos de la presente Convención, se considera la desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupo de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer

dicha privacidad de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

El art. 7° establece:

“La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma *no estarán sujetas a prescripción*”.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Firmada en Washington, en 1986, constituye otro valioso instrumento internacional, entre cuyas disposiciones se contemplan:

Art. 2°: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente, por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin”.

Art. 3°: “Será responsable del delito de tortura:

Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo no lo hagan”.

Art. 4°: “El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente”.

Art. 6°: “Los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción”.

EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Después de largos años e intensos estudios, se arribó a un consenso para la firma de este importante instrumento jurídico, el 17 de julio de 1998, en la ciudad de Roma. Entre otras disposiciones establece:

Art. 5°: Crímenes de la competencia de la Corte: 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comu-

nidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

Los crímenes de lesa humanidad.

Art. 7°: Crímenes de Lesa Humanidad. 1. A los efectos del presente

Estatuto se entenderá por crimen de lesa humanidad, cualquiera de los actos siguientes:

f) Tortura;

y) Desaparición forzada de personas.

Art. 29°: Imprescriptibilidad. Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán.

En diciembre de 1997, se reunió en Buenos Aires el Primer Congreso Internacional sobre Terrorismo, a fin de promover el conocimiento público sobre la presencia de terroristas islámicos en la región de las tres fronteras (Argentina, Brasil y Paraguay), arribando a la formación de una fuerza de policía conjunta de Mercosur para ejercer el derecho de legítima soberanía en la región de las tres fronteras. Todavía no se ha arribado a conclusiones asertivas de que en dicha zona existan elementos que pongan en peligro la paz mundial.

BIBLIOGRAFIA

Carrillo Salcedo, Juan Antonio.- Curso de Derecho Internacional. Tecnos. Madrid, 1994.

Albuquerque Mello, Celso D. De.- Curso de Direito Internacional Público. Renovar. Rio de Janeiro. 9ª. Edición. 1992.

Kantorowicz, Ernest.- “L'Empereur Frédéric II”, 1987.

Valladão, Haroldo.- “Problemas Jurídico – Penais Atuais do Terrorismo”, en Boletim Brasileiro de Direito Internacional. N° 55/60. Janeiro- Dezembro, 1972-1974, ps. 7 y sgtes.

Do Nascimento e Silva, Geraldo Eulalio.- “A Extradicação de Terroristas”, en Boletim Da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. N° 69/71. Años 1987/1989, p. 15.

Cuello Calón, Eugenio. “Derecho Penal”. Barcelona, 1953. p. 271/2.

Jiménez de Asúa, Luis.- “Tratado de Derecho Penal. Tomo II, p. 969, Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1970.

Jeschek, Hans Heinrich, citado por Daniel P. Carrera. “*Terrorismo*”, en “Revista de la Facultad” (Córdoba), vol. 4, 1996, n° 2, p. 107.

Vieira, Manuel A.- Derecho Penal Internacional. Montevideo 1969, p. 259.

Vieira, Manuel A.- Derecho de Asilo Diplomático. Montevideo 1961, p. 264/66.

Sottile, A. – en “Recueil des Cours de L’Academie de Droit International de La Haya”, T.65, p. 96.

Jiménez de Arechaga, Eduardo.- “Nota de Jurisprudencia”, en Anuario Uruguayo de Derecho Internacional. Montevideo, 1962, p. 271.

González Lapeyre, Edison.- “El Terrorismo en el Ambito Interamericano”, en XVII Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Río de Janeiro, agosto de 1990, p. 266/7.

Rivarola Paoli, Juan B.- “Instrumentos Internacionales Fundamentales”. Intercontinental Editora. Asunción. 1999.

Piombo, Horacio Daniel.- Tratado de la Extradición. Depalma. Buenos Aires, 1998.



DURANTE EL SIGLO XIX EL EXITO DE LA DIPLOMACIA PARAGUAYA ESTUVO FUNDADA EN EL DERECHO Y LA JUSTICIA

Por Antonio Salum-Flecha*

El siglo XIX fue de luces y de sombras para la diplomacia paraguaya. En el primer caso, porque obtuvo el más resonante éxito en su disputa con Gran Bretaña cuando le tocó dirimir las responsabilidades jurídicas por el ataque en la rada de Buenos Aires al vapor “Tacuarí” por parte de dos cañoneras británicas en diciembre de 1859. Otro éxito no menos significativo se produjo cuando ese mismo año se suscribió en Asunción el Tratado Bowlin-Vázquez y en Washington en 1860 la sentencia Jonson-Berges que solucionaron amistosa y satisfactoriamente los incidentes que originaron con Estados Unidos el ataque al “Water Witch” desde la guarnición paraguaya de Itapirú en 1853 y las reclamaciones en 1854 de Edward A. Hopkins, cónsul de Estados Unidos y agente de la “United States and Paraguay Navigation Company”, una corporación de Rhode Island, a pesar del envío del presidente Buchanan de una flota de 19 buques de guerra, 200 cañones y 2.500 hombres en 1858.

En cuanto a las sombras, bastará mencionar las falencias de nuestra diplomacia para evitar con una adecuada estrategia -que no existe hasta ahora- que el Paraguay sea arrastrado a la guerra contra la Triple Alianza con todas sus desastrosas consecuencias para el país. En esta ocasión, sólo abordaremos el diferendo paraguayo-británico por ser el más difícil y prolongado de todos.

Este diferendo se originó el 18 de febrero de 1858 cuando la policía paraguaya descubrió una conspiración para asesinar al presidente Carlos An-

*) Profesor Titular de Historia Diplomática de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

tonio López en la que estuvo involucrado el supuesto súbdito británico Santiago Canstatt, apresado junto a otras 12 personas para ser procesadas. Como éste pidió garantías al cónsul británico en Asunción, Charles A. Henderson, ante su reclamación al gobierno nacional le respondió que no se podía admitirle la protesta que hacía por lo que de ello daría cuenta al gobierno británico.

Consecuentemente, Henderson se dirigió a su gobierno refiriendo las cosas a su manera hasta que el 1 de agosto solicitó por nota: 1) La inmediata libertad del preso en proceso; 2) Una indemnización proporcionada a sus padecimientos personales y a los perjuicios sufridos en sus intereses; y 3) Una “reparación” completa al gobierno británico por la “falta de respeto” del gobierno paraguayo a las representaciones de dicho cónsul. Las que debían ser admitidas en el término de tres días, y sin eso, el cónsul tenía orden de pedir sus pasaportes y retirarse del país.

En vista entonces, de la situación creada, el gobierno paraguayo entregó sus pasaportes al cónsul Henderson. Los conspiradores, mientras tanto, fueron juzgados por la justicia ordinaria que condenó a cinco de ellos, incluido Canstatt, a la pena de muerte. El presidente López, empero, indultó a tres, siendo uno de ellos Canstatt.

El segundo incidente con Gran Bretaña se produjo de una manera insólita. El vapor “Tacuarí” debía conducir a su bordo al general Francisco Solano López de regreso a Asunción después de cumplir una brillante gestión mediadora entre la Confederación Argentina y la Provincia de Buenos Aires traducido en el Pacto de San José de Flores el 10 de diciembre de 1859. Al embarcarse López en el vapor surto en la rada de Buenos Aires, apenas el “Tacuarí” se puso en movimiento, se dirigieron hacia éste en actitud amenazante las cañoneras inglesas “Burzard” y “Grappler”. Lanzado un bote al agua con la intención de enviar un mensajero para averiguar lo que aquella actitud significaba, dos disparos de cañón se encargaron de decir cuál era la intención de los ingleses. Rápidamente el general López ordenó ante los artilleros que corrieran a sus puestos, cargaran los cañones y prepararan las mechas. La tripulación y todo el personal de la legación se aprestaron al combate.

Fue entonces que el comandante del “Tacuarí”, capitán Morice, de nacionalidad inglesa, como los ingenieros y maquinistas del buque, se acercó al general López a manifestarle que en su calidad de tales tendría graves consecuencias para él y sus compatriotas hacer fuego sobre naves que llevaban la bandera de su nación. En vista de ello, el general López ordenó el regreso a Buenos Aires, donde a su vez formuló una protesta por el insólito hecho.

Siguió por tierra hasta Paraná, a cuyo gobierno envió una comunicación del tenor siguiente: “El gobierno de V.E. sabe que entre las naciones es reconocido, aun en los puertos de mar, el principio de que un buque de guerra de una nación que está en guerra con otra, no puede salir sino veinticuatro horas después de haber salido el buque del otro beligerante. Entre tanto, señor Ministro, yo, después de haber concluido con fortuna mi honrosa misión, después de haber recibido de esos pueblos las demostraciones más distinguidas de su gratitud, no he podido regresar a mi patria por el territorio fluvial de la Confederación, pues no he podido salir del río ni aun horas antes de moverse mis agresores y de realizarse la agresión”.

Con el objeto de solucionar amistosamente los conflictos Canstatt y “Tacuarí”, el gobierno de Asunción designó como Encargado de Negocios del Paraguay ante los gobiernos de Londres y París al jurista argentino Carlos Calvo, quien durante sus difíciles gestiones de casi dos años debió superar innúmeros obstáculos para doblegar el orgullo y la prepotencia de la Rubia Albión, los que pueden condensarse en las siguientes secuencias:

El jurista Carlos Calvo, antes de emprender viaje a Europa en cumplimiento de su misión diplomática, presentó al presidente Carlos A. López una Memoria en la que consignó a grandes rasgos sus apreciaciones sobre las documentaciones recibidas de la Cancillería Nacional sobre los incidentes diplomáticos que debía solucionar. El Semanario, periódico oficial, publicó después parte de ella, precedida de una introducción que decía:

“Creemos oportuno reproducir parte de una Memoria presentada al Excmo. Gobierno por persona muy competente, y que pone de relieve los hechos que vamos refiriendo.

He aquí ese escrito, que revela desde luego al hombre práctico en el derecho de gentes; reclamamos la atención de nuestros lectores a los puntos de doctrina encerrados en esta Memoria, cuya copia es irresistible”.

La Memoria presentada era bastante extensa por lo que, para entrar al fondo de la cuestión, la divide en dos periodos:

1º Prisión y causa seguida a Santiago Canstatt, hijo de un pretendido inglés; reclamación, protesta y retiro del señor Hendersen, cónsul de S.M.B.

2º Atentado de la marina británica en las aguas argentinas de la rada de Buenos Aires contra el vapor de guerra Tacuarí, a bordo del cual se encontra-

ba el Excmo. señor ministro mediador de la República del Paraguay. Algunos de sus párrafos expresaban:

“Los pueblos sudamericanos no pueden dejar de alarmarse, de pretensiones tan exorbitantes como las que el referido cónsul, contra todas las prácticas internacionales, contra los usos más triviales de la diplomacia, ha pretendido imponer, en nombre de su gobierno, a un pueblo soberano e independiente, con el cual ha alimentado relaciones las más cordiales de amistad y comercio, acreditando ministros diplomáticos, y celebrando tratados internacionales”.

“El cónsul Henderson ha pretendido poner en práctica con la nación paraguaya un derecho de gentes que sólo puede adoptarse entre pueblos que no han alcanzado los beneficios y humanitarios principios que ha consagrado la civilización del siglo XIX”.

“Al entrar a tratar la cuestión del ataque al vapor de nuestra marina de guerra “Tacuarí” por los buques ingleses en la rada de Buenos Aires, hallamos dificultad para conversarnos serenos e impassibles, porque ese hecho, aunque no carece de precedentes en los anales de la marina británica, tiene pocos ejemplos en la historia contemporánea, y subleva contra si el ánimo aun de las personas más indiferentes. El ataque pirático -perdónesenos la palabra- al vapor “Tacuarí” es la prueba más palpitante del odioso abuso que puede hacerse de la fuerza, cuando ella está confiada a hombres para quienes la ley y el derecho son cosas secundarias”.

Estando por embarcarse para cumplir su misión diplomática cerca de las cortes de Saint James y Tullerías, el canciller Vázquez recibió una lacónica nota de lord John Russell, del Foreign-Office, que destruía la última de las esperanzas que hasta ese momento abrigaba el gobierno de la república, con el tenor siguiente: “Señor, He tenido el honor de acusar las notas de Vuestra Excelencia datadas el 15 de agosto, pero no puedo entrar con Vuestra Excelencia en discusiones sobre cuestiones en que el gobierno del Paraguay ha sido ya instruido por Mr. Henderson de las miras del gobierno de Su Majestad Británica J. Russell”.

Aun así, el gobierno paraguayo y el propio Calvo, lejos de intimidarse, persistieron con firme voluntad en el propósito de habilitar en Londres y París las legaciones permanentes propuestas.

De paso por Paraná, Buenos Aires y Montevideo, Carlos Calvo tuvo la oportunidad de entrevistarse con los respectivos plenipotenciarios británicos, compenetrándose del espíritu belicoso de que estaban animados de acuerdo seguramente a instrucciones recibidas. Le hablaron, inclusive, de que el espíritu dominante entonces en Londres era el envío de una expedición armada para apoderarse de Asunción y castigar severamente la insolencia del presidente López por haber sostenido con energía y patriotismo los derechos de soberanía nacional.

Tal es así que en una carta enviada a su amigo Francisco Solano López le hacía saber que los británicos no tenían embarazo de anunciar el próximo arribo de una poderosa escuadra que surcaría inmediatamente el caudaloso Río de la Plata y sus afluentes Paraná y Paraguay, sin detenerse hasta el puerto de Asunción, desde donde se proponían arrasar su población si el gobierno no aceptaba inmediatamente las perentorias exigencias de su diplomacia. Le decía también “que, en tan grave circunstancia, me sentía animado de un doble sentimiento de gratitud y humanidad, que me imponía el deber imprescindible de proceder activa y eficazmente en el sentido de hacerme digno de la confianza que en mí se depositaba, y de impedir por todos los medios posibles que se consumase un acto de violencia incalificable de parte de tan grande y poderosa nación”.

Ya desde Londres, escribió nuevamente a Francisco Solano haciéndole saber los esfuerzos que desplegó en ser recibido por lord Russell para exponerle la posición del Paraguay y que mientras esperaba su respuesta de audiencia solicitada el 10 de abril se puso en contacto con miembros del cuerpo diplomático, jurisconsultos y miembros del Parlamento, cuya influencia podría serle útil para exponer oportunamente al titular del Foreign-Office el error en que había incurrido el cónsul Henderson.

Cuando finalmente recibió del subsecretario de dicha secretaría de Estado, lord Wodehouse, una notificación fechada el 23 de abril de que lo recibiría él al día siguiente, a las 4 de la tarde, sin reconocerle carácter diplomático, dio cuenta a la cancillería paraguaya el 8 del mismo mes en donde le decía:

“Señor Ministro:

Mi última comunicación oficial con el N° 8 terminó con el anuncio de la conferencia que me había sido acordada por lord Wodehouse, subsecretario de negocios extranjeros y encargado de los asuntos de América. Efectivamente, concurrí al Foreign-Office a la hora señalada (4 de la tarde) del día 4 del corriente, y fui recibido en el acto de ser anunciado”.

“Lord Wodehouse es un hombre joven aún, de modales cortesanos y ceremoniosos. Su primera acogida fue fría y reservada, y aun parecía estudiantemente perentoria. Tomé primero la palabra, y le manifesté los sentimientos amistosos y leales que animaban a mi gobierno, el cual, a pesar de la conducta irregular de los agentes de S.M.B., había creído dar una nueva prueba de su respeto y deseo de renovar las relaciones amistosas con el gobierno de Su Majestad, acreditando un agente diplomático reconocidamente conciliador e imparcial, y que podía decirse que representaba las opiniones y sentimientos más pronunciados de las Repúblicas sudamericanas”.

“Que tenía perfecto conocimiento de la desgracia de cuestión pendiente, y que había presenciado el acto de violencia y sin precedente en las relaciones internacionales, que había tenido lugar el 29 de noviembre en la rada de Buenos Aires...”.

“Lord Wodehouse en el curso de la conferencia no oficial que me concedió por instrucciones de lord Russell lo hizo solo por tener informes favorables de mi persona dados por el señor Thornton y a la interposición del señor Baring (uno de los banqueros más poderosos de Londres) a los efectos de preguntarme si tenía autorización para satisfacer las reclamaciones del señor Henderson, replicándole que no porque ellas eran tan injustas como extraña a las prácticas internacionales...”.

“Lord Wodehouse, entre otras recriminaciones más, dijo que las mismas dificultades había tenido ya el Paraguay con todas las naciones con quienes había estado en relaciones, y que éstas habían tenido que hacer uso de la fuerza para ponerla en razón... que en cuanto el suceso ocurrido en la rada de Buenos Aires, aunque el almirante Lushington no había recibido instrucciones precisas, el gobierno había aprobado su conducta, y lo único que había lamentado era que el comandante Peel, que había sido severamente castigado, no hubiese cumplido con su deber apoderándose de la persona del general López y del vapor que lo conducía, agregando todavía: “Los 15 vapores que tiene el Paraguay, siendo de construcción inglesa, deben ser buenos para aumentar nuestra marina...”.

“Rebatí sus débiles argumentos apoyándome en el derecho público internacional, tanto a los actos del señor Henderson como al atentado del almirante Lushington, y agregué que considerar salvaje hoy al pueblo paraguayo, era hacer una ofensa gratuita a su propio gobierno, que habla celebrado tratados de amistad y comercio con la República..., que el presidente López la habla

elevado a un estado de progreso y civilización superior al de otras Repúblicas sudamericanas; y aun de algunos de los Estados de la misma Europa...”.

“Pero sería no terminar, señor Ministro, si debiera referir en todos sus detalles esta conferencia, que duró desde las 4 a las 6 y media de la tarde; me limitaré, pues, a decir a V.E. lo más sustancial”.

“Por más que lord Wodehouse me reiterase que no podía tratar lo relativo a la nacionalidad, lo traje a ese terreno Le hice ver los documentos recibidos de Montevideo que acreditan la naturalización del doctor Canstatt como ciudadano de la República Oriental del Uruguay”.

“Me contestó que por la legislación británica el súbdito inglés jamás pierde la nacionalidad ni su derecho a la protección de S.M.B., que alcanza hasta los nietos, transmitiéndoles iguales privilegios”.

“Que sabía y era exacto cuanto le aseguraba respecto al padre y al hijo sobre ciudadanía; pero que eso en nada alteraba el hecho”.

“Esta revelación le inquietó bastante, y aunque él quiso ocultar su impresión, ... y aun cuando se evidenciase la nacionalidad belga del doctor Canstatt, el gobierno inglés estaba decidido a no volver sobre sus pasos, porque las ofensas que había recibido su cónsul, en la suposición de que Canstatt era inglés, no permitirían al gobierno británico retroceder, etc...; y concluyó por reiterarme el consejo de declarar en la nota a que debo contestar, que estaba pronto a discutir el monto de indemnización, la cual no sería considerable, y a dar una satisfacción al gobierno de S.M.B. por la falta de respeto, no dudando que entonces sería recibido, etc.”.

“Declaré terminantemente, que ni mis instrucciones, que eran perentorias a ese respecto, ni mi conciencia me permitirían jamás aceptar la menor discusión que tuviese relación con una indemnización; que en cuanto a la satisfacción, creía que estaba dada ya por mi gobierno..., y que en ese sentido no veía inconveniente en reiterar la nota del 25 de agosto, recibiendo a mi vez una manifestación de desaprobación por la conducta del señor Henderson y por el acto atentatorio de los oficiales navales de S.M.B. en la rada de Buenos Aires”.

“Su Señoría me interrumpió diciendo que era inútil seguir adelante, porque su gobierno no admitirla otro arreglo”.

“Entonces, como último recurso, le propuse que sometiésemos la decisión del asunto al juicio de uno de los primeros jurisconsultos de su país, a quien podíamos poner en posesión de todas las piezas oficiales. Lord Wodehouse replicó que su gobierno no podía aceptar tal proposición; y como yo llevaba una carta del señor Lake, en que me aseguraba que la opinión del doctor Phillimore nos era favorable, se la di a leer, observando la impresión que le hacía, que me pareció satisfactoria; pero muy luego me dijo que no influiría en el ánimo del gobierno de S.M.B., cuyo consejo reunido había resuelto ya la contestación que se me había dado oficialmente, al solicitar mi recibimiento en el carácter en que estaba acreditado; que tal era la firme opinión de lord Palmerston, lord Russell y demás miembros del gabinete, y que por consiguiente perdería el tiempo insistiendo”.

“No obstante, me ofreció poner en conocimiento de lord Russell el resultado de la conferencia tenida conmigo y, que me transmitiría su resolución por conducto del señor Tomás Baring, que había intervenido para que fuese recibido. Resolución que llega a mis manos en los momentos en que escribo, y desgraciadamente es negativa. Lord Russell declara que no variará en nada el espíritu y la letra de la nota oficial”.

“En este caso, no queda otro camino que llevar adelante mi plan extremo. Hoy debo tener la opinión escrita del doctor Phillimore, él cree que es el acto más inconveniente e inusitado que ha ejercido el gobierno británico, y que el derecho de la República es evidente...”.

...En el informe que los doctores Lake y Kendall sometieron al doctor Phillimore, abogado del Almirantazgo, alegaban que Canstatt no era inglés. Y agregaban: “Reconociendo el gobierno del Paraguay que la intervención del Cónsul era enteramente inoportuna, prefirió tratar directamente con el gobierno inglés. No había obligación para que un Estado independiente diera cuenta a un cónsul de procedimientos legales adoptados en conformidad con la constitución del país, particularmente en negocios de tal naturaleza. Canstatt ha sido tratado lo mismo que los ciudadanos paraguayos. Nada se ha hecho que no fuese conforme con las leyes del país, y no es extraño que hubiese habido alguna irritación creada por tan inconveniente intervención... “Creemos que en cualquier parte donde S.M. esté representada solamente por un cónsul, un Estado independiente tiene el derecho de tratar directamente con persona de más alto rango especialmente autorizado ad hoc”.

En cuanto al asunto “Tacuarí”, expresaban:

“Lo mencionamos aquí para que se tenga presente que el gobierno paraguayo ha sido tratado de una manera inconveniente. Tenemos en nuestro poder extractos de los periódicos publicados en Buenos Aires, que revelan toda su indignación por la conducta del oficial de la marina británica” En cuanto al asunto Canstatt, terminaban así: “En el caso que un extranjero residente accidentalmente en Inglaterra conspirase contra la vida de la reina, las autoridades tendrían que juzgarlo conforme a las leyes inglesas, y su embajador no tendría el derecho de intervenir”.

Uno de los párrafos del dictamen del doctor Phillimore, decía:

“Es una regla de la ley internacional, reconocida con repetición por los tribunales ingleses en toda causa civil, que el *lex fori* gobierna todas las formas del juicio y procedimientos, cualesquiera que sean las partes complicadas, y donde quiera que la causa tenga origen... Suponiendo el derecho del cónsul para intervenir, y que Canstatt fuese un ciudadano británico, soy de opinión que el gobierno paraguayo no ha cometido ofensa contra ningún principio o uso de la ley internacional... Aconsejo al representante del Paraguay en este país que solicite una entrevista con el secretario de Estado en las relaciones exteriores, para exponerle el verdadero estado del caso en cuestión, y no puedo dudar, no sólo por su alto carácter, que en sí mismo ofrece suficiente garantía, sino también por el hábil y leal consejo de que dispone, que admitida como bien fundada en los principios de la ley internacional”.

En vista de ello y dando así fin a sus gestiones, Calvo envió un segundo memorándum a Lord Russell, en algunos de cuyos párrafos decía:

“El hecho de negarme V.E. a discutir directamente la cuestión con el agente diplomático acreditado expresamente por el gobierno de la República, mientras Canstatt no sea indemnizado, pido perdón a V.E. si expreso sinceramente mi opinión, y ésta es que sólo prueba la absoluta falta de argumentos serios que le permitan salir de la mala posición en que le ha colocado la imprudente conducta del señor Henderson”.

“Después de tantos esfuerzos para conciliar los intereses y la dignidad de ambos países, es inexplicable la persistencia de V.E., reiterando su negativa de recibirme como agente diplomático del Paraguay, mientras no sea recompensado el más odioso de los crímenes”.

“Sosteniendo esa cláusula, Milord, como condición *sine qua nom*, V.E. que no quiere oír ni aun la opinión de los más eminentes jurisconsultos británi-

cos, establece el incontestable argumento de la fuerza; doctrina que contrasta notablemente con los principios rectos y liberales que profesa la ilustrada nación británica”.

En fin, para sintetizar le informo cuanto sigue:

Que no había respetado la opinión de la más alta autoridad científica de la Gran Bretaña, pronunciada a favor del Paraguay.

Que no habla aceptado la proposición de que el asunto fuese sometido a la decisión del consejo jurídico de S.M. la Reina de la Gran Bretaña, etc.

Que había visto el pronunciamiento uniforme de la alta prensa de Inglaterra a favor el Paraguay, incluso su propio órgano ministerial el Daily-News(1).

Que había sido interpelado en el Parlamento sin poder justificar sus actos.

Que apremiado por la opinión pública de su país y de la Europa entera, tuvo que poner un término a esa extraña conducta, acatando las prácticas que la civilización y los deberes recíprocos imponen a las naciones, contestando al Memorándum de fecha 13 de setiembre de 1860.

Que destruidos uno por uno los argumentos aducidos en ese documento, por los que contiene la respuesta al Contra-Memorándum y los anexos, no encontró conveniente continuar la discusión.

Que había recibido el apoyo del derecho perfecto del Paraguay la opinión favorable del eminente Mr. Drouyn de Lhuys, la cual armonizaba en todas sus partes con la del doctor Phillimore.

Que recibió la interposición oficiosa del gobierno de S.M. el Emperador Napoleón por conducto de su embajador, conde Flahauf.

1) El Times de Londres del 4-IX-1869 publicó un artículo sobre el tema que el día 7 del mismo mes, en un extensísimo trabajo de redacción publicó el Daily-News, reproduciendo la opinión científica del doctor Phillimore, cuya importancia y oportunidad fue tal que desde entonces puede decirse que lord Russell comenzó a declinar en sus exigencias.

Que había recibido, además, a favor del representante del Paraguay la recomendación personal más expresiva de su ilustre y noble colega en las conferencias de Viena (1855).

Que había pasado por el desagrado de ver aplicado a su propia marina, por la de los Estados Unidos, en su más odioso desarrollo, el acto de violencia ejercido por el almirante Lushington en el Plata.

Qué había pasado por la inesperada decepción de recibir el testimonio negativo relativamente al pretendido origen inglés de Canstatt, resultando la no existencia de antecedente alguno en la parroquia de Aldgate de Londres, según lo había asegurado en su Memorándum del 13 de setiembre de 1860.

Lord Russell, en fin, que se había mostrado tan inflexible y tan severo hasta entonces, comprendió en su sabiduría que si bien, persistiendo en la política adoptada por su gobierno para con los pueblos sudamericanos, no debía a la República del Paraguay las consideraciones que se guardan entre las naciones poderosas, ese pueblo, que había sostenido con energía y patrióticas miras sus derechos, y los que le son debidos como nación independiente, había conquistado por su noble actitud el respeto y la estima de la Europa entera y de sus más hábiles juristas.

En esa situación extrema, lord Russell adoptó el único camino digno que le quedaba y era de autorizar tan pronto como fuese posible una transacción con el Paraguay.

Cuando el canciller Vázquez le acercó al presidente López la información pormenorizada que le hizo llegar su Encargado de Negocios en Londres y París, doctor Carlos Calvo, juzgaron de inmediato cuán acertada había sido la sugerencia formulada por el general López para designar a tan calificado internacionalista argentino para sostener la causa del Paraguay ante el gobierno de S.M. la Reina Victoria, con la sapiencia, pasión y perseverancia que lo estaba haciendo por lo que el éxito estaba desde ya asegurado.

Al iniciarse el año 1861 las posibilidades de solucionarse el último problema internacional acaparaba la atención del gobierno paraguayo, sobre todo a partir del Memorándum de fecha 13 de septiembre de 1860 que su Encargado de Negocios, Carlos Calvo, había hecho llegar desde París a lord Russell. En éste, el diplomático recapitulaba lo ya expuesto en sus comunicaciones anteriores sobre las interrumpidas relaciones entre ambos gobiernos y la necesidad de que se abrieran las puertas para la conciliación; lo contraproducente

que resulta para ello escuchar sólo al cónsul Henderson y no al Paraguay; el testimonio documentado que le hizo llegar de que Canstatt no era súbdito inglés; la opinión favorable hacia la posición del Paraguay del jurista Phillimore, etc.

En la propia Londres, el litigio anglo-paraguayo había repercutido con fuerte impacto sobre la opinión pública al conocerse la difusión que habían hecho sobre este sonado caso los órganos de la alta prensa francesa, el *Moniteur*, *Constitutionnel*, *Patrie*, *Presse*, *Opinion Nationale*, etc., así como de las demás naciones de Europa, llamando la atención del mundo civilizado en términos expresivos, desaprobando la conducta del gobierno británico con la República del Paraguay. Alentado por este hecho, el doctor Calvo dirigió desde París a lord Russell su Memorándum del 13 de septiembre de 1860, quien para responderlo preparó un Contra-Memorándum que fue remitido directamente al presidente Carlos Antonio López por intermedio de Mr. Thornton, Enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario británico en la Confederación Argentina. En el mismo, lord Russell, no pudiendo encarar los argumentos, irrefutables por cierto, del doctor Phillimore, fundados como están en el derecho positivo y en las prácticas internacionales, desentendiéndose de ese punto esencial, se limitaba a acumular cargos que sólo ponían todavía más en relieve la violación de todos los principios y de las más simples conveniencias políticas. Al mismo tiempo, chocaba hasta con el buen sentido, pues cuando dice no pretender imponer leyes a los gobiernos independientes, niega a la vez al Paraguay derechos de soberanía interna que el gobierno británico había acatado recientemente en situaciones parecidas con España y Prusia.

Por tanto, el doctor Calvo hizo notar a la cancillería paraguaya que la circunstancia de haber enviado lord Russell el Contra-Memorándum al propio Presidente de la República, se imponía el deber de aguardar nuevas instrucciones. Entonces, sólo después de recibir por la mala del Río de la Plata de marzo de 1861 la orden del canciller Vázquez de contestar el referido Contra-Memorándum de lord Russell, le dirigió a éste con fecha 12 de marzo una nueva nota que, en conclusión, le decía:

“Milord, estoy en el deber de significarle que he recibido instrucciones perentorias de mi gobierno para declarar a V.E. que muy lejos de estar dispuesto a hacer la menor reparación a favor de Canstatt, espera todavía que el de S.M.B. le dé la debida satisfacción por el insulto inferido a la bandera nacional del Paraguay por las fuerzas navales a las órdenes del almirante Lushington en la rada de Buenos Aires, así como una reparación por los daños y perjuicios causados a la República por ese acto.

En caso de persistir el gobierno de S.M. en su negativa, me ordena que proteste, como lo hago, Milord, por todas las consecuencias que pueda producir la actitud asumida por el gobierno de S.M.B. en esta lamentable cuestión.

Agotados así, infructuosamente, todos los esfuerzos conciliadores que he hecho con la mayor y más decidida voluntad desde mi arribo a Europa, a fin de terminar amistosa y dignamente, para ambos países, esta desgraciada cuestión, quedame, Milord, como único resultado la íntima convicción de la injusticia y sinrazón de los procedimientos y exigencias inusitados del gobierno de Su Majestad; y crea V.E. sinceramente que esa es también la opinión de cuantos la conocen.

Réstame sólo renovar a V.E. la expresión de la respetuosa consideración con que tengo el honor de ser,

Milord
De Vuexcelencia

Su muy humilde y muy obediente servidor
CARLOS CALVO”

Asimismo, al dar cuenta al canciller Nicolás Vázquez el resultado de su misión en Londres, terminaba su nota con los siguientes párrafos:

“Tal es la sucinta y fiel exposición de los trabajos perseverantes hechos por esta Legación en cumplimiento de la difícil misión con que ha sido honrado cerca del gobierno de Su Majestad Británica. La cuestión de derecho público está ganada, Señor Ministro. Lord John Russell mismo no lo niega. Queda no obstante pendiente la cuestión del derecho de la fuerza, pero para esa clase de derechos no hay otro argumento que la fuerza.

“¿Usará de ella, señor Ministro? y hago votos, en el interés de la propia gloria de los eminentes hombres de Estado que dirigen los destinos de la gran nación británica, porque no llegue ese caso. Fundado en esos sentimientos, no puedo dejar de reiterar mi firme convicción de que el gobierno de S.M. desistirá de llevar adelante una cuestión que sólo tiene ya el carácter de un exagerado amor propio nacional”.

“Por otra parte, la dura experiencia que han dejado a la Inglaterra las desastrosas luchas del Río de la Plata, que terminaron por la célebre conven-

ción del 24 de noviembre de 1849, le aconsejarán una conducta más prudente que la que ha seguido hasta aquí en este deplorable asunto, y comprenderá que no se pueden sacrificar por un mero capricho los verdaderos intereses del poderoso comercio británico del Río de la Plata”.

“Habiendo adquirido así la convicción de que la Legación había agotado mucha parte de sus esfuerzos conciliadores en la diferencia pendiente con el gobierno de S.M.B., e interpretando debidamente el interés que le inspiraba a S.E. el señor Presidente de la República el juicio benévolo que el gobierno de su Majestad el Emperador de los franceses pudiese formar del espíritu recto que guía en sus relaciones internacionales, creí llegado el caso de informar de mis trabajos a S.E. el señor Thouvenel, y destruir por su base las malas interpretaciones que pudieran haber dejado en su ánimo las referencias apasionadas del conde Brossard(2). Creí entonces también que el medio de hacer más accesible a S.E. el conocimiento de esta larga cuestión, sería acompañándola de la opinión de una de las celebridades del imperio francés, y poniendo en ejercicio con ese fin el mismo espíritu de rectitud e imparcialidad que adopté en Londres al dirigirme al doctor Phillimore, pedí permiso al señor Drouyn de Lhuys, como uno de los hombres de Estado más justamente respetados en Francia, para someterle la cuestión Canstatt, cuya carta y la contestación aceptando reproduzco a continuación”.

La carta cruzada por Carlos Calvo a Drouyn de Lhuys tiene fecha 1º de mayo de 1861, y la respuesta de éste a su remitente es de fecha 3 de mayo. Dice así:

“Señor: He recibido la carta que V. me ha hecho el honor de escribirme con fecha 1 de mayo, y le agradezco el testimonio de confianza que V. tiene a bien darme. A primera vista y según los informes que he recibido, el derecho está a favor del Paraguay; pero necesitaría detalles y documentos más completos para fijar juicio. Mucho me alegraré, señor, tener una conferencia con V. el día que le convenga, por la mañana, esto es hacia mediodía, porque siempre aprovecharé con interés las ocasiones de reiterar a V. la expresión de mis distinguidos sentimientos. DROUYN DE LHUYS”.

La conferencia entre ambos se realizó en la fecha y hora convenidas, confirmándose verbalmente y por escrito la opinión favorable del ex canciller francés al doctor Calvo. Entonces, altamente estimulado por esta feliz cir-

2) Cónsul de Francia en Asunción en esa época, que tomó partido por Henderson.

cunstancia, se dirigió también por nota al ministro de Negocios Extranjeros Thouvenel en fecha 1° de junio de 1861 para solicitarle, antes de regresar a Londres, una carta para el Embajador de su Majestad el Emperador de los Franceses, conde Flahaut, autorizándole a prestarle su oficiosa ayuda cerca del gobierno de su Majestad Británica.

La respuesta llegó el mismo día de su remisión al doctor Calvo, suscrita por el señor J. Berthemey, jefe de gabinete del ministro Thouvenel, expresándole:

“Señor

Me apresuro a dirigirle adjunto el pasaporte que para Londres me ha hecho el honor de pedirme. El ministro me encarga manifestar a V., al mismo tiempo, que se propone fijarle muy pronto una entrevista, y entregarle personalmente una carta para el señor conde de Flahaut. Dígnese V., Señor, aceptar la seguridad de mis más distinguidos sentimientos. J. Berthemey”.

De ese modo, nada menos que el canciller del Emperador Napoleón III accedió a acudir con su concurso moral en auxilio del Encargado de Negocios del Paraguay. Asimismo, obtuvo también de Drouyn de Lhuys otras dos cartas de recomendación para lord Palmerston y lord Russell.

Por tanto, robustecido el derecho del Paraguay por el apoyo moral y oficial del gobierno francés, Calvo viajó por tercera vez a Londres para reiniciar sus gestiones ante los ya mencionados ministros británicos.

A su llegada a la capital británica se entrevistó con el conde Flahaut, Embajador del Imperio en Londres, quien le recibió cumplidamente y le dio equilibrados consejos para obtener las ansiadas conferencias. Las respuestas de ambos nobles, si bien negativas, le dieron finalmente la clave para la solución del diferendo con la Gran Bretaña. Es decir, que la solución debía tener lugar en Asunción, dando cuenta de ello a la cancillería paraguaya.

Tiempo después, el doctor Carlos Calvo transmitió a Asunción satisfactorias novedades de sus negociaciones en Londres. Según ellas, lord Russell, asumiendo la responsabilidad de los actos de su predecesor lord Malmesbury, se había identificado con lo actuado de un modo que manifiesta la nobleza de su carácter, especialmente en su calidad de opositor político; pero de persistir en esa actitud por más tiempo frente al pronunciamiento uniforme de la alta prensa inglesa a favor del Paraguay, incluso su propio órgano, el Daily News,

no sólo dañaba los intereses positivos de su comercio, sino que dejaba establecidos los precedentes internacionales más peligrosos. Consecuentemente, adoptó el único camino digno que le quedaba, como el de autorizar una transacción inmediata con el Paraguay. Ordenó por tanto al ministro plenipotenciario Edward Thornton, residente en Paraná, para viajar a Asunción y arreglar las diferencias pendientes “del mejor modo posible”.

Efectivamente, a principios de abril llegó Thornton a Asunción para dar cumplimiento a las instrucciones recibidas para dejar satisfechas las justas susceptibilidades del gobierno paraguayo, haciéndolas de un modo equitativo y que cuando menos dejasen a cubierto el decoro y la dignidad de la nación británica. Así fue como el canciller paraguayo Francisco Sánchez y el ministro británico concluyeron en 1862 una negociación que puso término a todos los entredichos.

Rubricado el Tratado Sánchez-Thornton, Carlos Calvo tuvo la satisfacción de ser recibido en su carácter oficial por lord Russell, quedando así reanudadas las relaciones amistosas entre ambos países. Posteriormente lo recibió también en audiencia oficial la Reina Victoria en el palacio de Buckingham, después de hacerle llegar la pertinente invitación por conducto del lord Chamberlain. Gesto de alta significación ya que protocolarmente no se estilaba para un funcionario que no tenía el rango de embajador.

El resonante triunfo diplomático del Paraguay nada menos que ante el orgulloso Imperio Británico, quizá el único obtenido hasta ese momento por un pueblo sudamericano en su lucha por el reconocimiento del derecho positivo y las prácticas internacionales, estuvo fundado en el derecho y la justicia.



DERECHOS DEL CONSUMIDOR

Por Bonifacio Ríos Avalos*

1. NORMATIVA CONSTITUCIONAL

La Constitución de la República consagra la tutela de los intereses difusos en forma expresa dentro del Título destinado a los deberes, derechos y garantías fundamentales. Así, el Art. 38 Del Derecho a la defensa de los intereses difusos: *“Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad, del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”*.

2. LEGISLACIÓN DERIVADA

La Ley N° 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario” establece las normas de protección y de defensa de consumidores y usuarios en el mercado paraguayo. Quedan sujetos a las disposiciones de la ley todos los actos celebrados entre proveedores y consumidores relativos a la distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios que sean realizados en el territorio nacional.

También la referida Ley especial en la materia establece: “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 encuen-

*) Ministro de la Corte Suprema de Justicia - Miembro de la Sala Civil, Docente de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Católica de “Nuestra Señora de la Asunción” y de la Escuela Judicial.

tren 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. Así el Art. 44 establece: “Para todos los efectos legales se entenderá por *“intereses difusos”* aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas al hecho”.

3. FINALIDAD DE LA LEY

Esta ley tiene como objeto proteger al consumidor final en las relaciones de distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios. Se aparta de la concepción tradicional (autonomía de la voluntad) del Código Civil, y va más allá intentando proteger al consumidor final, la parte más débil de la relación comercial de los contratos en masa que caracterizan nuestras relaciones comerciales actuales. Justamente, buscando proteger a la parte más débil en las negociaciones que se dan en las relaciones de consumo de masa, las normas de esta ley prohíben la utilización de cláusulas de arbitraje en los contratos de adhesión.

Además, debemos entender que esta ley cumple con un mandato constitucional, puesto que reglamenta los intereses del consumidor contenidos, entre otros, en la Constitución Nacional (del derecho de defensa de los intereses difusos). En la misma ley, se define al proveedor como toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa.

Nos queda claro que la intención del legislador es alcanzar con la norma todos aquellos actos que de una u otra manera se realizan en la cadena de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios que llegan al usuario o consumidor final.

Dentro de este concepto genérico del consumidor final, se deben incluir las personas físicas o jurídicas que adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización en el mercado. En este sentido, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de la Argen-

tina se refiere con claridad al caso, al disponer: “*No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros*”. Dado que esta ley enfatiza en el consumidor final y no en el mero cliente o adquirente, en estas relaciones importa básicamente el destino final que se dará a los bienes y servicios adquiridos.

4. ACTIVIDAD AFECTADA

Según la Ley del consumidor, se encuentran afectadas a sus disposiciones las actividades de fabricación, producción, importación, distribución, comercialización o arrendamiento o prestaciones de servicios a consumidores o usuarios, alcanzando a servicios de naturaleza bancaria, financiera, de crédito o de seguro inclusive.

5. LAS PERSONAS JURÍDICAS PODRÍAN CONSIDERARSE CONSUMIDORES

La pregunta que se plantea es si las personas jurídicas pueden ser conceptuadas como consumidores. Para ello, es necesario que reúnan los mismos requisitos que el consumidor final o persona física, y por ello será necesario que la persona jurídica que adquiere los bienes y servicios, no tenga por objeto la comercialización en el mercado de dichos bienes o servicios. Es así que podría considerarse como consumidores finales a las personas jurídicas sin fines de lucro que adquieran bienes y servicios para su utilización en la realización de sus propósitos sociales, como por ejemplo las fundaciones o asociaciones, etc. Igualmente, los pequeños empresarios podrían hallarse protegidos por esta misma ley.

6. CONTRATO DE ADHESIÓN

Por contrato de adhesión, se entenderá, aquel cuyas cláusulas han sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda discutir o modificar sustancialmente su contenido al momento de contratar. En relación a estos contratos, la Ley de Defensa del Consumidor dispone cuanto sigue: “*Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas y estipulaciones que: a) impongan la utilización obligatoria del arbitraje; b) impongan condiciones injustas de contratación exageradamente gravosas para el consu-*

midor, o causen su indefensión.”. A los proveedores les está expresamente vedado el uso de cláusulas compromisorias en sus contratos de adhesión, que obligarían al consumidor a utilizar el arbitraje para disminuir sus reclamos sobre la calidad del producto o servicio adquirido.

Sin embargo, en dicha Ley están permitidas las cláusulas conciliatorias, que obligarían a las partes a concurrir ante la autoridad de aplicación, o ante instituciones especialmente habilitadas para ello, como instancia previa al reclamo en sede judicial.

Por las razones expuestas, no se podría afirmar que las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor constituyan un retroceso en el esfuerzo por avanzar en la utilización de los métodos de solución de controversias cuya finalidad sea el acuerdo de las partes mediante la conciliación de los intereses en pugna. Permite a las partes la utilización de procesos conciliatorios para resolver eventuales disputas originadas en los reclamos de los consumidores, donde inclusive la autoridad de aplicación debe actuar como facilitador de acuerdos.

Pero esta Ley N° 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario”, que entró en vigencia a partir de 1998, ha merecido innumerables y coincidentes críticas de numerosos sectores, señalándole defectos de forma y de fondo. Ello ha motivado que la Cámara y Bolsa de Comercio, interesada como está en un recto desenvolvimiento del comercio - con normas claras, sin irracionales gravámenes y trabas - haya tomado la iniciativa de elaborar un proyecto de modificación de la normativa antedicha. Se han sumado a dicha labor otros gremios que coincidieron con la posición de la Cámara.

7. PRINCIPALES ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN LEGAL PRECIO EN MONEDA DE CURSO LEGAL

La Ley de Defensa del Consumidor cuenta con 54 artículos, entre ellos se destacan, algunos que regular la fijación de los precios en moneda de curso legal en la República, al preceptuar en el Art. 10: “Los precios de productos o servicios, incluidos los impuestos, deberán estar indicados con la precisión en la oferta, en la moneda de curso legal en el país”.

Esta disposición abiertamente combate la dolarización de la economía, pues, al obligar la exhibición de precios en moneda local y establecer la obligatoriedad de la venta al precio exhibido, constriñe al vendedor a la entrega por el precio mostrado.

8. PROHIBICIONES AL PROVEEDOR

Dispone el Art. 14 de la Ley citada: “Queda prohibido al proveedor: a) condicionar la adquisición de un producto o servicio a la de otro producto o servicio, excepto cuando por los usos o costumbres o la naturaleza del producto o servicio, éstos sean ofrecidos en conjunto; b) aprovechar la ligereza o ignorancia del consumidor, para lograr el consumo de sus productos o servicios; c) hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos establecidos en esta ley; d) dejar de señalar el plazo para el cumplimiento de su obligación o los plazos respectivos cuando fueren de cumplimiento sucesivo; e) enviar o entregar al consumidor cualquier servicio que no haya sido previamente solicitado; y f) discriminar al consumidor por razones de sexo, edad, religión, raza o posición económica, en la provisión de un producto o servicio ofertado al público en general”.

9. SERVICIOS PÚBLICOS. FACTURAS

Con el fin de proteger al consumidor de errores o exageraciones en la facturación de los servicios, el Art. 23 establece: “Cuando el monto de una factura, tasa o precio del consumo sea notoriamente superior al promedio de cuatro facturaciones anteriores, el consumidor o usuario podrá evitar la interrupción de los servicios públicos o la pérdida de su titularidad, mientras efectúe las reclamaciones administrativas o judiciales, pagando a la entidad proveedora del servicio o depositando a la orden del juzgado interviniente, el monto promedio de las cuatro últimas facturaciones anteriores, en forma regular. La autoridad de aplicación intervendrá en los casos en que los recargos por mora en facturas de servicios públicos pagadas fuera de término fuesen excesivamente elevados con relación a las tasas activas vigentes en el mercado. El proveedor podrá retirar en todo momento los montos depositados judicialmente por el consumidor o usuario, sin que ello implique consentir el reclamo ni reconocer hechos ni derechos”.

10. PROTECCIÓN CONTRACTUAL. RETRACTACIÓN

La Ley confiere la posibilidad de la retractación del contrato cuando éste sea celebrado fuera del establecimiento comercial, al disponer en el Art. 26: “El consumidor tendrá derecho a retractarse dentro de un plazo de siete días contados desde la firma del contrato o desde la recepción del producto o servicio, cuando el contrato se hubiere celebrado fuera del establecimiento comercial, especialmente si ha sido celebrado por teléfono o en el domicilio del

consumidor. En el caso que ejercite oportunamente este derecho, le serán restituidos los valores cancelados, debidamente actualizados, siempre que el servicio o producto no hubiere sido utilizado o sufrido deterioro”.

11. LETRAS VISIBLES A SIMPLE VISTA

Entre las protecciones más importantes al consumidor, constituye sin duda alguna la seguridad que ofrece al consumidor, el deber de los oferentes de redactar los términos de los formularios de los contratos en letras legibles y con la posibilidad de ser leídas a simple vista sin necesidad de recurrir a anteojos u otra forma de ayuda especial, pues con esta medida se evitaría la utilización de tipos de letras tan pequeñas que representen verdaderos obstáculos para su lectura. Así mismo, dicha redacciones deben ser en términos claros y precisos, así lo dispone el Art. 25 de la ley: *“Todo contrato de adhesión, presentado en formularios, en serie, o mediante cualquier otro procedimiento similar, deberá ser redactado con caracteres legibles a simple vista y en términos claros y comprensibles para el consumidor”*.

12. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y NULAS

Dispone el Art. 28: “Se considerarán abusivas y conllevan a la nulidad de pleno derecho, y por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que: a) desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños; b) importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) contengan cualquier precepto que impongan la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; d) impongan la utilización obligatoria del arbitraje; e) permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones de contrato; f) violen o infrinjan normas medioambientales; g) impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor; y h) impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor, o causen su indefensión”.

13. PRINCIPALES OBLIGACIONES EN OPERACIONES DE CRÉDITO

El Capítulo VI, “Operaciones de Crédito”, de la Ley N° 1334 dispone en su Artículo 29: “En las operaciones de crédito para la adquisición de productos o de servicios deberá consignarse bajo pena de nulidad, cuanto sigue:

- a) el precio al contado del bien o servicio en cuestión;
- b) el monto de los intereses, las tasas anuales o mensuales a que éstos se calculan así como la tasa de interés moratorio;
- c) cualquier recargo sobre el precio por comisión, gastos administrativos, tasas, etc.
- d) el número de pagos a efectuar, así como su período;
- e) la suma total a pagar por el producto o servicio, el cual no podrá superar al precio al contado más los intereses; y
- f) los derechos y obligaciones de las partes en caso de incumplimiento.

14. REQUISITOS EXIGIDOS EN TODA PUBLICIDAD

La Ley N° 1334, en el Capítulo VIII “Regulación de la Publicidad” en artículos que van del 35 al 39, fija las pautas que debe seguir todo oferente en cuanto a la publicidad que ha de emplear para el ofrecimiento de su producto, bien o servicio, resumidos como sigue: Se prohíbe la publicidad de contenido engañoso, ya sea entera o parcialmente falsa, incluso si se tratare de omisiones, capaces de inducir a error al consumidor. Esta publicidad se considerará engañosa siempre que versare respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización, técnicas de producción o cualquier otro dato necesario para definir la relación de consumo.

No se permite la publicidad comparativa que indiscriminada y dolosamente induzca al consumidor a establecer la superioridad de un producto o servicio sobre otro.

Nuestra Ley de Defensa del Consumidor y Usuario prohíbe la publicidad abusiva, de carácter discriminatorio de cualquier naturaleza, que incite a la violencia, explote el miedo, se aproveche de los niños, o infunda valores medioambientales que induzcan al consumidor a comportarse en forma peligrosa o perjudicial para su salud o seguridad.

Toda publicidad referente al consumo de tabaco, bebidas alcohólicas, medicamentos y bebidas estimulantes está limitada por leyes especiales que regulan su producción, venta y publicidad comercial.

En lo que respecta a las controversias que pudieran generar como consecuencia de las disposiciones analizadas dentro de este capítulo de nuestra ley, el anunciante deberá probar la veracidad de las afirmaciones contenidas en el mensaje publicitario.

Se considera anunciante, para todos los efectos legales, al proveedor de bienes o servicios que ha encargado la difusión del mensaje publicitario.

15. ESPECIAL PROTECCIÓN EN MATERIA DE SALUD Y SEGURIDAD

Entre la protección especial para los consumidores en materia de salud, se encuentra el deber de los proveedores de informar en forma ostensible y adecuada sobre los riesgos que representa para la salud el consumo de tal producto. Así mismo, dicha información deberá hacerse en manual de instrucciones en idioma oficial; se deberá informar a las autoridades públicas competentes y al mismo tiempo mediante medios publicitarios, caso contrario podrá ser retiradas del mercado.

16. AUTORIDADES COMPETENTES

En materia de indemnización de daños y perjuicios, la ley deriva dichos conflictos al Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial. En materia de sanciones administrativas o conciliaciones a cargo del Ministerio de Industria y Comercio, mediante un departamento especializado y las Municipalidades.

17. LA SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA

En América Latina recién después de la década del 60, comenzó tímidamente a surgir la inquietud para la protección de los intereses del consumidor, tal vez fue Colombia el primer país preocupado por la suerte de aquél. Sin embargo, en esa época ya con claridad surgía como un derecho autónomo en la legislación europea y norteamericana; pero, en rigor recién en estas dos últimas décadas alcanzaron fuerzas en los demás países por el reconocimiento de este derecho y se organizaron las instituciones destinadas a la protección de los consumidores.

18. NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN

Según la opinión de Grabiell Stiglitz y otros en la obra “Defensa de los consumidores, de productos y servicios”: “Las normas armónicas nacionales deben tender a lograr los *standards* comunes más elevados, si no queremos favorecer *paraísos* que pronto se transformen en *infiernos* para consumidores y proveedores. A ello se deberán enfrentar los múltiples procesos de integración subregional que se inician en América, y ello deberá ser tenido en cuenta

en los acuerdos de complementación económica que se están negociando actualmente. La solución más avanzada es la que se ha logrado en la Comunidad Europea, donde se ha elaborado un verdadero nuevo orden jurídico - el derecho comunitario - que se impone al derecho nacional de cada uno de sus Estados miembros. Aunque por aquí estemos lejos de ello, mucha de esta experiencia debería servir y ser recogida a los efectos de lograr las mejores leyes y disposiciones nacionales comunes. Un buen ejemplo es el de la necesidad de legislar con criterios comunes en materia de publicidad, ya que ésta circula por los más variados medios a través de todo el continente, donde emisor y receptor pueden estar sujetos a legislaciones diversas. También aquí pueden ser buena guía la necesidad que tuvieron los países miembros del Consejo de Europa de regular la publicidad transmitida por televisión cuando ésta es recibida en países distintos al país emisor (Convención de Estrasburgo de 1989).

La pregunta es: ¿Por qué una política de protección de los consumidores a nivel de la Comunidad Económica Europea? Las consideraciones que explican el desarrollo del derecho del consumo en cada uno de los Estados miembros, explican la emergencia de una misma política a nivel de la CEE.

Las razones son de orden económico y social; aprehensiones ligadas al agotamiento del mercado interno previsto para 1993, refuerzan la necesidad de una política de ayuda al consumidor europeo. El proceso de integración económica de la comunidad, a saber la formación del mercado común, pero sobre todo la conclusión del mercado interior, trae como consecuencia inevitable la necesidad de proteger a los consumidores en el mercado amplio, así creado.

Se buscará la aproximación de las reglas que, a nivel nacional de los Estados miembros, entienden velar por la protección de los consumidores, puesto que ello contribuye a eliminar o a reducir las distorsiones de competencia por la industria en la Comunidad.

El compromiso de la Comunidad Económica Europea, de crear un espacio interior sin fronteras, no sólo incita a las autoridades comunitarias a adoptar reglas uniforme, sino que tiene igualmente por efecto alentar a los Estados miembros en sí mismos, al menos aquellos que conocen ya un nivel de protección elevado para sus ciudadanos, a promover la integración de medidas jurídicas que ellos han adoptado en favor de los consumidores que residen en su territorio, a fin de evitar que la armonización se concrete por éstos últimos, en un retroceso dentro de la protección de la cual se beneficia”.

19. EN EL MERCOSUR

EL MERCOSUR (Mercado Común del Sur) reconoce una peculiaridad de constituir una organización interestatal, lo cual requiere que las Convenciones, Acuerdos o Protocolos sean incorporados al derecho positivo interno, mediante el sistema tradicional de la ratificación parlamentaria; ni los directivos, ni las resoluciones de los órganos del Mercosur tienen efecto directo; por dichas razones es indispensable convenir regionalmente las reglas a ser aplicadas aunque mínimamente en esta materia y particularmente referente a esta nueva materia que surge de la necesidad de amparar el derecho humano de tercera generación nacido al final de este siglo.

Inevitablemente debe ser el primer paso, para luego estudiar la posibilidad de contar con un espacio de justicia común mediante la instalación de un tribunal comunitario capaz de juzgar los problemas derivados del Derecho Comunitario.



TITULO I ESQUEMA DE LOS SISTEMAS LEGALES EN AMERICA DEL SUR

- **ARGENTINA:** EL ART. 42 DE LA ACTUAL CONSTITUCION DISPONE: "TIENEN DERECHO, EN LA RELACION DE CONSUMO, A LA PROTECCION DE LA SALUD, SEGURIDAD E INTERESES ECONÓMICOS; A UNA INFORMACION ADECUADA Y VERAZ, A LA LIBERTAD DE ELECCION Y A CONDICIONES DE TRATO EQUITATIVO Y DIGNO.

EL ART. 40 DE LA LEY ESPECIAL 24240, MODIFICADA POR LA LEY 24999 ESTABLECE: SI EL DAÑO AL CONSUMIDOR RESULTA DEL VICIO O RIESGO DE LA COSA O DE LA PRESTACION DEL SERVICIO, RESPONDERAN EL PRODUCTOR, EL FABRICANTE, EL IMPORTADOR, EL DISTRIBUIDOR, EL PROVEEDOR, EL VENDEDOR Y QUIEN HAYA PUESTO SU MARCA EN LA COSA O SERVICIO. EL TRANSPORTISTA RESPONDERA POR LOS DAÑOS OCASIONADOS A LA COSA CONMOTIVO O CON OCASION DEL SERVICIO.

TITULO I ESQUEMA DE LOS SISTEMAS LEGALES EN AMERICA DEL SUR

- **BRASIL:** LA CONSTITUCION BRASILEÑA EN EL ART. 5 APT. XXXII, FIJA UN MANDATO PARA LA EFECTIVA REPARACION DE DAÑOS PATRIMONIALES Y MORALES, INDIVIDUALES, COLECTIVOS Y DIFUSOS.

EL ART. 12, 1) DISPONE QUE EL PRODUCTO ES DEFECTUOSO CUANDO NO OFRECE LA SEGURIDAD, TOMANDO EN CUENTA: LA PRESENTACION, EL USO O RIESGO QUE RAZONABLEMENTE SE ESPERA, LA EPOCA EN LA QUE FUE COLOCADO EN CIRCULACION, ETC. EN LA LEGITIMACION PASIVA SE DISPONE QUE RESPONDE: EL FABRICANTE O PRODUCTOR O CONSTRUCTOR NACIONAL O EXTRANERO, EL IMPORTADOR. EL COMERCIANTE ES RESPONSABLE COMO EL FABRICANTE CUANDO NO ESTE IDENTIFICADO EL PRODUCTO, O NO SE LO CONSERVE ADECUADAMENTE. EN CAUNTO A LOS SERVICIOS SE IMPUTA OBJETIVAMENTE POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR DEFECTOS RELATIVOS A LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS

TITULO I ESQUEMA DE LOS SISTEMAS LEGALES EN AMERICA DEL SUR

- **URUGUAY:** EXISTE UNA RECIENTE LEY QUE SI BIEN ADMITE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS, REENVIA AL REGIMEN DEL CODIGO CIVIL.

EL C.C. URUGUAYO DISPONE: EL COMERCIANTE O DISTRIBUIDOR SOLO RESPONDERA CUANDO EL IMPORTADOR O FABRICANTE NO PUEDAN SER IDENTIFICADOS. DE LA MISMA FORMA SERAN RESPONSABLES SI EL DAÑO SE PRODUCE COMO CONSECUENCIA DE UNA INADECUADA CONSERVACION DEL PRODUCTO O CUANDO ALTERE SUS CONDICIONES GENERALES.

TITULO I ESQUEMA DE LOS SISTEMAS LEGALES EN AMERICA DEL SUR

■ **PARAGUAY:** EXISTE LA LEY 1334/98 QUE RECONOCE COMO UN DERECHO BASICO DEL CONSUMIDOR LA EFECTIVA PREVENCION Y REPARACION DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES Y MORALES (ART. 6°, INC. F), PERO REENVIA AL DERECHO COMUN LA RESPONSABILIDAD.

ART. 1846 CCP: EL QUE CREA UN PELIGRO CON SU ACTIVIDAD O PROFESION POR LA NATURALEZA DE ELLAS O POR LOS MEDIOS EMPLEADOS, RESPONDE POR EL DAÑO CAUSADO, SALVO QUE PRUEBE FUERZA MAYOR O QUE EL PERJUICIO FUE OCASIONADO POR CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA O DE UN TERCERO POR CUYO HECHO NO DEBA RESPONDER.

LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES COLECTIVOS. LOS DAÑOS MASIVOS:
ES UN PROBLEMA QUE SE ACENTÚA EN UNA SOCIEDAD DE MASAS Y EN UNA ECONOMÍA GLOBAL. LOS DAÑOS PUEDEN PROVENIR DE MÚLTIPLES CAUSAS QUE EXCEDEN LAS FRONTERAS NACIONALES Y QUE AFECTAN A GRANDES CANTIDADES DE PERSONAS.

CASUÍSTICA

EN 1971 LA COMPAÑÍA ROBINS COMENZÓ A VENDER NUEVO PRODUCTO DE CONTROL INTRAUTERINO DE EMBARAZO, DENOMINADO "DALKON", QUE FUE ADQUIRIDO POR MILLONES EN MUCHOS PAISES DEL MUNDO. PROVOCO UNA CATASTROFE CASI SIN PRECEDENTES EN EL AMBITO DE LOS PRODUCTOS MEDICOS, Y HUBO PERSONAS DANADAS AL PERDER SU CAPACIDAD DE PROCREAR, O POR TENER ABORTOS ESPONTANEOS, O EMBARAZOS NO QUERIDOS, Y ELLO OCURRIO EN VARIOS PAISES DEL MUNDO. SE INICIARON DEMANDAS POR MILES VARIOS PAISES, Y SE PAGARON VARIOS MILLONES DE DOLARES EN CONCEPTO DE INDEMNIZACION.

LA COMPAÑÍA MANVILLE, FUE DEMANDADA POR MILLONES EN VIRTUD DE LA CONTAMINACION POR "ASBESTOS" QUE SUFRIERON MUCHOS TRABAJADORES, QUIENES DESARROLLARON CÁNCER DE PULMÓN Y OTRAS ENFERMEDADES COLATERALES. HUBO UN MOMENTO QUE SE PROMOVIAN 500 DEMANDAS MENSUALES, Y SE ESTIMO UN PROMEDIO DE \$40.000 POR CASO, Y UNA RESPONSABILIDAD POTENCIAL DE DOS BILLONES; LA COMPAÑÍA SOLICITO SU QUIEBRA EN 1982.

HANS-GEORG GADAMER. FUNDADOR DE LA HERMENEUTICA FILOSOFICA

Por Ubaldo Centurión Morínigo*

“Las únicas combinaciones que nos posibilitan nuestra vida son yo-tú, yo-nosotros y nosotros-nosotros”.
“La comprensión tiene lugar en el diálogo”

Hans-Georg Gadamer

Ha muerto el ilustre hombre que no se cansaba de repetir en sus clases de la Universidad de Heidelberg: “Hemos de saber que el otro puede tener razón “. O sea, una permanente lección de humildad, un constante anatema contra toda forma de fundamentalismo, contra el fanatismo que levanta peligrosamente sus “razones” como las únicas certeras y válidas.

Se ha ido físicamente de este mundo este preclaro maestro, a los 102 años de edad, todavía lúcido y lucido. Hace un mes, presentó en la hermosa ciudad universitaria donde tanto brilló su talento su último libro La Lección del Siglo, que reúne unos ricos e interesantes diálogos con su alumno y también destacado profesor Riccardo Dottori.

Hay profesores eméritos que se llaman al silencio y ya nunca más pisan la universidad donde dejaron el recuerdo de su sapiencia y dedicación a la cátedra. Hasta pocos días antes de morir, Gadamer llegaba hasta la Universi-

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

dad de Heidelberg en su carácter de Profesor Emérito, título que mucho le enorgullecía para dar conferencias que eran seguidas con respeto por los alumnos y tras esas disertaciones en su despacho de la prestigiosa casa de estudios dialogaba cordialmente con los jóvenes que se acercaban a él. Les hablaba, por ejemplo, todavía sumamente impactado su espíritu del atentado más grave en la historia de la humanidad, el registrado en los Estados Unidos el 11 de septiembre. El decía que ese terrible suceso era trasunto de “la enorme tensión entre la unidad europeo-norteamericana y el aislamiento del mundo árabe”.

“Describía aquellos trágicos sucesos. -dice Ana Alonso Montes- como una muestra de nihilismo filosófico. Cuando hacía estas reflexiones, Gadamer tenía 101 años”.

El 11 de febrero llegó a la Universidad donde supo suscitar respeto y afecto denotando una enorme emoción por la inminente presentación de su libro *La Lección del Siglo* que resume la sabiduría de una vida más que centenaria.

Le rodearon profesores, exalumnos, alumnos, exponentes destacados de la cultura alemana, todos presentes para rendir homenaje a una trayectoria tan fecunda, a un hombre que se erigió en el mundo en ejemplo de honradez intelectual y, sobre todo, de prédica constante, sin dimisión posible, acerca de la necesidad de tolerancia para construir un mundo más abierto sin los daños que ocasionan los prejuicios cargados de maldad y de encono.

En el volumen presentado en dicha ocasión llena de simbolis,mo el maestro que acaba de fallecer recuerda a quien mucho influyó en su vida intelectual, Heidegger así como también destaca los singulares méritos de Habermas, su discípulo más querido y destacado.

Gadamer vio en la Filosofía el gran medio ético para acercar a las religiones hacia un diálogo que afirmase la paz y alejase el peligro de la violencia.

“En reiteradas ocasiones -afirma Ana Alonso Montes- mostró su preocupación por el incremento de conflictos relacionados con extremismos religiosos. En una de las entrevistas con motivo de su centenario, Gadamer dijo que: “Las grandes religiones del mundo han de acercarse, de modo que sea imposible la distorsión de valores religiosos a través del uso de la violencia”. Pocos años antes, en 1997, cuando la Universidad de Jena le distinguió con un doctorado *Honoris Causa* aprovechó para reivindicar una globalización más solidaria”.

Como a Juan Pablo II le interesaba una aproximación constructiva de las religiones, toda una misión de entendimiento encarada con el ánimo de servir constructivamente a la humanidad sembrando sentimientos de concordia y no voluntades asesinas de la razón, promotoras del desorden y de tribulaciones para la humanidad y también el Sumo Pontífice, como lo hacía Gadamer, no se cansa de proclamar que más que globalizar la economía hay que promover la globalización de la solidaridad ante el reto de tanta pobreza, de tanta miseria, de tanto desempleo, de tanta angustia en el mundo por el desempleo o por salarios que hacen imposible una vida digna del hombre y de su familia.

Desde muy joven fue Gadamer un estudioso profundo de las ideas de Platón y ya alcanzó el doctorado en Filosofía con tan solo 22 años de edad. Este hombre fascinado por la personalidad intelectual de Martín Heidegger tuvo su primer contacto con él en 1923. El maestro lo convirtió en colaborador de su cátedra y el gran existencialista le estimuló en sus estudios filosóficos, en una más amplia investigación del arte del conocimiento humano instándole también a dirigir sus preocupaciones intelectuales hacia la filología y la historia.

Una vez, en una clase, un alumno con cierta irreverencia le preguntó, cómo había trabajado al lado de Heidegger, que tenía una actividad notoriamente favorable al nazismo, y contestó, de inmediato: “Joven yo le aseguro que mi maestro no era antisemita; es injusto tratarlo así. Pero en su actuación en aquellos tiempos difíciles demostró evidentemente Heidegger falta de coraje”. Se sintió débil ante la arremetida totalitaria, le faltó valentía evidentemente para condenar ese salvajismo que avanzaba osadamente contra todo signo de civilización y de respeto a la dignidad humana.

Como hubiese dicho el recordado maestro paraguayo Dionisio González Torres, le gustaba a Gadamer “hacer patio”. Terminadas sus clases, en los vastos corredores de las universidades de Malburg, Kiel, Leipzig, Frankfurt, en Heidelberg y en otras prestigiosas universidades del mundo le gustaba conversar cordialmente con sus alumnos que le hacían preguntas sobre sus libros como *Verdad y Método* (1960), obra en la que expone ampliamente su tesis de la *Hermenéutica Filosófica* que él había fundado y que ha sido considerada uno de los aportes principales a la *Historia Filosófica* del siglo XX. En todos esos encuentros gratos y prolongados tras sus brillantes exposiciones recomendaba a éstos estudiar siempre con ahínco, amar a la Universidad, amar a la ciencia y sobre todo pensar en el aporte a la convivencia que puede hacer el vivir auténticamente la filosofía.

Les instaba también a investigar con afán permanente haciéndoles notar que sin investigación no hay Universidad y fundamentalmente les sugería no adoptar posiciones intelectuales rígidas negadoras de toda posibilidad de diálogo. No olviden -les decía- que el otro puede tener razón, uno de los más hermosos pensamientos que se hayan elaborado para enseñar al hombre humildad, para enseñarle a no considerar un enemigo a aquel que disiente con su opinión sino, por el contrario, abrir el espíritu con toda amplitud al punto de considerar que el otro puede tener razón y él estar equivocado. El mismo espíritu de tolerancia y de valoración de las ideas contrapuestas que le hacía decir a Karl Popper que las ciencias avanzaban porque a toda afirmación le seguía una refutación en un clima de pluralismo que rechazaba toda verdad iluminada sin aceptación posible de discrepancias o mínimos desacuerdos.

Este notable pensador fallecido el 12 de marzo de 2002, no sólo enriqueció el pensamiento filosófico de la humanidad sino que formó a otros grandes valores de las reflexiones sobre el hombre, la sociedad y el destino humano como Habermas, Gianni Vattino, Riccardo Dottori o Emilio Lledó nacido en la patria de Pedro Laín Entralgo con quien tuvo la mejor relación amistosa e intelectual el maestro que llegó a los 102 años, el que a pocos días de su muerte seguía sosteniendo con optimismo maravilloso:

“Los hombres no pueden vivir sin esperanza”. Ello nos recuerda lo que también no se cansaba de predicar en sus clases y conferencias Jorge Luis Borges: “No solamente existe el derecho a la esperanza, existe también el deber de la esperanza”. O este pensamiento fundamental de Karl Popper: “El hombre tiene la obligación moral de ser optimista”. Optimismo, porque sin él no puede el hombre hacer de ese haz de potencialidades que representa la concreción de anhelos hacia el logro de la plenitud humana.

Los más respetados maestros de las universidades alemanas elogiaron lo que había perdido ese gran país y lo que había perdido el mundo intelectual con la muerte de Gadamer.

Cuando cumplió 102 años de vida, en una fiesta íntima, llena de significación espiritual dijo a sus familiares, amigos y exalumnos: “Estoy lúcido, tengo fe pero sé que pronto me iré. He amado la vida, he trabajado mucho, no he perdido el tiempo en placeres improductivos. El mayor placer encontré en los libros, en la dedicación a la cultura”.

El presidente alemán Johannes Rauf dijo que Gadamer “fue uno de los más brillantes filósofos del siglo XX”. Rauf es político pero también un lúcido

intelectual; no solamente se ha dedicado a la política con vocación de servicio, con profundo sentido del bien común, ese mismo amor a lo público volcó en su pasión por las ideas y así ha logrado ser respetado. No solamente por ganar en forma contundente en las urnas con amplísimo respaldo popular sino además por su sostenida y auténtica actividad intelectual.

El mismo Rauf que tanto había leído, comentado el pensamiento de Gadamer manifestó conmovido: “Nos deja ahora uno de los grandes filósofos de Alemania y uno de los grandes hombres en el pleno sentido del vocablo. La búsqueda del auténtico entendimiento, la tarea vital de Gadamer nos queda como deber”. En otros términos. reconocer no sólo que existe un derecho a la convivencia sino admitir también que existe un deber de trabajar con diálogos constructivos que conduzcan a consensos mínimos sin los cuales la sociedad se fractura espiritual y moralmente y la democracia se convierte en un sistema político desnaturalizado que exhibe un cuadro de discordia, de degradación ética y no lo que debe brindar a todos, ejercicio pleno de derechos y observación estricta de los deberes para que así todos los ciudadanos fortaleciesen el régimen que nació para afirmar y garantizar la libertad.

El maestro desaparecido decía en sus clases de Filosofía a sus atentos alumnos que no se cansasen de preguntar, que así están filosofando y para estimular esa disciplina intelectual creadora escribió su libro *Verdad y Método* en el año 1960, libro que expone clara y magistralmente su concepto de la hermenéutica que significa integrar y llamar a concretas y nobles colaboraciones para que la humanidad avance liberada de muros intelectuales y de dogmas agraviantes para la condición humana.

Gadamer era modesto como modestos son los grandes maestros. Modestos son Segundo V. Linares Quintana, Bidart Campos, Pedro J. Frías, Néstor Pedro Sagüés, modesto era Alberto Spota, modesto era Enrique de Gandía y modesto es Ernesto Sabato que continúa señalando a los jóvenes de todo el mundo caminos de amor, de idealismo y de humildad desde una ética que nunca supo de eclipses y de traiciones. Y modestos han sido en nuestro país, Ignacio A. Pane, Eligio Ayala, Luis de Gásperi, Ramiro Rodríguez-Alcalá como humilde fue aquel que fue primer Rector y primer Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, el sabio español Ramón Zubizarreta.

En este orden de ideas, no podemos olvidar que cuando le preguntamos a Adolfo Bioy Casares qué le enseñó Borges, nos miró, se quitó los lentes, meditó unos segundos y nos respondió: “Borges me enseñó a ser humilde”.

Nos ha dejado un sabio que sabía mucho de filosofía pero asimismo era respetado como autoridad en materia de cuestiones históricas. En escuelas del arte universal y hasta en literatura adquirió un sitial preeminente porque sabía escribir con profundidad conceptual y con admirable belleza en la prosa. Era un humanista y precisamente ese humanista supo enseñar a sus discípulos, recordando a Ortega y Gasset, que no sean profesionales bárbaros, concedores sólo de una parcela del conocimiento humano, especialistas soberbios. Aleccionaba proyectar el alma hacia los valores del humanismo; si son desechados no hay Universidad.

El mismo concepto que defiende en sus conferencias y en sus libros el gran Edgar Morin preocupado por los siete agujeros negros de la enseñanza universitaria en que sintetiza el fracaso de esa educación por insistir demasiado en cuestiones científicas lejos del intenso vivir humano, con asuntos tecnológicos que parecen burlarse de las aportaciones cálidamente humanas. De ahí que haya dicho en Madrid, en una conferencia a la que tuvimos el honor de asistir hace algunos años: “El mundo está como está porque está viviendo la ciencia prosaicamente y lo que se impone es vivir la ciencia poéticamente”. Era y es su pronunciamiento por los estudios científicos encarados con rigor pero sin descuidar y ocultar los latidos del corazón, el humano anhelo de vivir mejor en un mundo sin egoísmos miserables que pide amor que genere bienes espirituales, indispensables para la plena realización del hombre en la tierra.

Gadamer insistía en que el lenguaje no es sólo un medio de pensar sino que es un instrumento para que alcance plenitud el ser del hombre.

En la línea de Edgar Morin hablaba del papel fundamental del arte para que el hombre cumpliera acabadamente su misión. Arte para iluminar, arte para fortalecer sentimientos y arte para esclarecer conceptos.

Es por eso que se dijo, comentando la obra del filósofo emblemático del siglo XX: “El poema significaba para él la obra de arte esencial. De la figura controvertida de Gadamer y de su idea de la poesía, desde él y más allá de él tuvo conferencias fundamentales: como el ciclo que organizó el Círculo en homenaje al gran filósofo centenario impartido por el profesor Reiner Whiehl, sucesor suyo en la cátedra de Heidelberg y principal discípulo, él mismo una figura ilustre de la filosofía académica alemana y de exquisita sensibilidad por lo artístico y lo poético en especial”, concepto debido a la apreciación crítica de Isidoro Reguera.

El sevillano Emilio Lledó, nacido en 1929, fue alumno brillante en Heidelberg y ha dicho que su más grande experiencia intelectual y espiritual fue conocer a Hans-Georg Gadamer de quien fue leal discípulo así como lo fue Reiner Whiehl cuya calidad intelectual admiraba el maestro pero, por sobre todo, su lealtad ya que jamás fue un discípulo traidor que quiso arrebatarse la cátedra por medios antiéticos. Estuvo siempre a su lado Reiner Whiehl con el afán de aprender y sólo accedió a la enseñanza cuando el maestro le dijo: “Ha terminado la etapa de mis clases cotidianas, a partir de hoy tuya es la responsabilidad en cuanto a esta cátedra que hemos tratado de honrar con la disciplina, con la humildad y con vocación por todo lo que sea privilegiar lo espiritual por sobre lo material, el arte sobre preocupaciones meramente materialistas o intereses coyunturales opuestos a toda insensibilidad por los principios sin los cuales no tiene sentido la vida del hombre.

Emilio Lledó se convirtió en exponente señero del pensamiento luminoso de Gadamer en el Instituto de Valladolid y enseñando Historia de la Filosofía en las Universidades de La Laguna y de Madrid (UNED). También ha sostenido y probado el gran valor de las ideas de su profesor ilustre. Lledó es miembro de la Real Academia Española, autor de numerosos libros; entre estos figura su obra *El Silencio de la Escritura* publicada en 1991 con la cual ganó el Premio Nacional de Ensayo y que Gadamer consideraba uno de los mejores logros intelectuales de su noble discente.

Profundamente afectado por la muerte de su maestro, Emilio Lledó dijo: “Se fue uno de los grandes de la filosofía de todos los tiempos y siempre conservaré el honor de haber sido su alumno y de haber encontrado no solamente en él la lección del pensamiento superior sino también la enseñanza del afecto, de una vida espiritual volcada generosamente hacia los demás”.

Es que Gadamer se pasaba eludiendo los primeros planos. Le gustaba el perfil bajo. De su casa iba a la Universidad y de la Universidad a su casa, rechazando muchos reportajes y notas que querían hacer de él una constante y poderosa presencia mediática en el mundo de hoy. Decía a los periodistas muy insistentes con sus requisitorias: “Si quieren saber lo que pienso lean mis libros o asistan a mis clases. Yo no soy artista de cine ni futbolista famoso. Soy un modesto profesor que trata de cumplir su deber con la Universidad y con la formación intelectual y moral de la juventud que me da aliento para persistir en mi tarea a pesar de la edad que tengo. No estoy solo porque en este mundo de tanta mezquindad mis alumnos me brindan su atención y me brindan lo mejor de su afecto leal”.

Cuando la humanidad se sintió duramente golpeada por el brutal atentado del 11 de septiembre, el diario La Vanguardia de Barcelona logró que Hans-Georg Gadamer reaccionara y opinara en estos claros términos: “Estos hechos son la terrible plasmación de la tensión colosal que existe entre la unidad europeo-norteamericana y un mundo árabe que tiende al aislamiento”.

“Lo que ocurre es una explosión que hace dirigir la atención sobre unos problemas convirtiéndolos, al tiempo, en imposibles de resolver. Mi máxima preocupación son las rivalidades religiosas que desembocan en enfrentamientos sangrientos”.

“Ante esta situación, las grandes religiones deberían defender un interés común para hacer imposible que las rivalidades degeneren en el uso de la violencia”.

En esa oportunidad tanto Gadamer como André Glucksman, Jesús Morterin, Andrea Riccardi, Eugenio Trías y Javier Tusell reclamaron más educación para enfrentar al fanatismo así como sabido es que no hay democracia si falta educación. Carlos S. Fayt nos dijo una vez, en medio de tantas enseñanzas: “No puede haber democracia sin demócratas”. O sea, formar a los ciudadanos para el diálogo, para la convivencia, para que el civismo funcione al servicio del bien común sin dejarse instrumentar por la barbarie de los que en el fanatismo y en el odio consumen todas sus energías.

Ha muerto con Hans-Georg Gadamer el padre de la Hermenéutica Filosófica.

Gracias a la hermenéutica hacemos una interpretación correcta del mundo, enseñaba el maestro. Y esa filosofía que significa integrar tiene su factor esencial en el lenguaje. Comprender a los demás, las realidades del orbe es comprenderse a sí mismo.

Nosotros sin los otros, equivale a incomunicación. Llamaba el preceptor que sucedió en la cátedra a Jaspers a buscar más que el nosotros hacia los otros, el nosotros en los otros, en su sentir, en su vivir, en sus luchas y en sus sueños, en sus dramas y en sus triunfos.

“Lo que importa no sólo es escuchar cosas unos de otros, sino escucharnos unos a otros. Únicamente eso es comprender”, decía el profesor alemán que se introducía profundamente en la relación humana no sólo para hacer

escuchar sus inquietudes sino para escuchar también la palabra ora mesurada, ora agitada, ora impaciente de ese otro que en su opinión podía ser el auténtico poseedor de la razón. El diálogo entre sordos era para él un crimen contra el hacer juntos el bien, la armonía.

Ilustra el Prof. Fernando Contreras Medina: “El autor de la obra *Verdad y Método* (1960) declara su intención de mostrar que el concepto de método como instancia legitimadora de las ciencias del espíritu es inoportuna. Las ciencias del espíritu diferentes a las ciencias de la naturaleza permiten la relación con las cosas de la tradición de forma renovadora. El conocimiento objetivo se beneficia de esta manera al completarse los conceptos de saber, ciencia y verdad con el de participación. Los métodos son instrumentos que logran buenos resultados siempre que se utilicen allí donde es conveniente. Por supuesto, el problema surge de saber dónde es provechoso su uso. La esterilidad del método proviene de la falta de normas para aplicar las normas. El objetivismo histórico es precisamente el error científico que pretende prescindir de él mismo por asegurar su fe en el método. Para evitar esto, Gadamer introduce su principio de la historia efectiva que nos dice que para comprender la conciencia histórica es necesario que los esfuerzos hermenéuticos estén codeterminados por un factor histórico efectivo. Es imposible liberarse de nuestra dimensión histórica-efectiva. Para este autor, la tradición no se agota. El contacto con la tradición es una prueba móvil, la tradición no es fija. Un interprete con la experiencia histórica debería establecer un diálogo o la comunicación con la tradición. De la comprensión obtendrá otro nuevo horizonte”. “La interpretación lingüística lleva a la comprensión a identificarse expresamente, es la creación del sentido que se comprende en el encuentro con la tradición”.

“Finalmente, destacaremos en primer lugar que Gadamer vuelve a dejar claro que el método no conduce a la verdad. No la consume. En segundo lugar, explicaremos de acuerdo a su pensamiento que el lenguaje no es un hecho solitario, ni una cuestión de sujetos aislados. El lenguaje pertenece a una comunidad y sólo de manera comunitaria se desarrolla. Este se realiza sin fronteras entre nosotros relacionándonos unos con otros mutuamente. Todas las comunidades vivas son comunidades de lenguaje y el lenguaje sólo nos muestra su existencia en el diálogo”.

Gadamer no aceptaba que la filosofía práctica se redujese a un ejercicio conceptual del individuo no sólo sin los otros sino lejos de los otros. La ética de su filosofía era la solidaridad, la corresponsabilidad con el prójimo, diría Pedro J. Frías.

Clamaba el filósofo irreductible en su lucidez y en su optimismo porque el hombre no asumiera posturas monológicas ante los sucesos sino que éstos hallaran contemplaciones y protagonismos dialógicos. Una forma de valorar lo que se hace entre todos y para todos, antítesis del yo que insolidariamente frustra su destino en el interés personal indiferente a la gestación de una viva y palpitante historia colectiva.

Este gran pensador del siglo XX, conoció el drama de las dos guerras mundiales, la tragedia a la que condujo el nazismo, la aflicción por el sometimiento a designios totalitarios de la Alemania Oriental. Asimismo, asistió esperanzado al proceso que marcó el fin de la guerra fría, siempre creyendo en la paz y en lo inútil, degradante e irracional de la violencia.

Su despegue filosófico realizó en atmósfera neokantiana. Fue Platón el tema de su brillante tesis doctoral y otros filósofos de la antigüedad merecieron su estudio paciente y profundo. Era capaz de decir con Unamuno: “Para novedades, los clásicos”.

Su entusiasmo por la filosofía lo llevó a organizar eventos de gran significación internacional como el Congreso Hegel.

La biografía que trazó acerca del “Néstor” de la filosofía alemana el canadiense Jean Grondin está considerada la más completa. En el libro está el gran filósofo y está el hombre con sus momentos culminantes y sus circunstancias difíciles y arduas. O sea, está su historia y su intrahistoria con hermosos y emocionantes trazos humanos, pero, básicamente, está el tenaz luchador contra toda forma de intolerancia, el noble sembrador de ideas de amor y solidaridad en pos de un mundo más justo y humano.

Su maestro Martín Heidegger le dijo en 1976 poco antes de morir: “Antes que pensar en mis muchos defectos piense en mis pocos aciertos entre los cuales figura el haber amado intensa y profundamente a la filosofía” y ese amor a la serena y fecunda reflexión filosófica supo despertar en hombres de la talla intelectual de Jürgen Habermas y Emilio Lledó. Hacia ambos demostraba el maestro un especial afecto. Nunca lo abandonaron ni dejaron de difundir sus preocupaciones vitales.

Cuando un periodista le hizo conocer a Gadamer su sincera admiración expresando que quizá él nunca haya cometido un error, le respondió: “¿Quién puede sostener que no se ha equivocado nunca? Alguien tan viejo como yo sabe que se ha equivocado muy a menudo”.

Esto nos recuerda el pensamiento reiterado en tantos libros por Julián Marías, el discípulo de Ortega: “La vida es ensayo y error”. Qué hermosa lección de humildad. Nos hace evocar también aquella circunstancia vivida por Pedro Lain Entralgo cuando un hombre de prensa le preguntó si había pecado alguna vez: “Qué notable, cómo usted me va a preguntar eso si hasta los santos pecan siete veces al día”.

Bien se ha dicho que no hay que llorar la muerte de un caminante, hay que llorar la muerte de un camino y el camino que ha trazado Gadamer no morirá, ese camino está y estará siempre lleno de luz en sus Obras Completas que abarcan diez volúmenes y que fueron publicadas en coincidencia con el día en que cumplía 100 años con plena lucidez y con un entusiasmo que nunca supo de declinación. Fundamentalmente vivirá por siempre en la sabiduría de estas frases suyas que merecen escribirse en el bronce:

“Hay que saber que el otro puede tener razón” y “Los hombres no pueden vivir sin esperanza”.

Casi ya cerca de la tumba seguía fulminando moralmente a los fundamentalistas y a los descreídos, a la legión de los que viven ese pesimismo estéril que anula las mejores posibilidades humanas.



JURISDICCION INTERNACIONAL EN EL PROCESO DE INTEGRACION

Por José Raúl Torres Kirmser*

Sumario: 1. Derecho Procesal Comunitario. Contenido. 2. Jurisdicción internacional en materia contractual. Necesidad de su regulación. 3. Fuentes internas en los países del Mercosur en materia contractual. 4. Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual. 4.1. Requisitos de aplicación del protocolo. 4.2. Requisitos de validez de los acuerdos. 4.3. Elección de jurisdicción. Ley aplicable a la validez del acuerdo de jurisdicción. 4.4. Prórroga de jurisdicción posterior a la demanda. 4.5. Jurisdicción subsidiaria. 4.6. Reconvención. 4.7. Jurisdicción internacional indirecta. 4.8. Controversia entre los estados sobre la aplicación, interpretación e incumplimiento del protocolo. 5. Consideraciones finales.

1. DERECHO PROCESAL COMUNITARIO. CONTENIDO

Con el Tratado de Asunción suscrito el 26 de marzo de 1991, los gobiernos de la República Argentina, de la República Federativa del Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay decidieron construir un mercado común, con la denominación de “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR).

Este mercado común implica “la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países”.

*) Profesor Titular de Derecho Mercantil y de Derecho Civil (Obligaciones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 3ª Sala - Capital, Miembro de la Comisión Nacional de Codificación, del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho U.N.A. y de la Asamblea Universitaria en la U.N.A.

La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países se facilita al posibilitar una mayor agilidad de los trámites judiciales que deban cumplirse en cada uno de los países miembros, en la medida en que las relaciones comerciales normalmente pueden generar conflictos entre los particulares.

A tal efecto se constituye el esquema normativo procesal, en el marco del Derecho de la Integración.

El Derecho Procesal Comunitario se caracteriza por constituir un ordenamiento procesal común a los Estados Partes, que afecta las esferas jurisdiccionales internas de cada uno de ellos, por ser fruto de las delegaciones de soberanía que efectúan los Estados en pro de la integración.

La materia del Derecho Procesal Comunitario versa sobre: a) la organización del sistema jurisdiccional, ya se trate de tribunales judiciales o de tribunales arbitrales; b) su competencia; c) las vías y los legitimados para acceder a la jurisdicción; y d) los trámites procedimentales que en cada situación deberán ser observados y cumplidos por los sujetos procesales (jueces o árbitros, partes y auxiliares).

Su desarrollo en cuanto al sistema de solución de conflictos puede ser a través de los procedimientos extracontenciosos y los jurisdiccionales; entre los primeros se encuentran la negociación, la mediación y la conciliación; entre los segundos figuran el arbitraje y la instancia judicial, que es el que garantiza la interpretación y aplicación uniformes de las normas comunitarias en la esfera de su competencia.

Las fuentes jurídicas del MERCOSUR se hallan constituidas por el Tratado de Asunción modificado por el Protocolo de Brasilia y complementado por el Protocolo de Ouro Preto y los instrumentos adicionales o complementarios; los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción (Art. 41, Protocolo de Ouro Preto).

Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstas en el Art. 20 del Protocolo de Ouro Preto tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales

mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (Art. 42).

Entre las normas relativas a la solución de conflictos, además de las previstas en el Tratado de Asunción, el Protocolo de Brasilia y el Protocolo de Ouro Preto, podemos citar las incorporadas en el Acuerdo sobre Transporte Multimodal (CMC/Dec. N° 15/94), que en el Anexo II establece reglas de competencia para entender en las acciones relacionadas con esta materia, determinando que corresponderá al domicilio del establecimiento principal del demandado o del agente o representante o del lugar de entrega o de aquel en que debían ser entregadas las mercaderías. También abre la posibilidad de pactar, luego de ocurrido el hecho, el sometimiento a arbitraje atendiendo las reglas de competencia. En este caso se observa que el juez nacional estará obligado a aplicar la norma comunitaria (Art. 20, Anexo II del referido Acuerdo).

Integran, asimismo, el esquema normativo procesal, en el marco del Derecho Procesal comunitario:

El “Protocolo sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”, aprobado por decisión del Consejo Mercado Común N° 5/92. Fue ratificado por la República Argentina el 3 de julio de 1993, por la República Federativa del Brasil el 16 de febrero de 1996 y por la República del Paraguay el 12 de setiembre de 1995 (Ley 270/93). Ha entrado en vigencia el 17 de marzo de 1996. La República del Uruguay hasta la fecha no ha ratificado este protocolo.

El “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual”, aprobado por decisión del Consejo Mercado Común N° 1/94. Fue ratificado por la República Argentina el 31 de octubre de 1996, por la República Federativa del Brasil el 7 de mayo de 1996 y por la República del Paraguay el 12 de setiembre de 1995 (Ley 597/95). Ha entrado en vigencia el 6 de junio de 1996. La República del Uruguay hasta la fecha no lo ha ratificado.

El “Protocolo de Medidas Cautelares”, aprobado por decisión del Consejo Mercado Común N° 27/94. Fue ratificado por la República Argentina el 14 de marzo de 1996, por la República Federativa del Brasil el 18 de marzo de 1997 y por la República del Paraguay el 12 de setiembre de 1995 (Ley 619/95). Ha entrado en vigencia el 6 de junio de 1996. La República del Uruguay hasta la fecha no lo ha ratificado.

Tales acuerdos que no difieren de los acuerdos de las Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado de Panamá de 1975, de Montevideo de 1979, de La Paz de 1984, de Montevideo de 1989 y otros convenios bilaterales entre los países que integran el MERCOSUR, indudablemente propenden a unificar, o por lo menos a armonizar los procedimientos de solución de controversias en los países miembros y concurren al afianzamiento de la integración.

En ausencia de regulación sobre casos o situaciones que se presenten, las autoridades comunitarias podrán aplicar supletoriamente los tratados, convenios y acuerdos internacionales de Derecho Internacional privado que hubieren sido suscritos por todos o algunos de los Estados Partes del MERCOSUR.

Entre los mismos caben citar los Tratados de Montevideo de 1889/90, de 1940 y las numerosas convenciones aprobadas en el proceso uniformizador del Derecho Internacional Privado Interamericano que son las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs). Sin embargo, cabe señalar que el Brasil no ha sido parte de tales Tratados de Montevideo; tampoco de las Convenciones Interamericanas (CIDIPs) pero actualmente se encuentra en proceso de ratificación de varias Convenciones Interamericanas, habiendo ratificado ya las relativas a Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero y Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, ambas de 1979 y de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores.

2.- JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA CONTRACTUAL. NECESIDAD DE SU REGULACIÓN

La adopción de normas comunitarias uniformes de jurisdicción internacional es una necesidad en todo proceso de integración, específicamente en el tema de la contratación internacional en materia civil y comercial, al que nos referiremos.

Dado el aumento de los negocios internacionales en el proceso de globalización en que estamos inmersos resulta imperiosa la necesidad de brindar y ofrecer soluciones uniformes a las cuestiones que se plantean cuando los sujetos contratantes se hallan radicados en países diferentes y los contratos también tengan que ser cumplidos en lugares diferentes.

El Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual, muy relevante para la solución de los litigios entre los particu-

lares en el ámbito del MERCOSUR, llena un vacío dejado por el Tratado de Asunción de 1991, el Protocolo de Brasilia de 1991 y el Protocolo de Ouro Preto de 1994, que sólo se refieren a la solución de los litigios entre los Estados Partes y a los de los particulares contra los mismos.

El Protocolo de Buenos Aires autoriza la prórroga de jurisdicción internacional convencional en materia civil y comercial a favor de los Tribunales Jurisdiccionales de otros Estados en el marco del MERCOSUR y a favor de Tribunales Arbitrales, otorgándole significativa trascendencia al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, al permitir los acuerdos de elección de jurisdicción contenciosa internacional en tales materias celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas.

También establece normas de competencia subsidiaria en ausencia de acuerdo entre los contratantes y siempre que los mismos tengan sus domicilios o sede social en diferentes Estados Partes.

Con ello se pretende unificar un tema que tiene tratamiento diferente en las leyes internas de los países integrantes del MERCOSUR.

3.- FUENTES INTERNAS EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR EN MATERIA CONTRACTUAL

3.1.- Argentina.

La República Argentina acepta en forma amplia los acuerdos de elección de foro, siempre que se trate de asuntos patrimoniales internacionales. No se exige conexión razonable entre el contrato y el tribunal elegido. No se admite el acuerdo cuando los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley (Art. 1º del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, aprobado por la Ley 17.454 de 1967, modificado por Ley 21.305 de 1976 y por Ley 22.434 de 1981).

Por Ley 22.434 de 1981, de reforma, se autoriza tanto la cláusula contractual de jurisdicción, como el pacto posterior.

3.2.- Brasil

El Brasil carece de norma expresa interna que admita la autonomía de la voluntad para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales, como para convenir la jurisdicción internacional.

3.3.- Uruguay

El Art. 2.403 del Apéndice del Código Civil (Ley 10.084 de 1941) del Uruguay dispone: “Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título no pueden ser modificadas por voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente”.

No obstante, la doctrina ha llegado a extender la prórroga en base a nuevas disposiciones legales (Ley Orgánica de Judicatura y Código General del Proceso).

La prórroga de jurisdicción es consagrada por la Convención en Materia de Competencia Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias (La Paz, 1984), que todavía no ha sido ratificada por el Uruguay. Sin embargo, actúa como doctrina más reciente e influye así en cierta jurisprudencia de reciente data, que la acoge tratándose de derechos disponibles y siempre que no medie abuso de una parte sobre la otra u otra forma de vicio en el acuerdo.

3.4.- Paraguay

El Art. 3° del Código Procesal Civil (Ley N° 1.337 del 20 de octubre de 1988, promulgado por el Poder Ejecutivo el 4 de noviembre de 1998) del Paraguay establece: “La competencia atribuida a los jueces y tribunales es improrrogable. Exceptúase la competencia territorial, que podrá ser prorrogada por conformidad de partes, pero no a favor de jueces extranjeros, salvo lo establecido en leyes especiales”. Nuestra legislación interna no autoriza la prórroga de jurisdicción internacional.

Como hemos advertido, solamente la República Argentina acoge el sistema de la prórroga de jurisdicción en materia contractual internacional, en alguna medida. Por ello es imperiosa la necesidad de reglamentar y unificar los criterios entre los países que integran el MERCOSUR, en cuanto al tema que abordamos, a fin de brindar soluciones uniformes a las cuestiones que se planteen dentro de dicho esquema comunitario, con relación a partes domiciliadas dentro y fuera de los países que lo integran.

4.- PROTOCOLO DE BUENOS AIRES SOBRE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

El Consejo del Mercado Común, en fecha 5 de agosto de 1994, por Dec. N° 01/94, decide aprobar el “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción

Internacional en Materia Contractual". Este Protocolo, tal como lo hemos referido, ha sido ratificado por la República Argentina, por la República Federativa del Brasil y por la República del Paraguay, no así por la República del Uruguay.

En el Anexo del mismo se destaca la necesidad de brindar al sector privado de los Estados Partes un marco de seguridad jurídica que garantice justas soluciones y la armonía internacional de las decisiones judiciales y arbitrales vinculadas a la contratación en el marco del Tratado de Asunción.

También se señala la importancia de adoptar reglas comunes sobre jurisdicción internacional en materia contractual, con el objeto de promover el desarrollo de las relaciones económicas entre el sector privado de los Estados Partes.

El Protocolo contiene trece artículos. Se divide en dos Títulos: I. Ambito de aplicación. II. Jurisdicción Internacional. Este último se divide en tres Capítulos: I. Elección de Jurisdicción. II. Jurisdicción Subsidiaria. III. Reconvencción.

El Protocolo de Buenos Aires se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas.

4.1.- Requisitos de aplicación del Protocolo.

Para la aplicación del Protocolo de Buenos Aires se exigen las siguientes condiciones:

1º) Que se trate de contratos internacionales de naturaleza civil o comercial, celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas (Art. 1º).

Se infiere de la citada norma del Art. 1º que quedan excluidas del Protocolo de Buenos Aires las relaciones jurídicas internas y en donde intervengan el Estado y otros organismos públicos. Por consiguiente aunque se trate de contratos locales y tengan que tener efectos en otros países del MERCOSUR, quedan excluidos si no reúnen tales requisitos de la internacional y la presencia de particulares, personas físicas o jurídicas.

2º) Que tales contratos sean celebrados entre personas físicas o jurídicas con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del MERCOSUR, sin importar las conexiones del lugar de celebración o cumplimiento (Art. 1.a).

3º) Que, cuando por lo menos uno de los sujetos contratantes tenga su domicilio o sede social en uno de los Estados Parte, se requiere que se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo (Art. 1.b).

Vale decir que cuando no existe acuerdo de jurisdicción, para que el Protocolo sea aplicable se requiere que ambos contratantes estén domiciliados en distintos Estados Partes.

El Art. 1º expresa que la elección de foro debe ser a favor de un juez de un Estado Parte. Pese a la denominación en singular la elección puede ser a favor de un juez determinado o de tribunales de un Estado en su conjunto. En esta última hipótesis corresponderá al Estado designado atribuir la competencia territorial interna según sus propias normas.

La conexión o enlace razonable, que exige el inc. b) del Art. 1º, se desprende de las propias normas de jurisdicción del Protocolo, lo que nos lleva al Capítulo II sobre jurisdicción subsidiaria. Tal conexión sólo es considerada como condición de aplicación del Protocolo de jurisdicción cuando sólo uno de los contratantes esté domiciliado en los Estados Partes y no como un requisito de eficacia del acuerdo de elección. Vale decir que si no existe conexión razonable, el acuerdo no sería invalidado sino que simplemente se regiría por otras normas que podrían ser del Derecho Internacional privado interno del país donde se promoviera la acción, por lo que las soluciones que darían los tribunales podrían ser diferentes en los países que integran el MERCOSUR.

El ámbito de aplicación del Protocolo excluye: 1. Los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; 2. Los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; 3. Los contratos de seguridad social; 4. Los contratos administrativos; 5. Los contratos laborales; 6. Los contratos de venta al consumidor; 7. Los contratos de transporte; 8. Los contratos de seguros; 9. Los derechos reales (Art. 2º).

4.2.- Requisitos de validez de los Acuerdos.

Para la validez de los acuerdos de elección de jurisdicción se exigen los siguientes requisitos:

1º) Que el contrato sea formulado por escrito (Art. 4º). Esta forma garantiza el consentimiento y al tratarse de situación de excepción el contrato debe ser claro y preciso. El MERCOSUR carece de un órgano supranacional judicial, por lo que los tribunales del Estado Parte que tengan jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo, son los que deben juzgar sobre dicha exigencia y sobre la validez y los efectos del acuerdo de elección de foro.

2º) Que la elección de foro sea a favor de los tribunales de un Estado Parte; asimismo puede acordarse la prórroga a favor de Tribunales Arbitrales (Art. 4º).

3º) Que el contrato no se obtenga en forma abusiva. La norma del Art. 4º le otorga protección a la parte contratante más débil. Pero en todo caso, sobre esta situación le corresponderá juzgar al Estado que tenga jurisdicción de acuerdo a las disposiciones del Protocolo que examinamos.

El requisito procesal de la jurisdicción internacional en materia contractual se considerará satisfecho cuando el órgano jurisdiccional de un Estado Parte asuma jurisdicción de acuerdo a lo establecido en el presente Protocolo (Art. 3º).

4.3.- Elección de jurisdicción. Ley aplicable a la validez del acuerdo de jurisdicción.

La elección de jurisdicción puede ser a favor de los Tribunales de un Estado Parte o de Tribunales Arbitrales.

En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial, la elección de jurisdicción puede recaer en los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito siempre que el acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo, puede acordarse la prórroga a favor de Tribunales Arbitrales (Art. 4º).

El acuerdo de elección de jurisdicción puede realizarse en el momento de la celebración del contrato, durante su vigencia o una vez surgido el litigio (Art. 5º).

La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se regirán por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad a las disposiciones del presente Protocolo (Art. 5º in fine).

4.4.- Prórroga de jurisdicción posterior a la demanda.

Haya sido elegida o no la jurisdicción, ésta se entenderá prorrogada a favor de un Estado Parte, donde se promoviere la acción cuando el demandado después de interpuesta ésta, la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta (Art. 6°).

Así advertimos que el Protocolo sólo admite la “prórroga post litem” expresada en forma positiva y no ficta, aunque se haya pactado la competencia de otro tribunal.

Para que se admita la prórroga después de incoada la demanda, la misma debe interponerse ante un tribunal que carezca de jurisdicción y en ausencia de acuerdo en contraposición a las normas subsidiarias del Capítulo II, Arts. 7° al 12 del Protocolo.

Por otra parte, la citada norma impide que un juez se declare incompetente, de oficio, al inicio de la demanda.

4.5.- Jurisdicción subsidiaria.

Los Arts. 7° al 12 establecen normas de jurisdicción subsidiarias para el supuesto de ausencia de pacto de jurisdicción y los particulares, personas físicas o jurídicas, tengan su domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción. Las mismas, en alguna medida, le permitirían al actor escoger el tribunal del Estado cuyo derecho material favorezca a sus pretensiones o bien le convenga por razones económicas, de distancia o por otros factores circunstanciales.

Así, en ausencia de acuerdo, tienen jurisdicción a elección del actor:

- a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato;
- b) Los jueces del domicilio del demandado;
- c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación (Art. 7°).

En el supuesto de que las Partes no hayan fijado el lugar de cumplimiento de la ejecución, el Art. 8° establece las pautas para precisar ese lugar; además

nos ofrece calificaciones del lugar de cumplimiento de la obligación reclamada que pueden decidir la ley aplicable.

1. A los fines del Art. 7º, literal a), se entenderá por lugar del cumplimiento del contrato el Estado Parte donde haya sido o debía ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda.

2. El cumplimiento de la obligación reclamada será:

a) En los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, el lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;

b) En los contratos sobre cosas determinadas por su género, el lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados;

c) En los contratos sobre cosas fungibles, el lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración;

d) En los contratos que versen sobre prestación de servicios:

1. Si recaen sobre cosas, el lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;

2. Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, aquel donde hayan de producirse sus efectos;

3. Fuera de estos casos, el lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato (Art. 8º).

El Art. 9º establece las pautas para determinar el domicilio del demandado a los efectos de la elección de la jurisdicción. Señala que a los fines del Art. 7º, literal b), se entenderá por domicilio del demandado:

Cuando se tratare de personas físicas:

1. Su residencia habitual;

2. Subsidiariamente, el centro principal de sus negocios;

3. En ausencia de estas circunstancias, el lugar donde se encontrare la simple residencia.

b) Cuando se tratare de personas jurídicas, la sede principal de la administración.

Si la persona jurídica tuviera sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación, se considerará domiciliada en el lugar donde funcionan y sujeta a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen. Esta calificación no obsta el derecho del actor a interponer la acción ante los tribunales de la sede principal de la administración” (Art. 9°).

En los litigios que surjan entre los socios en su carácter de tales son competentes los jueces de la sede principal de la administración (Art. 10).

Las personas jurídicas con sede en un Estado Parte, que celebren contratos en otro Estado Parte, pueden ser demandadas ante los jueces de este último (Art. 11).

En caso de pluralidad de demandados, tendrá jurisdicción el Estado Parte del domicilio de cualquiera de ellos.

Las demandas sobre obligaciones de garantía de carácter personal o para la intervención de terceros, pueden ser incoadas ante el tribunal que está conociendo en la demanda principal (Art. 12).

4.6.- Reconvención.

Si la reconvención se fundara en el acto o hecho en que se basó la demanda principal, tendrán jurisdicción para conocer en ella los jueces que intervengan en la demanda principal (Art. 13).

4.7. Jurisdicción internacional indirecta.

El Art. 14 del Protocolo, dispone que la jurisdicción internacional regulada por el Art. 20, inc. c) del Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa quedará sometida a lo dispuesto en el presente Protocolo

El Protocolo sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual no sólo determina el Juez que será competente para entender en los conflictos que se generen (jurisdicción directa) sino también la eficacia extraterritorial de las sentencias (jurisdicción indirecta), al disponerse en el citado Art. 20 que las

sentencias y laudos deberán emanar de un órgano jurisdiccional o arbitral competente según las normas del Estado requerido sobre jurisdicción internacional.

Conforme entonces a lo previsto en el Art. 14 del Protocolo de Buenos Aires, el requisito de la competencia del Tribunal que dictó el fallo, deberá ser analizado de acuerdo a lo previsto en el mismo, y ya no más de acuerdo al derecho del Estado de donde proviene el fallo.

Se trata de una plausible solución en tanto ambas jurisdicciones guardan una íntima conexión y la efectividad de las decisiones es uno de los pilares esenciales de la seguridad jurídica y la posibilidad de lograr pronunciamientos eficaces se inspira en el principio de la armonía internacional de las decisiones.

4.8. Controversia entre los Estados sobre la aplicación, interpretación e incumplimiento del protocolo.

El Protocolo en el Art. 15 establece también normas relativas a las controversias que pudieran surgir entre los Estados con motivo de su aplicación, interpretación o incumplimiento, en lo que no innova, adoptando como criterio de solución las negociaciones diplomáticas directas o en su defecto, el Sistema de Solución de Controversia vigente entre los Estados Partes del Mercosur.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El Protocolo de Buenos Aires es un importante avance en el proceso de integración en el ámbito de Mercosur.

El Protocolo sienta el principio de prórroga de jurisdicción voluntaria en favor de Tribunales Arbitrales o judiciales, estableciendo en caso de ausencia de acuerdos las reglas de jurisdicción subsidiaria.

La validez del acuerdo se rige por el derecho de los Estados Partes que tendrían jurisdicción de conformidad con el mismo protocolo, debiendo en caso de duda aplicarse el derecho más favorable a la validez del acuerdo.

El establecimiento de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de prórroga de competencia pre y post litem y la adopción de criterios subsidiarios, son soluciones razonables.

Por otra parte, la regulación de la jurisdicción indirecta resulta ser un progreso en el proceso de integración del Mercosur, por la utilización de las normas de jurisdicción directa del Estado al que se solicita el reconocimiento.

BIBLIOGRAFIA

Centurión Morínigo, Ubaldo, “El Orden Jurídico Supranacional”, Edipar S.R.L., Junio 1994. Asunción-Paraguay.

Dreyzin de Klor, Adriana Silvia, “Jurisdicción internacional contractual en el Mercosur” en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

Dromi-Ekmekdjian-Rivera. “Derecho Comunitario. Régimen del Mercosur”, Ediciones Ciudad Argentina, julio 1995, Buenos Aires.

Galeano Perrone, Carlos, “Ordenamiento jurídico del Mercosur”, Intercontinental Editora, Asunción-Paraguay, 1995.

Goldschmidt, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 4ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, N° 315 y 353/360 págs. 396 y 458/472.

Martinoli, Amalia Uriondo de, “Aspectos contractuales. Prórroga de la competencia. La función de la jurisprudencia de los Estados Parte”.

Noodt Taquela, María Blanca, “Los Acuerdos de Elección de Foro en el Protocolo de Buenos Aires de 1994”, presentado en XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, Argentina, 1993.

Pabst, Haroldo, “O Contrato Internacional No Protocolo de Buenos Aires”, presentado en el IV Congreso de Magistrados de Mercosur -Balumenau 1999, Brasil.

Pita Enrique M. “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia contractual”, presentado en el IV Congreso de Magistrados de Mercosur -Balumenau 1999, Brasil.

Torres Kirmser, José Raúl, “Reflexiones ante la problemática jurídica del Mercosur”, Intercontinental Editora, Asunción-Paraguay, 1998.



EL EURO - MONEDA UNICA. EFECTO EN AMERICA LATINA. EL MERCOSUR / PARAGUAY. POLITICA MONETARIA COMUN - EUROPA

Por Luis Fernando Sosa Centurión*

REFLEXIONES PREVIAS

Como un indicador del cambio de milenio, se tiene a una Europa (que lleva al Tratado de Maastricht) con manifestaciones y causas específicas, que mostraban desilusiones atribuidas a la “crisis económica”. La característica es el desempleo elevado, un crecimiento negativo o muy tenue y una inflación alta y variable. El reparto de bienes se manifiesta sobre las Finanzas Públicas Nacionales, en forma de fuertes demandas de transferencias y subsidio público, que confrontaban con la contracción de recursos, dando así posiciones para teorizar sobre la “crisis fiscal de los Estados”.

La Unión Europea, a diferencia de los años 70, mantiene un crecimiento positivo, unas expectativas de inflación bajas y una mejora substancial de los desequilibrios de las Finanzas Públicas.

El sentimiento de desilusión colectiva que habíamos referido, determinó en Europa un profundo cambio de actitud en tres dimensiones:

1º) Sensación de desorientación histórica: se siente en el terreno de la política internacional, como vacío, quietud, que sigue a un cambio profundo; y que por momentos tiene aspectos irresolutos ante la complejidad de nuevos escenarios.

*) Ex miembro de la Corte Suprema de Justicia y Profesor Titular de Finanzas Públicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

2º) Desconfianza entre los ciudadanos hacia los líderes y partidos políticos: traducida en falta de previsión, y consecuente búsqueda de soluciones, promesas incumplidas y las manifestaciones de corrupción social.

3º) Una crisis de moralidad, manifiesta como escepticismo creciente hacia las doctrinas de progreso social. Connota los compromisos relativos a la idea de progreso e igualdad social, sustituidos por la simple preocupación narrativa o su invocación histórica. En este clima, se observa que los líderes políticos dejan las ideas de reformas institucionales para tratar la cuestión de las desigualdades sociales. Todo lo que pueda resolverse por fórmulas matemáticas o de laboratorio, muestra un racionalismo práctico a la hora de explicar el comportamiento humano, sin preocuparse demasiado por sus implicancias éticas o políticas.

La situación descrita ha constituido el telón de fondo de los enfoques, digamos sociológicos, del estado de las cosas y que más tarde se tradujo en hacer política como proceso para reformar las estructuras institucionales que ejercen considerables efectos sobre la evolución de la política económica.

EXISTENCIA DEL EURO

Desde la puesta en marcha del Euro (1 de enero de 1999) toda Europa se movió bajo la “efervescencia del euro”. Así, instituciones, bancos, empresas y campañas publicitarias en prensa, radio y televisión concientizan a los ciudadanos de la importante llegada del Euro.

Con ese objetivo, cabe repasar los inicios de la Unión Europea, desde el Tratado de Roma (hace 40 años), hasta los objetivos y fines de la moneda común europea, como una rampa de lanzamiento de Europa hacia un futuro mejor.

Si nos remontamos a los orígenes de las monedas, es fácil constatar que lo acontecido en el ámbito de la Unión Europea no tiene precedentes en la historia del dinero.

Etapas

Antes de que acabara el siglo XX, los habitantes de Europa han tenido una sola moneda que tiende a ser una de las divisas más estables del mundo.

El EURO ha pasado por varias etapas para convertirse en un medio de pago único. Ha sido éste un proyecto sin precedentes, que han puesto en marcha los 15 Estados independientes que integran la Unión Europea: Alemania, Francia, España, Italia, Inglaterra, Bélgica, Grecia, Portugal, Holanda, Luxemburgo, Irlanda, Dinamarca, Suecia, Austria y Finlandia.

El inicio se remonta a junio de 1988, cuando el Consejo Europeo de Hannover constituyó una comisión que elaboró un documento para la puesta en marcha de la moneda única, conocido como “Informe Delors”, que sirvió de base al Consejo Europeo de Madrid de 1989, y permitió activar el proceso de moneda única.

El proceso al EURO

El 7 de febrero de 1992, en la ciudad holandesa de Maastricht, se firmó el tratado que lleva el mismo nombre (Tratado de Maastricht) que definió las condiciones para la realización de la Unión Europea y para la adopción de la moneda única. El 15 y 16 de diciembre de 1995, en el Consejo de Madrid, se bautizó a la nueva moneda como EURO y se decidió el calendario de la transición de las monedas nacionales a la única, en tres fases.

Criterios para la adopción del Euro

En los primeros meses de 1998, concluye esta etapa, cuando los jefes de Estados y los Gobiernos de la Unión Europea deciden qué países cumplen los principales criterios de convergencia exigidos por el Tratado de Maastricht, para adoptar el EURO. Estos criterios refieren a la contención de la inflación y a mantener bajo control la Hacienda Pública. Con esta buena conducta económica, los países podrán beneficiarse de tipos de interés reducidos y cambios estables.

Exceptuando el Reino Unido y Dinamarca, los demás integrantes de la Unión Europea han expresado su interés en integrarse a la Unión Monetaria.

Sistemas de Bancos Centrales Europeos. Creación de Banca Central única.

Implica la creación del Banco Central Europeo (BCE) y del Sistema Europeo de Banco Centrales, responsables de la política monetaria única en Europa. Serán los que pondrán en marcha el proceso de impresión de los billetes de bancos en euros. Los euros están disponibles desde el 1 de enero de

1999, fecha a partir de la cual se pueden utilizar en toda clase de operaciones. Los billetes nacionales continuaron gozando de valor hasta el 31 de diciembre de 2001.

Implementación total del EURO / desaparición de las monedas nacionales

Se completa a partir del año 2002, cuando el EURO se vuelve una realidad total y las monedas nacionales de los países de la Unión Europea quedarán enterradas. Se consideraba que esta defunción se certificaría en julio del 2002. No obstante, las monedas nacionales pueden cambiarse en los Bancos Centrales de cada integrante de la Unión.

Ventajas del Euro

Esta unión monetaria, verificada con el arribo del Euro, redituó en ventajas tanto para los ciudadanos como para las empresas. Los primeros, beneficiados con la estabilidad de los precios y los tipos de interés serán más bajos: pudiendo solicitar créditos hipotecarios más baratos, viéndose el ahorro menos castigado por la inflación; y eliminándose las “fronteras monetarias” (no se perderá tiempo en cambio de monedas y se ahorrará en comisiones bancarias).

Entre los beneficios que recibirán las empresas se encuentran: el mejoramiento de la competencia (al darse una mayor transparencia en los precios), los costes de los productos disminuirán notablemente y se ayudará a la reducción de los gastos administrativos, con la eliminación de los cambios de moneda.

Condiciones como moneda fuerte

En una Unión Europea con una producción comparable a la de los Estados Unidos y con más de 370 millones de consumidores, el Euro se convierte en una moneda fuerte y estable, para así enfrentarse al dólar y al yen en los mercados internacionales en similares condiciones, y además, como factor de cohesión, acentuará la integración europea, la cual se percibe positivamente gracias al esfuerzo de los países europeos en acercar al ciudadano toda la información sobre los avances de la unión monetaria.

Moneda única europea en los mercados internacionales - efectos

Desaparecido el Sistema Bretton Woods, los países de la Europa Comunitaria sintieron la necesidad de evitar fluctuaciones drásticas entre sus monedas, que ejerciesen efectos negativos sobre el crecimiento económico y su comercio agregado. En el año 1972, los Estados Miembros firmaron el Acuerdo de Basilea, en el que se limitaba la fluctuación máxima de sus monedas a un 2.25%. Pese a ello, las variantes monetarias mundiales tenían tal magnitud que en 1973, una vez que el dólar devaluó por segunda vez, las monedas abandonaron en la práctica el sistema de paridades fijas, entrando en una fluctuación generalizada. Cada país fue adoptando aquellas medidas que consideraba más adecuadas, iniciándose una tendencia a la divergencia de las economías integradas, que se transmitió de inmediato a los mercados de divisas.

La necesidad de preservar la estabilidad entre las monedas comunitarias hizo que se realizara el objetivo del Sistema Monetario Europeo. Se creaba el ECU, como Unidad Monetaria Europea, definida como cesta de monedas participantes.

En la década de los 80, el Sistema Monetario Europeo, aparte de establecer en Europa una zona de estabilidad cambiaria, estimuló la coordinación de las políticas económicas y afianzó la cooperación entre Bancos Centrales, haciendo posible una valiosa convergencia entre los países en términos de inflación y tasas de interés.

La Comunidad Europea ha atravesado un proceso de integración económica:

1. Zona de Libre Comercio (1957);
2. Unión Aduanera (1968);
3. Mercado Único (1993);
4. Unión Monetaria (1999).

Se considera como última etapa a lo que sería la Unión Política. Pues, podríamos decir que detrás de cada acción económica hacia la integración existe en la misma relación, la nacionalidad política, hacia el conjunto unificado.

Es importante remarcar los criterios de convergencia impuestos por el Tratado de Maastricht. Con el Euro, los inconvenientes de coordinación de políticas fiscal y monetaria, serán resueltos con la preeminencia de la política

monetaria y el sometimiento de la política fiscal a ésta. Así, una vez establecido el equilibrio comentado, se lograrán las bases de un crecimiento por un aumento de la inversión, de parte de las empresas económicas.

Las relaciones macroeconómicas de los Estados afectados por el Euro, se caracterizan por:

a. El mantenimiento de un sistema de tipos de cambio flexibles con respecto a monedas de otros países, sin excluir la posibilidad de acuerdos cambiarios con otras monedas, en aras de mayor estabilidad en el sistema mundial.

b. Movilidad de capital, relativamente alta a pesar de la existencia de barreras por la creciente globalización de los mercados financieros.

c. El Euro como moneda fuerte en el escenario monetario mundial, sustentado por:

1.- La independencia del Banco Central Europeo,

2.- Misión del Banco Central Europeo, hacia los objetivos de inflación, y crecimiento económico, tal como se recoge en sus Estatutos, el Tratado de Amsterdam; y

3.- Gravitación económico-comercial de la Unión Europea en el escenario internacional.

Como consecuencia de la Organización Mundial del Comercio, se tiene el Acuerdo Marco Interregional de Comercio entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte y el Mercado Común del Sur y sus Estados Partes, por otra.

Los Estados intervinientes declaran su plena adhesión a los propósitos y principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas, a los valores democráticos, al Estado de Derecho, y al respeto y promoción de los Derechos Humanos. Consideran a los procesos de integración regional como instrumentos de desarrollo económico y social, que facilitan la inserción internacional de sus economías, y en definitiva promueven el acercamiento de la Declaración Final de la Cumbre Social celebrada en Copenhague en marzo de 1995.

El “Acuerdo Marco” es un resultado práctico de la declaración de Cooperación Interinstitucional del 29 de mayo de 1992, entre el Consejo del Mercado Común del Sur y la Comisión de las Comunidades Europeas, para la prosecución de las acciones hacia un objetivo final, cual es la asociación inte-

regional de carácter político y económico, basada en una liberalización progresiva y recíproca de todo comercio, teniendo en cuenta la sensibilidad de ciertos productos y conforme a las reglas de la OMC.

Fue instituido depositario, por el MERCOSUR, el Gobierno de la República del Paraguay, estando abierto a la firma de los países interesados, en Madrid (España) entre el 15 y el 31 de diciembre de 1995.

Por la República del Paraguay, firmó el “Acuerdo Marco” el Dr. Luis María Ramírez Boettner, Ministro de Relaciones Exteriores. De esta suerte, puede leerse en el Art. 33: “Aplicación territorial. El presente Acuerdo se aplicará, por una parte, a los territorios en los que sea aplicable el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y en las condiciones previstas por dicho Tratado, y a los territorios en los que sea aplicable el Tratado constitutivo del Mercado Común del Sur y en las condiciones previstas por dicho Tratado y protocolos adicionales, por la otra parte”, y en el primer apartado del Art. 35, dice: “Cumplimiento de las obligaciones:

1. Las partes adoptarán toda medida general o particular necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Acuerdo y velarán por el cumplimiento de los objetivos previstos en el mismo

Si una de las partes considerara que la otra parte no ha satisfecho una de las obligaciones que le impone el presente Acuerdo, podrá adoptar las medidas apropiadas. Con anterioridad, salvo en caso de urgencia especial, deberá proporcionar a la Comisión Mixta todos los elementos de información útiles que sean necesarios para un examen profundo de la situación, con vista a buscar una solución aceptable para las Partes.

La elección deberá realizarse prioritariamente sobre las medidas que menos perturben el funcionamiento del presente Acuerdo. Estas medidas serán notificadas inmediatamente a la Comisión Mixta, siendo objeto de consulta en su seno, a solicitud de la otra parte”.

¿CÓMO SE PODRÍAN REFLEJAR EN LAS TRANSACCIONES INTERNACIONALES DEL PARAGUAY LOS EFECTOS DEL EURO?

La moneda única. De acuerdo con el tratado firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Holanda, Portugal y España reemplazaron sus monedas

nacionales por el Euro, el 1 de enero de 1999. Como preparación para esta unificación de sus monedas, los once países han ejecutado políticas que resultan en un alto grado de convergencia y, al mismo tiempo, han puesto en operación arreglos institucionales y legales para la conducción de una sola política monetaria. Esta es la tarea del sistema europeo, el cual comprende al Banco Central Europeo (con sede en Frankfurt), y los Bancos Centrales de los once países del área del Euro. El Banco Central Europeo se estableció el 1 de junio de 1998, junto con el Sistema Europeo de Bancos Centrales, que comprende el Banco Central Europeo y los Bancos Centrales de los países que conforman la Unión Europea.

Los criterios de convergencia. En Europa, el Tratado de Maastricht establece criterios cuantitativos que cada país ha de cumplir permanentemente para poder formar parte de la Unión Monetaria.

Los criterios monetarios de convergencia, tasas de inflación y de interés, sirven para indicar si una política monetaria única puede ser compatible con las necesidades de las diferentes economías en cuanto a estabilidad y evolución de la coyuntura. Los criterios fiscales, saldo presupuestario y endeudamiento total del sector público, han de garantizar que la estabilidad en el área monetaria común no peligre desde un principio a causa del excesivo endeudamiento de algunos países miembros. Además, permiten apreciar en qué medida las distintas economías son capaces de reaccionar adecuadamente con el instrumento de la política fiscal a los impactos provenientes del exterior.

¿Qué tan fuerte es el Euro frente al Yen y al Dólar?. Depende básicamente de los determinantes de una tasa de cambio, los cuales incluyen las tasas de intereses reales, el crecimiento económico y la posición exterior registrada en una balanza de pagos. La mayor diferencia entre el área del Euro y los Estados Unidos se da en balanza de pagos en cuenta corriente. Mientras en Estados Unidos la balanza en cuenta corriente ha mostrado un déficit crónico, en Europa ha tenido un superávit creciente. La aparición del Euro como segunda moneda de inversión y reserva, creará un duopolio en el sistema de tasas de cambio mundial.

El Euro en países en desarrollo económico, como el Paraguay

Para los países en desarrollo, el impacto principal del mercado europeo unificado y del Euro se produce a través del comercio y de los vínculos financieros. Una gran parte del intercambio comercial entre América Latina y Eu-

ropa se factura actualmente en Dólares. Con la introducción del Euro, éste desempeñará una función más importante como moneda para fijar o establecer precios y como medio de pago. La moneda común, el Euro, ha hecho desaparecer el mercado de divisas entre los países de la Unión, simplificando y fomentando las operaciones con la divisa europea en los mercados internacionales. La desaparición de las tasas de cambio entre las once monedas que intervienen inicialmente, tiende a hacer más transparentes los mercados. En las listas de precios o cotizaciones de mercancías y servicios, las tasas serán mejor definidas por los mercados, y la contabilización interna de las transacciones se hará más fácil.

Para los Bancos Centrales, el Euro se perfila como una interesante alternativa al Dólar como moneda de reserva. Para las compañías que operan en el mercado europeo desaparecerán o tenderán a reducirse los riesgos de variación de las tasas de cambio y los costos de cobertura de los riesgos cambiarios. Esto se refleja en movimientos de mercaderías, servicios y capitales más eficientes y, en consecuencia, en un descenso en los precios.

Las situaciones serán más notorias en aquellas regiones en las que existan fuertes relaciones con el Euro (Unión Europea), pero que sin embargo mantienen un porcentaje relativamente pequeño de su deuda denominada créditos - balanza comercial, en monedas europeas, tales como Asia y América Latina.

MONEDA COMUN EN EL MERCOSUR

Esta pretensión arroja el siguiente razonamiento:

- Dificultad de englobar economías muy diferentes dentro de una política monetaria única. Además del riesgo de agravar los desbalances cíclicos.
- Economías del MERCOSUR: presentan un alto grado de volatilidad, y por ende están expuestas a shocks económicos.
- Ausencia de armonización de las políticas fiscales y necesidad de estabilizadores, dependencia de la movilidad de capitales para suavizar los efectos de shocks (asimetría económica)

En consecuencia, las condiciones para la unión monetaria del MERCOSUR no la hacen factible en un corto plazo.

ACTUALIDAD EUROPEA

Para el mes de junio de 2002, el Euro recobra la paridad cambiaria con el dólar americano. Si bien no constituye definición de calidad económica financiera, la representación monetaria no deja de ser importante. La cuestión más bien es coyuntural por pérdida del valor del dólar, y por falta de confianza en la economía financiera norteamericana.

Lo importante en la valoración del euro es la comparación de ambas economías. Así, de confirmarse con efectos de “moneda fuerte”, por razones de las debilidades de la economía financiera del país norteamericano, mas que por la productividad europea, ello puede afectar a corto o mediano plazo a economías de ciertos países ponderados en el Euro (Francia, Alemania). De todas formas, llamará a mayores reflexiones a Dinamarca, Noruega e Inglaterra antes de la total aceptación del Euro.

Comentarios actualizados, en Asunción, julio/2002.

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

Euromoney. The Euro. Setiembre - Octubre de 1998.

Dresbder Bank Lateinamerika AG, La Unión Europea -Implicaciones para América Latina, Abril de 1998.

Oscar Molina Romo. Impacto del Euro en los mercados internacionales. Universidad de Viña del Mar. 28 de setiembre de 1998.

Fondo Monetario Internacional. Finanzas y Desarrollo. Diciembre de 1998 y Marzo de 1999.

Roberto González Ibán y Manuel Ahijado Quintillán. El Banco Central Europeo y la política monetaria común. Ediciones Pirámide S.A. Madrid 1999.



EL MERCOSUR, EVOLUCION JURIDICA E INSTITUCIONAL. 1991- 2002⁽¹⁾

Por Roberto Ruiz Díaz Labrano⁽²⁾

LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO INTEGRADO EN EL CONO SUR

El proceso de integración del Cono Sur impulsado con el Tratado de Asunción, por el cual los Estados Partes crearon el Mercosur como bloque regional preparándose para el mundo globalizado, lleva en marcha un breve pero intenso período, dentro del cual se han producido las más variadas especulaciones sobre los resultados obtenidos.

Algunos miran el Mercosur con visión pesimista; otros ven con optimismo el futuro de la región en la medida en que se persista en los objetivos fundamentales establecidos en el Tratado. El análisis no puede ser tan radical, ni puede ser simple, por lo mismo que es un “proceso complejo de construcción progresiva”⁽³⁾, se cumple y avanza por etapas, matizadas fuertemente por la realidad política y económica nacional e internacional en que están insertos el bloque y los Estados Partes.

1) Trabajo preparado y presentado como integrante del Grupo de Reflexiones Prospectivas al pedido del Instituto de Pesquisa de Relaciones Internacionales “IPRI”, Fundación Alexandre de Gusmao. Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil.

2) Profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción.

3) Paulo Roberto de Almeida: A evolução do Mercosul, antecedentes, desenvolvimento e crise: uma avaliação analítico-descritiva do período 1986-2002.

La integración no es estática; obedece a múltiples factores que influyen sobre el proceso; situaciones ante las cuales los instrumentos jurídicos deben ser examinados: “Muchas veces los procesos de integración tienen su propia dinámica, condicionan a los propios Estados Miembros o Partes que la integran, por cuanto el objetivo trazado en los Tratados Marcos o Tratados Fundacionales revelan pronto competencias explícitas que deben ser desarrolladas y por ende competencias implícitas que integran la competencia delegada”(4).

Dentro de esta complejidad y con las limitaciones propias de la naturaleza de estas referencias, nos proponemos reflexionar sobre los aspectos sustanciales del proceso, el carácter jurídico e institucional, la conformación de su estructura y el ordenamiento jurídico que surge como consecuencia del derecho de la integración producto de las fuentes originarias y derivadas del proceso y las perspectivas institucionales, así como el futuro institucional del Mercosur.

LA GLOBALIZACIÓN CONDICIONA LA APARICIÓN DEL MERCOSUR

Los antecedentes del Mercosur se asientan sobre los pasos dados por la República Argentina y la República Federativa del Brasil a mediados de los ochenta, luego de iniciado el proceso de democratización(5).

Los gobiernos habían reformulado radicalmente su relacionamiento al establecer juntos un espacio integrado con la finalidad de ampliar el mercado y dinamizar el comercio regional, teniendo como objetivo alcanzar competitividad en el mercado mundial; era una decisión inteligente y estratégica como fue apreciado posteriormente.

Era parte del proyecto establecer las bases para una representatividad política y económica regional, sobre intereses comunes, propósito al cual incorporan a Uruguay y Paraguay con la firma del Tratado de Asunción, inte-

4) Roberto Ruiz Díaz Labrano: “Mercosur Integración y Derecho”, Ediciones Ciudad Argentina, año 1998.

5) El proceso iniciado con la Declaración de Yguazú en noviembre de 1985 es encaminado por medio del Acta de Integración del 29 de julio de 1986 que estableció el Programa de Cooperación e Integración entre Argentina y Brasil “PICAB”, conteniendo 24 protocolos sectoriales.

grando el espacio físico del Cono Sur; se suman posteriormente, como Estados asociados, Bolivia y Chile(6).

Hoy sigue siendo éste el tema más importante de la agenda, así como por muchas situaciones, una de las mayores debilidades, cuando se presentan algunas ambivalencias de los Estados integrantes en su presencia internacional o dudas sobre la unidad que debe trasuntar como espacio político e integrado.

La decisión de conformar el bloque acompañaba la corriente de liberalización comercial, pero bajo el manto de unas fronteras arancelarias ampliadas, lo que permitiría el desarrollo y fortalecimiento de la capacidad industrial y comercial, para luego proyectar la región en el nuevo escenario mundial.

El propósito integrador estaba condicionado por las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT para la constitución de la Organización Mundial de Comercio "OMC", e influida por otras iniciativas, como los acuerdos entre Canadá y Estados Unidos y las posibilidades de extensión a México, por Europa encaminada a la culminación del Mercado Unico y la propuesta del Presidente Norteamericano George Bush como "Iniciativa para las Américas".

La oportuna aparición del sistema de integración implantado en el Cono Sur de América Latina produjo un gran impulso a toda la intención integradora de los demás Estados, fue una enorme y positiva influencia, que persiste a pesar de las nuevas dificultades que se hacen presentes. En lo que lleva de vida el Mercosur ha sido el gran protagonista para afirmar una conciencia comunitaria en la región y la vía efectiva para una nueva modalidad de relacionamiento entre los Estados Partes.

El Mercosur como región emergente ha superado ampliamente las expectativas de una integración efectiva, a pesar de las enormes dificultades por

6) El Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Chile, suscrito como Acuerdo de Complementación Económica, al amparo del Tratado de Montevideo 1980, de la Resolución N° 2 del Consejo de Ministros de la ALADI firmado en Potrero de Los Funes, Provincia de San Luís, Argentina el 25 de junio de 1996. El Acuerdo de Complementación Económica Mercosur-Bolivia, suscrito como Acuerdo de Complementación Económica, al amparo del Tratado de Montevideo 1980, de la Resolución N° 2 del Consejo de Ministros de la ALADI firmado en Fortaleza, a los 17 días del mes de diciembre de 1996.

las que ha atravesado; las que, como se ha comprobado reiteradamente, lejos de disminuir la voluntad política que motivara su aparición, robustece cada vez más la necesidad de una mayor profundización, por ser la única opción válida de desarrollo que puede liderar, en base a los intereses comunes; una posición alentadora ante las futuras negociaciones.

EL SISTEMA JURÍDICO E INSTITUCIONAL DEL MERCOSUR

El sistema jurídico del Mercosur se genera y evoluciona por consenso, a través de la voluntad política manifestada por medio de sus representantes en los niveles de generación normativa de sus órganos de capacidad decisoria, que de acuerdo al artículo 2º del Protocolo de Ouro Preto son de naturaleza intergubernamental.

Estos actos normativos han estructurado un verdadero ordenamiento jurídico de la integración, basados en los pilares en que se asienta la unidad constitutiva del Mercosur, el Tratado de Asunción(7) y el Protocolo de Ouro Preto(8), no precisamente comunitario, pero bajo la idea de un interés común y el respeto creciente en la prevalencia de tal interés como mecanismo de aplicación de sus normas.

La naturaleza intergubernamental de los órganos del Mercosur, señalado en más de algún momento como limitación al progreso de la integración, ante la falta de autonomía de sus representantes, fue el mecanismo adoptado para cumplir las primeras etapas que condujeran al Mercado Común del Sur, siguiendo el criterio trazado de una integración progresiva.

Los órganos de naturaleza intergubernamental con capacidad decisoria, como el Consejo del Mercado Común “CMC”, el Grupo Mercado Común “GMC” y la Comisión de Comercio del Mercosur “CCM”, son estructuras institucionales que obedecen a los principios constitucionales de la mayoría de

7) La República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay suscribieron el 26 de marzo de 1991 el Tratado de Asunción, creando el Mercado Común del Sur, MERCOSUR, que constituye el proyecto internacional más relevante en que se encuentran comprometidos esos países.

8) En la Cumbre de Presidentes de Ouro Preto, de diciembre de 1994, se aprobó un Protocolo Adicional al Tratado de Asunción - el Protocolo de Ouro Preto - por el que se establece la nueva estructura institucional del MERCOSUR y se lo dota de personalidad jurídica internacional.

los Estados Partes y la interpretación doctrinal y jurisprudencial por entonces vigente en los mismos.

Este sistema, a nuestro criterio, no ha impedido que por medio de las negociaciones se fuera creando un sistema jurídico propio, un ordenamiento adecuado a la realidad política y las condiciones impuestas por un proceso que se fue construyendo día a día, con los tropiezos propios de un mundo globalizado que no ha encontrado el modo de equilibrar el crecimiento de los países desarrollados con las necesidades de los demás países.

La construcción del proceso de integración fue desde el inicio encaminado a la concreción de un espacio común integrado como Mercado Común, siendo éste el principal objetivo y meta trazado en el Tratado de Asunción(9), pero fue necesario supeditar este objetivo al momento en que las circunstancias políticas, económicas e internacionales lo permitieran.

El propio artículo primero del Tratado expresa que los Estados están decididos a constituir un Mercado Común que se denominará “Mercado Común del Sur”, es decir de libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros(10) del establecimiento de un arancel externo común(11), coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes(12) y el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes(13).

9) El Capítulo I del Tratado de Asunción que se refiere a los “propósitos y principios” en su artículo 1º, dice: “Los Estados deciden constituir un Mercado Común que deberá estar conformado al 31 de diciembre de 1994”.

10) Por la eliminación de derechos aduaneros o restricciones arancelarias, así como medidas restrictivas de efecto equivalente a la circulación de las mercaderías originarias de los Estados Partes.

11) Se traduce en la adopción de una política arancelaria y comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico - comerciales regionales e internacionales.

12) Implica coordinar una política común en temas vinculados al comercio exterior y a diversos aspectos tales como agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria, de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes.

13) Tiene por finalidad lograr el fortalecimiento del proceso de integración. La libre circulación de los factores de la producción y la eliminación de

Son estos objetivos contenidos en el propio Tratado Constitutivo del Mercosur, los que doctrinalmente hicieron pensar en que la integración progresiva conduciría a un momento histórico, en el 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 en 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 progresividad y gradualidad más las dudas lógicas de la oportunidad y condiciones para la profundización de la integración, pronto indicaron la necesidad de revisar el tiempo en que se había pretendido concretar el Mercado Común.

EL PROTOCOLO DE OURO PRETO: FIN DE LA ETAPA DE TRANSICIÓN; REDIRECCIONAMIENTO DEL MERCOSUR

El Protocolo de Ouro Preto “POP”(14) respondió a la necesidad de adecuación de la estructura institucional y de no limitar a cuatro años como fuera previsto el lapso dentro del cual se pretendía alcanzar el Mercado Común. El Protocolo suscrito en base al Art. 19 del Tratado de Asunción, introdujo modificaciones substanciales a la estructura jurídica e institucional y otorgó al Mercosur personalidad jurídica internacional.

Con Ouro Preto culmina el período que fuera denominado de transición, expresión referida a los pasos previos para concretar el Mercado Común, que se redirecciona. Se fijan nuevas metas y se apunta a la consolidación de la Zona de Libre Comercio y la concreción de la Unión Aduanera, para lo cual se establecen los instrumentos para una política comercial común.

las barreras aduaneras y no arancelarias, requiere por supuesto una profunda identificación de las trabas físicas, técnicas y fiscales y la suficiente previsibilidad, gradualidad y condiciones con que serán eliminados los controles fronterizos y trabas a la circulación.

14) Entró en vigor casi un año después, el 15 de diciembre de 1995, a los treinta días de haberse depositado el tercer instrumento de ratificación ante el Gobierno de Paraguay, según lo dispuesto por el Artículo 48 del Protocolo de Ouro Preto.

Ouro Preto significó un punto positivo de adecuación y sinceridad de los Estados Partes, al reconocer que las metas habían sido demasiado optimistas, según ya se evidenciaba con las “Decisiones” del CMC, que implicaban verdaderas modificaciones al propio Tratado. Situación subsanada por medio del Art. 53 del Protocolo(15) que produjo como resultado “incorporar y legalizar” las modificaciones de hecho ya existentes en el programa Mercosur.

La revisión introducida por medio del Protocolo de Ouro Preto fue evaporando la expectativa de concretar una integración comunitaria de corto plazo, sumado al hecho de que la construcción de un modelo de integración de carácter supranacional exige modificar o adecuar las constituciones nacionales de los Estados Partes, para contar con el marco constitucional. La experiencia demostró que esta situación no ha sido un obstáculo para seguir adelante, ni que haya impedido construir el ordenamiento jurídico del Mercosur.

Lo cierto es que 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 Protocolo de Ouro Preto estableció la nueva estructura orgánica del Mercosur de la siguiente forma: I. El Consejo del Mercado Común (CMC), de acuerdo al artículo 9° del Protocolo de Ouro Preto, se pronuncia mediante Decisiones, las que son obligatorias para los Estados Partes; II. El Grupo Mercado Común (GMC), de acuerdo al artículo 15 del Protocolo de Ouro Preto, se pronuncia mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes; III. La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM), de acuerdo al artículo 20, se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas son obligatorias para los Estados Partes. IV. La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC), de acuerdo al artículo 26 del Protocolo de Ouro Preto, se expide por medio de Recomendaciones al Consejo del Mercado Común por medio del Grupo Mercado Común. V. El Foro Consultivo Económico y Social (FCES) tiene, de acuerdo al artículo 29 del Protocolo de Ouro Preto, función consultiva y se manifiesta mediante Recomendaciones al Grupo Mer-

15) El Art. 53 del Protocolo de Ouro Preto dispone la derogación “de todas las disposiciones del Tratado de Asunción, de 26 de marzo de 1991, que se opongan a los términos del presente Protocolo y con el tenor de las Decisiones aprobadas por el Consejo Mercado Común durante el periodo de transición”.

cado Común. VI. La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM) tiene funciones administrativas, de archivo y de establecer y mantener la agenda de las reuniones.

LA COMISIÓN DE COMERCIO DEL MERCOSUR “CCM” COMO ÓRGANO TÉCNICO

Como parte de la nueva estructura del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto crea la Comisión de Comercio del Mercosur “CCM”, órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común en el ámbito de la política comercial común acordada para el funcionamiento de la Unión Aduanera. Como órgano técnico jurídico, le es atribuido velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común y todas las materias que guarden relación con estas políticas a nivel intra y extra regional(16).

Le corresponde considerar, como competencia relevante, las “reclamaciones presentadas por las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio del Mercosur”, hechas ante el incumplimiento o la aplicación de la normativa comercial común, permitiendo en la discusión técnica evitar o disminuir las diferencias que lleven a instar el sistema de solución de controversias(17).

EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, EL PROTOCOLO DE BRASÍLIA Y EL PROTOCOLO DE OLIVOS

Institucionalmente, la solución de controversias no escapa a la dinámica de la integración, en la que todas las instituciones son afectadas por la evolución de la integración, así como a la influencia de factores económicos y políticos internos, regionales o internacionales, que ponen a prueba permanentemente la validez y solidez de las instituciones.

Todos estos elementos influyen para exigir un continuo perfeccionamiento de los órganos previstos, a fin de adaptarlos a las etapas previstas para alcanzar los objetivos trazados. Precisamente por ello, están siempre sujetos a

16) Por Directiva 1/94 de la Comisión de Comercio del Mercosur, fue adoptado el Reglamento Interno de la Comisión en reunión celebrada en Rio de Janeiro los días 6 y 7 de octubre de 1994.

17) La Comisión de Comercio está facultada a crear los Comités Técnicos “CT” que creyere necesarios, que actúan como comités consultivos y de sugerencias en las respectivas áreas.

los ajustes que los Estados Partes deben realizar tanto interna como regionalmente para cumplir los objetivos y adecuar las instituciones a la evolución del proceso de integración

El sistema de solución de controversias fue previsto en el Anexo III del Tratado de Asunción, para resolver las controversias que surgieran respecto de la interpretación, aplicación y cumplimiento del Tratado de Asunción y de sus órganos con capacidad decisoria(18); aquel sistema fue sustituido posteriormente por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias en el MERCOSUR(19).

El sistema es de tipo arbitral a diferencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas "TJCE", que es de naturaleza jurisdiccional; funciona a través de árbitros ad hoc, que se expiden por medio de laudos emitidos por el Tribunal Ad hoc que los Estados Partes han declarado obligatorio(20).

El Protocolo de Brasilia ha sido fuertemente cuestionado por las dificultades de acceso por los particulares o por las dudas sobre su eficacia y viabilidad, ejemplificado por el tiempo que permaneció inactivo(21), no obstante quedó demostrado a través de diversos laudos que muchas de las críticas no tenían sustentación, si bien se percibía la necesidad de dotar al proceso de integración de un nuevo sistema más ágil y predecible.

El perfeccionamiento es propio de un proceso de integración, todas las instituciones están sujetas a un permanente examen para la adecuación, actualización y perfeccionamiento institucional. El de solución de controversias en la integración es uno de sus pilares, por lo que su revisión resultaba esencial para el Mercosur.

La necesidad del perfeccionamiento del Protocolo de Brasilia fue encajinada por el Consejo Mercado Común a través de la Decisión N° 25/00, instruyendo al Grupo Mercado Común a fin de que por medio del Grupo Ad-

18) Art. 1° del Protocolo de Brasilia.

19) De acuerdo al Art. 34 del Protocolo de Brasilia: "El presente Protocolo permanecerá vigente hasta que entre en vigor el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del tratado de Asunción".

20) Art. 8° del Protocolo de Brasilia.

21) El primer laudo fue emitido recién el 28 de abril de 1999.

Hoc sobre aspectos institucionales, estudiaran y presentaran antes del 10 de diciembre de 2000 una propuesta integral vinculada con el perfeccionamiento.

El Consejo Mercado Común, entendiendo que se requería la opinión de juristas y especialistas, por Decisión N° 65/00 dispuso la constitución de un grupo especial denominado Grupo de Alto Nivel “GAN”, integrado por personas designadas por los Estados Partes, a fin de analizar y presentar la propuesta.

Finalmente, el 18 de febrero de 2002, en la Cumbre realizada en Olivos, en uno de los momentos económicos más críticos de la región, se suscribió el nuevo Protocolo. Era claro el mensaje de que ninguna crisis, aun la más severa, debe impedir el perfeccionamiento y profundización del proceso.

El Protocolo de Olivos innova en varios aspectos, el más relevante ha sido, sin lugar a dudas, la creación de un Tribunal Permanente, el cual oficia de órgano de revisión de los laudos emitidos por los Tribunales Ad hoc, o actúa directamente como instancia única, de mediar acuerdo entre los Estados Partes en la controversia.

La posibilidad de contar con jueces de mayor permanencia significa un gran avance para la seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del derecho del Mercosur y la construcción de una jurisprudencia que dé certeza jurídica y afirme el ordenamiento jurídico del Mercosur.

El Protocolo de Olivos establece también como competencia atribuida al Tribunal Permanente de Revisión la potestad de evacuar opiniones consultivas(22); constituye una importante innovación que deberá ser objeto de reglamentación. La fase opcional, antes obligatoria, ante el Grupo Mercado Común, da la posibilidad de acortar considerablemente los plazos.

Con un buen criterio, resuelve los posibles conflictos de foro que puedan presentarse, ante la diversidad de sistemas del cual pueden ser parte individual o colectivamente los Estados Parte.

22) Artículo 3°: Régimen de solicitud. El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos.

En tal sentido, se ha previsto una instancia opcional a favor del demandante de recurrir a otro foro igualmente obligatorio para las partes en conflicto, como el sistema de la Organización Mundial de Comercio, evitando de este modo interferir en la potestad de recurrir a otros órganos que puedan dirimir la misma controversia y no coartar derechos ya acordados respecto a instancias jurídicas.

El Protocolo de Olivos se constituye así en uno de los instrumentos, que con su entrada en vigor, habrá de agilizar enormemente la solución de las controversias que son propias de los procesos de integración, las que deben ser interpretadas en su adecuada dimensión, como productos de la dinámica propia del proceso de integración y no como falta de voluntad política en avanzar y profundizar el proceso.

LOS NUEVOS Y VIEJOS DESAFÍOS

Las diversas negociaciones, demasiado trascendentes para el futuro, marcan los nuevos desafíos, como lo es conformar en algún momento, de forma efectiva el Mercado Común del Sur. La estructura institucional y jurídica del Mercosur, la personalidad jurídica internacional con que cuenta, trabajosamente logradas, son un capital por demás importante que debe ser aprovechado al máximo.

Las negociaciones con la Unión Europea, sobre las bases establecidas en la segunda reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Mercosur y la Unión Europea realizada en Madrid en mayo de 2002, buscando una asociación estratégica interregional y una profundización del Acuerdo Marco de Cooperación celebrado en Madrid en 1995, pueden abrir un camino importante para superar las limitaciones del mercado exportador.

En la negociación para la conformación del ALCA(23) la unidad estratégica del Mercosur será fundamental, haciendo primar los intereses funda-

23) Los ministros de comercio de los 34 países participantes de la Cumbre presidencial de Miami, en diciembre de 1994 (la totalidad de los del Hemisferio Occidental con la excepción de Cuba) comenzaron sus labores con vista a la constitución del ALCA, en Denver, Colorado, EEUU, en junio de 1994. La creación del ALCA ha cobrado un importante impulso a partir del otorgamiento a George Bush en agosto de 2002, de la potestad de negociar por vía rápida los acuerdos comerciales.

mentales de los acuerdos de la región. La posición del Mercosur será la referencia que podría marcar una posición fundamental de América Latina.

CONCLUSIÓN

- La aparición del Mercosur dentro del sistema de integración implantado en el Cono Sur de América Latina, produjo un gran impulso a toda la intención integradora de los demás Estados, fue una enorme y positiva influencia, que persiste a pesar de las nuevas dificultades que se hacen presentes. En lo que lleva de vida ha sido el gran protagonista para afirmar una conciencia comunitaria en la región y la vía efectiva para una nueva modalidad de relacionamiento entre los Estados Partes.

- El Mercosur ha construido una base jurídica sobre la base de sus normas originarias y derivadas. Estos actos normativos han estructurado un verdadero ordenamiento jurídico de la integración, basados en los pilares en que se asienta la unidad constitutiva del Mercosur, el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto, no precisamente comunitario, pero bajo la idea de un interés común y el respeto creciente en la prevalencia de tal interés como mecanismo de aplicación de sus normas.

- Ouro Preto significó un punto positivo de adecuación y sinceridad de los Estados Partes, al reconocer que las metas habían sido demasiado optimistas, para alcanzar la construcción de un Mercado Común en cuatro años. No obstante, las puertas están abiertas para el momento en que los Estados Partes consideren que existen las condiciones adecuadas para avanzar nuevamente hacia dicho objetivo.

- Institucionalmente el Protocolo de Olivos innova en varios aspectos, el más relevante ha sido sin lugar a dudas, la creación de un Tribunal Permanente, el cual oficia de órgano de revisión de los laudos emitidos por los Tribunales Ad hoc, o actúa directamente como instancia única, de mediar acuerdo entre los Estados Partes en la controversia. La posibilidad de contar con jueces de mayor permanencia significa un gran avance para la seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del derecho del Mercosur y la construcción de una jurisprudencia que dé certeza jurídica y afirme el ordenamiento jurídico del Mercosur.

- El Mercosur ha superado ya numerosos escollos, los más recientes cuyos efectos persisten, guardan relación con la situación económica por la cual atraviesan los Estados Partes, que ha puesto nuevamente a prueba el pro-

ceso de integración; la respuesta dada en Olivos señala la convicción política de la importancia y relevancia que tiene el Mercosur para el futuro de la región, en especial para las negociaciones con la Unión Europea y en la construcción del ALCA.

- Por último, si bien la construcción del Mercado Común del Sur es una tarea pendiente, se han establecido las bases para su constitución, la experiencia de todos estos años es un enorme patrimonio que no es posible desperdiciar. Lo importante es persistir en los objetivos trazados, afianzar el compromiso democrático y la unidad regional como el más importante instrumento para luchar contra las desigualdades.



AMBITO SUJETIVO DEL CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Por Miryam Peña*

Antes de abordar este tema, es necesario puntualizar que la Ley 1702/01, a los efectos de la correcta interpretación y aplicación de las normas relativas a la niñez y adolescencia, define los siguientes términos: Niño: toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad; Adolescente: desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad; y, Menor adulto: desde los dieciocho años hasta alcanzar la mayoría de edad.

Conste que las definiciones precedentes no son coincidentes con la definición de: niño establecida por la Convención de los Derechos del Niño, conforme a la cual niño es: “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

La mayoría de edad consiste en la adquisición de la plena capacidad jurídica por el hecho de cumplir los años que la legislación de cada país requiera, y en las diversas ramas del Derecho: Civil, Mercantil, Laboral, etc. (Diccionario Jurídico, G. Cabanellas).

El Art. 36 del Código Civil del Paraguay dice: “Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente”. Es así que en nuestro país se

*) Miembro del Tribunal de Apelación del Trabajo, Segunda Sala. Asistente de las cátedras de Derecho Procesal Laboral del Sexto Curso y de Derecho de la Niñez y la Adolescencia del Segundo Curso y Encargada de Derecho Civil de las Personas del Segundo Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA.

adquiere la mayoría de edad a los veinte años de edad. En otros términos, menor de edad es toda persona que no ha cumplido veinte años, siendo menor adulto entre los dieciocho y veinte años. De acuerdo a la disposición del Art. 38 del C.C., el menor adulto tiene incapacidad de hecho relativa.

Por su parte, el Código de la Niñez y Adolescencia, en el Art. 1º consigna :“ Este Código establece y regula los derechos, garantías y deberes del niño y adolescente, conforme a lo dispuesto en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los instrumentos”.

Según este artículo 1º del Código, el menor adulto queda fuera de su ámbito de aplicación, lo que genera un serio problema, pues por un lado el menor adulto es menor de edad conforme expuse más arriba, y por ende carece de la capacidad plena para realizar su vida jurídica. Tiene una incapacidad relativa de hecho (Art. 38 C.C.), esto implica que goza de derechos pero no puede ejercerlo por sí mismo. Bien se sabe que para salvar esa dificultad, el C.C. establece la institución de la representación, que es ejercida en el caso de los menores por sus padres o en su defecto por sus tutores (Art. 40 C.C.).

Pero este derecho de representación no solamente tiene una relación directa con el instituto de la patria potestad y la tutela, sino que es un derecho-deber que se fundamenta en tales instituciones siendo una de sus manifestaciones más concretas. La patria potestad y la tutela no están reguladas en el C.C., el que remite expresamente su reglamentación al Código del Menor derogado (art. 248 C.C.), durante cuya vigencia no se presentaba el problema que ahora tratamos, pues el Código del Menor regulaba los derechos y garantías de los menores hasta los veinte años (art. 1), coincidiendo así con la mayoría de edad determinada en el C.C.. Todo esto cambia con la vigencia del Nuevo Código, que constituye actualmente el marco regulador de la patria potestad y la tutela, pero dicho ordenamiento jurídico, por disposición del art. 1º, solamente protege a los niños y adolescentes. Entonces, ¿qué implicancia tiene la patria potestad y la tutela en relación de los menores adultos?.

Reformulo la pregunta: ¿Cómo queda la situación del menor adulto (dieciocho a veinte años), que por un lado sigue teniendo incapacidad de hecho relativa y por tanto necesita de una representación para muchos aspectos de su vida jurídica (arts. 38, 40 C.C.), y por otro lado, no es sujeto del Código de la Niñez y Adolescencia?. ¡Vaya cuestión que resolver!.

La respuesta creo encontrar en primer término en la previsión del inc. e) del art. 71 del Código, que explicita entre los deberes y derechos de los padres

respecto de sus hijos: “la representación en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil”. Esta norma directamente nos indica que este aspecto de la patria potestad (la representación) a los efectos de salvar la incapacidad civil de los menores subsiste hasta que éstos lleguen a la mayoría de edad, o sea hasta que cumplan veinte años. Refuerza esta tesis los artículos 75, 149 y 150 del Nuevo Código que cita entre las formas de extinción de la patria potestad y la tutela: que el hijo o el pupilo alcancen la mayoría de edad. Estos preceptos, a pesar de la limitación establecida en el art. 1 del Código, al disponer que la patria potestad y la tutela terminan recién con la mayoría de edad, incorporan en el ámbito de aplicación del Código a los menores adultos, pero entiendo, limitado en el aspecto de la representación indicado en el inc. e) del art. 71. En todas las demás manifestaciones de la patria potestad, a mi juicio, las normas del Nuevo Código solamente afectan a los niños y adolescentes, cuestión que trataré más adelante.

Siguiendo con la idea de que sólo a los efectos de la “representación” rige la patria potestad y la tutela, y por ende el Nuevo Código, respecto del menor adulto, representación que es necesaria especialmente en ámbito patrimonial, es dable señalar que en todo el articulado que integra el Capítulo “De la Administración de los bienes de la patria potestad” (arts. 82 al 91), a diferencia de la normativa que integra los demás capítulos, se hace alusión al “hijo” y no al “niño y adolescente”, salvo en dos partes; cuando dice que se tomará en cuenta la edad del “niño y adolescente” para excluir el usufructo de los padres (art. 83, segunda parte) y cuando exige que la autorización de actos de disposición de los bienes será concedida sólo en atención al beneficio exclusivo del “niño y adolescente” (art. 84, segunda parte), pero creo que estas referencias excepcionales al niño y adolescente en el referido capítulo se deben solamente a deslices de técnicas legislativas (que muchos los hay), que en la circunstancia citada son superables, por cuanto que si tales exigencias se hacen respecto de los niños y adolescentes, más deben requerirse cuando se trata de menores adultos.

Además, Las disposiciones de los arts. 91 y 154, coherentes con el art. 71, inc. e), apoyan definitivamente la opinión arriba expuesta, pues estos artículos dicen que quien ha ejercido la patria potestad o la tutela en su caso, debe entregar los bienes del representado y rendir cuenta de su gestión al llegar éste a la mayoría de edad, lo que claramente significa que respecto de los actos de administración de los bienes del hijo, o del pupilo, los padres y tutores tienen derecho de representación hasta la mayoría de edad, o sea hasta que cumplan veinte años. De lo dicho, se infiere que también los menores adultos, aunque sea a los efectos de la administración y disposición de sus bienes, se encuen-

tran protegidos por las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia, como ya adelanté.

Conclusión. Por todo lo dicho, concluyo que el Código de la Niñez y Adolescencia, a pesar de su nombre y de limitar en el art. 1º los sujetos amparados por sus preceptos sólo a los “niños y adolescentes” (art. 1), abarca sin embargo en su normativa a los menores adultos, pero sólo excepcionalmente en cuanto a los actos de administración de sus bienes, quienes para tal efecto siguen representados por sus padres o tutores.

En todas las demás manifestaciones de la vida del menor, el Código restringe su normativa a los niños y adolescentes, reconociendo de esta forma una amplia autonomía a los menores adultos, salvo en el aspecto arriba señalado, todo lo cual es coherente con el principio de la autonomía progresiva consagrada en la Convención de los Derechos del Niño, que sabemos es su fuente de inspiración.

De esta forma, fuera de la situación excepcional puntualizada precedentemente que involucra al menor adulto dentro del Nuevo Código, todas las demás normas e instituciones del mismo únicamente consignan derechos, garantías y deberes del niño y adolescente, como por ejemplo:

a) Los derechos emergentes de la patria potestad (art. 71, incs. a, b, c, d).

Coherente con la conclusión arriba expuesta, todos los derechos-deberes emergentes de la patria potestad, a excepción del de representación, solamente tienen los padres respecto de sus hijos niños y adolescentes: el derecho de velar por su desarrollo integral, proveer su sostenimiento y educación, dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo, vivir con ellos. Repito, en cuanto a los supuestos previstos en los incs. e y f, ya expusimos que la patria potestad se extiende hasta que los hijos lleguen a la mayoría de edad.

b) De la convivencia y relacionamiento (arts. 92, 93, 94, 95) Estos artículos sólo estipulan normas respecto de la convivencia del niño y adolescente con sus padres. De esto se infiere que el derecho deber emergente de la patria potestad de vivir los hijos con los padres, no afecta a los menores adultos, quienes así pueden elegir libremente vivir en lugar distinto del hogar de sus padres.

c) De la asistencia alimenticia (arts. 97, 185). Estas disposiciones también aluden solamente al niño y adolescente, lo que implican que la obligación alimenticia de los padres emergentes de la patria potestad se extiende hasta que los hijos cumplan dieciocho años de edad; claro que al sobrepasar esta edad, los hijos siguen gozando del derecho alimentario pero fundado en la disposición del C.C., que establece el deber alimentario que nace del parentesco (arts. 256/265)

No desconozco que el art. 53 de la C.N. dispone el deber alimentario de los padres en beneficio los “hijos menores de edad”, pero la conclusión arriba expuesta no contradice esta norma constitucional, pues es claro que los hijos, aun los mayores de edad, gozan del derecho alimentario, como ya aclaré.

Además, debe considerarse que a los dieciocho años la persona ya se puede procurar su propio sustento, y está habilitado plenamente para incorporarse al mercado del trabajo.

d) De la autorización para viajar (art. 100). La exigencia de esta norma rige solamente para el niño y adolescente. En consecuencia, el menor adulto está habilitado legalmente para viajar al exterior sin necesidad de ninguna autorización de sus padres, ni del juez en su caso.

e) De la autorización para contraer matrimonio (art. 103). Entiendo que esta norma modifica los arts. 148 del C.C. y 20 de la Ley 1/92, que exigen la autorización de los padres o del tutor y en defecto de éstos del juez, para la celebración del matrimonio de menores, mientras que el Nuevo Código sólo dispone dicho requisito al matrimonio de los adolescentes. Por consiguiente, en mi opinión, los menores adultos están plenamente habilitados para contraer matrimonio, sin el requisito de la mencionada autorización.

Adviértase que los padres o tutores, en su caso, no representan al menor en el acto matrimonial, sólo les asiste. No se casa en nombre de ellos, solamente les otorga su consentimiento. Por otra parte, la falta del cumplimiento de la autorización referida no causa la nulidad del matrimonio, sólo tiene consecuencia en el aspecto patrimonial, pues la sanción consiste en que priva a los menores a elegir el régimen patrimonial del matrimonio hasta que cumplan la mayoría de edad, que quedan sometidos al régimen de separación de bienes (art. 149 C.C.). Todo ello nos indica que no existen razones eficaces para mantener el requisito de la autorización para el casamiento del menor adulto.

f) Derechos laborales (art. 52). Esta norma determina claramente dentro de su ámbito de aplicación a los adolescentes trabajadores. Esto no crea ningún problema por cuanto coincide con la mayoría de edad laboral, que se alcanza a los dieciocho años (art. 35 C.T.).

g) Infracciones de la ley penal (arts. 192, 236). Tampoco hay duda de que las disposiciones relativas a las “Infracciones de la ley penal” establecidas en el Código solamente rigen para el adolescente, o sea que, el menor adulto es tratado por la justicia penal ordinaria.

Síntesis. Claramente, toda la normativa del Nuevo Código, con excepción de las atinentes al derecho de representación del menor para los actos de administración y disposición de sus bienes, se refieren únicamente a los niños y adolescentes. Por ello, a mi juicio, los menores adultos sólo en forma excepcional y en muy contados supuestos son afectados por las normas del Nuevo Código, siendo sujetos naturales y genuinos de este ordenamiento jurídico los niños y adolescentes.

Propuesta. Para evitar situaciones confusas, poco claras, que dan lugar a diversas interpretaciones que conspiran contra la seguridad jurídica, en mi opinión, es necesaria e impostergable una reforma del Código Civil, fijándose el límite de la minoridad en dieciocho años, por: (1) razones de orden práctico: son muchos los menores de veinte años que ejercen el comercio, además el menor tiene plena capacidad para contratar laboralmente a los dieciocho años; (2) razones de orden psicológico: en la época actual existen motivos que aceleran la madurez intelectual y psíquica; (3) razones políticas: el voto se otorga a los dieciocho años y el servicio militar se debe cumplir también en dicha edad.

Observación. Debo explicar que las conclusiones expuestas son provisionales, sujetas a reconsideraciones, revisiones, enriquecimientos y aun modificaciones, si surgen circunstancias que así lo ameriten.



EL DERECHO SUCESORIO DEL CONYUGE SUPERSTITE EN EL CODIGO CIVIL PARAGUAYO*

Por Carlos Víctor Köhn Benítez**

ANTECEDENTES HISTORICOS

DERECHO ROMANO

La esposa heredaba en la Ley de las XII Tablas cuando se habla realizado la conventio in manu, que era el acto por el cual la esposa ingresaba a la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria. La mujer que ingresaba en la familia del marido (uxor in manu) ocupaba el lugar de hija (loco filiae); por lo tanto, sucedía ab intestato, como heredades sui, en el carácter de hija de su marido y de hermana de sus propios hijos. La conventio in manu cayó en desuso y acabó desapareciendo totalmente en el siglo III de Cristo. En la Ley de las XII Tablas, esta sucesión solo se podía efectuar a favor de la esposa y no del esposo, que es quien ostentaba la patria potestad.

Los pretores fueron los primeros en reconocer derechos sucesorios al cónyuge, varón o mujer, como tal. En el edicto Perpetuo se concedió la bonorum possessio unde vir et uxor, pero sólo se daba en las personas llamadas en la clase preferente. Esto equivalía a decir que el esposo o esposa sólo recibía la herencia de su respectivo cónyuge si no había parientes dentro del sexto grado (o séptimo si se trataba de hijos de primos segundos).

Justiniano, al darle una nueva configuración a la sucesión ab intestato, no contempló la sucesión del cónyuge, pero los comentaristas están de acuerdo

*) Ponencia presentada en las Terceras Jornadas de Derecho Comparado del Mercosur. Asunción, 16 y 17 de mayo de 2002.

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

en sostener que, como las novelas 118 y 127, no hicieron derogación específica, subsistió el llamamiento pretoriano unde vir et uxor, que era concedido a falta de dichos parientes (sin límite de grado) llamados a la sucesión por dichas novelas.

La posposición del cónyuge que figuraba en último lugar, fue parcialmente mitigada en cuanto a la esposa por la novela 117, que concedía a la “viuda pobre”, siempre que su marido gozase de buena posición, una porción viril de la herencia, si concurría con cuatro o más descendientes del difunto, y una cuarta parte de la herencia (cuarta uxoria), si concurría con menos. La viuda recibía la cuota en concepto de usufructo cuando concurría con sus propios hijos, y en propiedad, cuando concurría con otros parientes; y en ningún caso podía exceder de cien libras de oro. (Ver Derecho de Sucesiones de José Luís Pérez Lasala, Tomo II, año 1981, págs. 85/86).

DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

El Código de las Siete Partidas adoptó el sistema romano justiniano, pero limitó la sucesión de los colaterales hasta el décimo grado. Únicamente cuando no existían esos colaterales heredaba el cónyuge. “E si tal pariente non fuesse fallado (se refiere al pariente hasta el décimo grado), e el muerto auía muger legitima quando fino, hereda ella todos los bienes de su marido: esso mismo dezimos del marido, que hereda los bienes de su muger, en tal caso como en este”. Las Partidas también concedieron a la esposa la cuarta marital, aunque existieran hijos. Esa cuarta marital no podía pasar de cien libras en oro. (Ver Pérez Lasala. Obra citada, pág. 86).

DERECHO HISTORICO FRANCES

En las regiones de derecho escrito, dominó la legislación romano justiniana, con la diferencia de que la cuarta marital fue concedida lo mismo al marido que a la mujer.

En las regiones de derecho consuetudinario, dominó el principio de conservación de los bienes en la familia. Esta idea llegó a negar al cónyuge sobreviviente todo derecho sucesorio cuando concurría con familia legítima, llamándolo en el mejor de los casos en ausencia de todo heredero. Pero inversamente, encontramos una institución en beneficio de la mujer sobreviviente: la cuota de viudez (le donaire). Esa cuota era un derecho que otorgaba la costumbre a la esposa sobreviviente sobre los bienes propios del marido fallecido. En general, ese derecho consistía en un simple usufructo variando su extensión

según las costumbres. La costumbre de París fijaba la extensión de la cuota de viudez en la mitad de los inmuebles propios del marido.

La Ley de Nivoso del año dos, suprimió la cuota de viudez y los demás beneficios y se contentó con llamar al cónyuge a falta de parientes y con preferencia al fisco. El Código Francés adoptó luego el sistema de la Ley de Nivoso, sistema criticable, que leyes posteriores tuvieron que modificar profundamente.

Esta larga resistencia a reconocer derechos hereditarios al cónyuge, obedecía al propósito de evitar el traspaso de la fortuna de una familia a otra. Por eso, no se le atribuían los derechos sucesorios en propiedad, sino cuando no había herederos, habiéndolos se le concedía, en principio, una cuota en usufructo, suficiente para que pudiera vivir como antes del fallecimiento. (Ver Pérez Lasala, obra citada, págs. 86/87).

FUNDAMENTO DE LA SUCESION DEL CONYUGE

F. GARCIA GOVENA, en Concordancias del Código Civil Español, Madrid 1852, pág. 360, dice: “La Sección ha previsto el caso muy posible de morir un cónyuge intestato, y ha creído muy político y humano interpretar su voluntad a favor del compañero o compañera de toda su vida por un vínculo insoluble. Esta presunción es política porque realza el honor y santidad del matrimonio: es también humana, porque impide que el viudo o viuda pase repentinamente del bienestar a la mendicidad; es además muy racional, porque la razón se resiste a creer que haya querido el premuerto, que todos sus bienes pasen a otras manos, quedando tal vez sumido en la indigencia el partícipe de sus goces y comodidades, el que formó con él una misma carne”.

JOSE LUIS PEREZ LASALA, en su libro citado, Tomo II, N° 29, págs. 88/89, nos dice: “La sucesión intestada tiene su fundamento en el reconocimiento del orden natural de los afectos y en el interés familiar. La sucesión del cónyuge encuentra su fundamento precisamente en el afecto presunto del causante. Si en épocas históricas no se le ha reconocido derechos hereditarios al cónyuge, no es porque se haya negado ese afecto, sino porque otras consideraciones, principalmente político-económicas, influyeron decisivamente para negarles esos derechos”.

Claro está que para que pueda hablarse de afecto presunto del cónyuge causante hacia el sobreviviente, el matrimonio debe mantenerse en su integridad, lo que implica la exclusión del divorcio y de la separación de hecho de los

cónyuges. Mediando divorcio o separación, el afecto entre ellos no se puede presumir y entonces cesa la vocación hereditaria.

Los aspectos particulares que presenta la fundamentación de la vocación hereditaria intestada del cónyuge, lo estudiaremos en detalle al analizar los supuestos de exclusión del cónyuge.

POSICION EN EL SISTEMA SUCESORIO

Cuando se habla de sucesión del cónyuge, es porque existe un cónyuge heredero. Si no existe el mismo, habría sucesión de un hijo, de un hermano o de un padre, pero nunca de un cónyuge.

El cónyuge puede heredar en distintas situaciones jurídicas en concurrencia con otros parientes.

El cónyuge hereda la totalidad de los bienes que hubiera dejado su causante, bienes propios y gananciales, si no hay descendientes ni ascendientes con vocación hereditaria. Es el caso del cónyuge como único heredero.

La muerte de alguno de los cónyuges produce de pleno derecho la disolución de la sociedad conyugal. Corresponde liquidarla. Al efecto hay que separar lo que es capital propio de los cónyuges, aportado al matrimonio, de lo adquirido conjuntamente durante él.

NATURALEZA DE LOS BIENES

Nos interesa la distinción entre los bienes propios y bienes gananciales. En ese sentido, el art. 31 de la Ley N° 1/92 dispone: “Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

1) Todos los que pertenecen a la mujer o al marido, al tiempo de contraer matrimonio.

2) Los que el uno o la otra adquieran durante la unión por herencia, legado, donación u otro título gratuito.

3) Los que adquieran durante la unión a título oneroso si la causa o título de adquisición fuese anterior a la unión.

4) Los adquiridos con dinero propio o en sustitución de un bien propio, siempre que en el momento de la adquisición se haga constar la procedencia del dinero, que la compra es para sí y la cosa a la que sustituye, y el otro cónyuge lo suscriba.

5) La indemnización por accidentes, o por seguros de enfermedades, daños personales o vida, deduciendo las primas si ellas hubiesen sido pagadas con bienes comunes.

6) Los derechos de autor o patentes de invención.

7) Los aumentos materiales que acrecieran un bien propio formado un solo cuerpo con él.

8) Las pensiones, rentas vitalicias y jubilaciones a favor de uno de los cónyuges anteriores al matrimonio.

9) Los efectos personales y recuerdos de la familia, ropas, libros e instrumento de trabajos necesarios para el ejercicio de una profesión.

10) Las indemnizaciones de daños sufridos en un bien propio; y

11) El aumento de valor de un bien propio por mejoras hechas durante la vigencia de la comunidad y con bienes gananciales, dándose derecho al resarcimiento para el que no fuere titular del bien”.

Asimismo, el art. 32 de la citada Ley N° 1/92 refiere:

“Son bienes gananciales o comunes, los obtenidos durante el matrimonio:

1) Por industria, trabajo, comercio, oficio o profesión de cualquiera de los cónyuges.

2) Los obtenidos a título oneroso a costa del caudal común, tanto si se hace la adquisición a nombre de ambos cónyuges, como de uno solo de ellos.

3) Los frutos naturales y civiles devengados durante la unión y que proceden de bienes comunes, así como de los propios de cada cónyuge.

4) Las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la comunidad y a costa de los bienes comunes, aunque fueren a nombre de uno solo de los esposos. Si para la fundación de la empresa concurrieren capital propio y capital ganancial, la empresa será ganancial, reconociéndose al titular del aporte propio el derecho al resarcimiento en la proporción de su aporte de capital; y

5) Las ganancias obtenidas por uno de los cónyuges por medio del juego lícito, como lotería o afines u otras causas que eximan de restitución”.

En la sucesión del cónyuge, es esencial tener un conocimiento claro de los bienes propios y gananciales o situaciones jurídicas que se pueden presentar.

SUCESION DEL CONYUGE SOBRE LOS BIENES PROPIOS DEL CAUSANTE.

El art. 2586 del Código Civil dice: “El derecho hereditario del cónyuge supérstite sobre los bienes propios del causante será:

a) Igual al que corresponda a cada uno de los hijos del autor que concurren con él;

b) La tercera parte de la herencia, si concurren con él los padres del causante, y la mitad, si solo quedare uno de ellos;

c) La mitad, si fallecidos los dos suegros, concurriesen otros ascendientes; y

d) La totalidad, si no existieren descendientes ni ascendientes.

Inciso A): Igual al que corresponda a cada uno de los hijos del autor que concurren con él.

En los bienes propios del causante, el cónyuge recibe igual parte como si fuese un hijo del autor. Esto es igual que en el viejo derecho romano, en el sentido de que la porción hereditaria del cónyuge supérstite dependerá del número de hijos dejados por el causante. O sea, si quedan cuatro hijos, le corresponderá una quinta parte de los bienes propios del causante.

Su parte puede disminuir o aumentar, según sean más o menos los hijos del causante, herederos de la sucesión. Si queda un solo hijo, al cónyuge supérstite le corresponderá la mitad de los bienes del causante.

Inciso B): La tercera parte de la herencia, si concurren en él los padres del causante, y la mitad, si solo quedare uno de ellos.

Cuando muere el cónyuge, y no existieren hijos o descendientes y sobreviven al causante su padre y su madre, al cónyuge supérstite le corresponderá una tercera parte de sus bienes, los bienes relictos se distribuyen por cabeza.

En el supuesto, si sólo queda el padre o la madre del causante, al cónyuge supérstite le corresponderá la mitad de los bienes relictos.

Inciso C): La mitad, si fallecidos los dos suegros, concurriesen otros ascendientes.

Si fallecen los padres del causante, y con el cónyuge supérstite, concurren a la herencia otros ascendientes, cualquiera sea el número de éstos, al cónyuge supérstite le corresponde la mitad de los bienes relictos. En este caso, la ley le asegura al cónyuge supérstite la mitad de los bienes propios del cónyuge premuerto.

Inciso D): La totalidad, si no existieren descendientes ni ascendientes.

Cuando no concurren descendientes ni ascendientes, el cónyuge supérstite excluye a los colaterales, a los hermanos, primos, sobrinos, etc.

Los descendientes y ascendientes, mencionados por la ley, son matrimoniales o extramatrimoniales. El cónyuge supérstite hereda la totalidad de la herencia.

SUCESION DEL CONYUGE SOBRE LOS BIENES GANANCIALES DEL CAUSANTE

El citado art. 2586 del Código Civil no menciona ni nada dice sobre los bienes gananciales que hubieren pertenecido al causante.

Existen tres artículos del Código Civil que tratan de los bienes gananciales: el 2588, 2590 y 2591, que pasaremos a comentar.

A) El art. 2588 del Código Civil dispone: “El cónyuge que concurra con ascendientes o descendientes no tendrá parte a título de herencia en los bienes gananciales que hubieren correspondido al causante”.

Corresponde aclarar que el citado artículo se refiere a ascendientes o descendientes, legítimos o matrimoniales.

ELADIO WILFRIDO MARTINEZ, en su obra Derecho Sucesorio, año 1994, en la pág. 358, nos dice: “... Ya hemos dicho que los bienes de la sociedad conyugal están formados por los propios de cada uno de los esposos y de los gananciales. De acuerdo con el artículo 2588, al cónyuge supérstite le corresponde en la sucesión del causante: a) Retirar sus bienes propios; b) Recibir la mitad de los gananciales que como socio le pertenece; y c) Heredar en los bienes propios del extinto en la proporción prevista en el Código, conforme a la calidad y cantidad de los otros herederos que con él concurren. Pero no tiene parte alguna en los gananciales que correspondían al causante, si los otros herederos concurrentes son descendientes o ascendientes. Estos bienes gananciales pertenecen a estos herederos”.

LUIS DE GASPERI, en su obra Tratado de Derecho Hereditario, Tomo III, año 1953, pág. 102, al comentar el artículo 3576 del Código de Vélez, nos dice al respecto: “... Por aplicación de esta disposición, concurriendo el supérstite con ascendientes o descendientes, sólo hereda al premuerto en sus bienes propios, y retira lo suyo: la mitad de los gananciales. Si no existen bienes propios, el supérstite sólo recibirá su porción de socio, y no tendrá parte en los gananciales que correspondiesen al difunto. Caso es éste en el cual, no obstante, de ser heredero, es equiparado en su porción a los hijos y padres legítimos del difunto (arts. 3570 y 3571 del Código Civil), nada hereda. La otra mitad es repartida entre los herederos que concurren con el supérstite. El supérstite es así, en la hipótesis propuesta, un legitimario sin hijuela, singular resultado al cual Rébora califica de paradójico”.

B) El artículo 2590 del Código Civil fue modificado parcialmente por el artículo 53 de la Constitución Nacional y por la Ley N° 204 del 2 de julio de 1993.

Dicho artículo preceptúa: “El cónyuge sobreviviente, cuando concurre con ascendientes o descendientes extramatrimoniales, tendrá derecho a una cuarta parte sobre el haber líquido hereditario de gananciales. Este beneficio no existe cuando el cónyuge concurre con descendientes o ascendientes matrimoniales.

El cónyuge sobreviviente cuando concurre con ascendientes o descendientes extramatrimoniales, tendrá derecho sobre una cuarta parte sobre el haber líquido de gananciales”.

MIGUEL ANGEL PANGRAZIO, en su clásica obra Código Civil Paraguayo Comentado, Tomo V, año 1995, pág. 160, nos ilumina diciendo: “... Pero este beneficio no le alcanza al cónyuge cuando concurre con ascendientes o descendientes matrimoniales, en razón de que no son herederos más próximos al cónyuge y se entiende que puede haber una mejor relación para distribuir las cargas a que nos hemos referido. Este artículo fue modificado parcialmente por la norma constitucional, en su art. 53 y por la Ley N° 204, al quedar igualados todos los ascendientes, el derecho del cónyuge supérstite queda derogado y sólo tiene vigencia si concurren ascendientes extramatrimoniales”.

C) El art. 2591, apartado tercero del Código Civil con relación a la sucesión de los hijos extramatrimoniales dice: “Si aquellos concurrieren con el cónyuge supérstite y no hubiere hijos matrimoniales, les corresponderá el total del haber hereditario de gananciales, con deducción del veinticinco por ciento asignado al cónyuge sobreviviente como beneficio”.

El citado artículo 2591 del Código Civil, está modificado por el art. 53 de la Constitución Nacional, y por la Ley N° 204/93.

En ese sentido, el art. 53, apartado cuarto de la Constitución Nacional, dice: “Todos los hijos son iguales ante la ley”.

Conforme con la Ley N° 204/93, los hijos extramatrimoniales se equiparan a los matrimoniales. En los bienes propios como en los gananciales, tienen igual derecho los hijos matrimoniales y los hijos extramatrimoniales.

Con esta nueva modificación, en la sucesión, si concurren los hijos extramatrimoniales con el cónyuge supérstite, éste queda excluido de los bienes gananciales. El veinticinco por ciento asignado al cónyuge sobreviviente como beneficio, con la modificación mencionada, ya ha desaparecido.

SUCESION DEL CONYUGE QUE PERMANECE VIUDO Y NO TUVIERE HIJOS

El artículo 2589 del Código Civil nos dice: “El cónyuge que permaneciere viudo y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren al tiempo en

que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la tercera parte de los bienes que le hubieren correspondido al otro cónyuge en dichas sucesiones”.

En el Derecho Sucesorio, los parientes por afinidad no heredan. Con la citada norma transcrita, la nuera o el nuero, de parientes por afinidad, se transforman por imperio de la ley, en una heredera legitimaria, ésta es la opinión predominante de la doctrina, como puede verse en GUILLERMO A. BORDA, en su Tratado de Sucesiones, Tomo II, Año 1980, pág. 77.

Debe desecharse asimismo, de que la nuera entra en la sucesión de los suegros por representación, pues se trataría según esa tesis de una representación anómala. Pero, la representación es la característica del derecho de los descendientes, quienes suceden al causante en la misma parte que tenía el representado. En nuestro caso faltan estas notas típicas de la representación, de donde surge que la nuera hereda por derecho propio. La cuestión tiene importancia, porque si se tratara de una sucesión por representación, la nuera excluiría a todos los herederos excluidos por el hijo. Ver BORDA, Ob. cit., pág. 78.

En el art. 2589 del Código Civil se comprende a la nuera y al nuero.

Condiciones para heredar a los suegros:

a) Que el cónyuge supérstite se mantenga en estado de viudez, hasta el momento del fallecimiento del suegro o la suegra.

La ley exige que el cónyuge supérstite mantenga su estado de viudez, hasta el fallecimiento del suegro o la suegra.

Si el cónyuge supérstite contrae matrimonio, después de la muerte de los suegros y antes de haberse hecho la partición y adjudicación de los bienes, pues los trasposos hereditarios se producen de pleno derecho, a la época del fallecimiento, en nada perjudica la vocación hereditaria del cónyuge supérstite.

En caso de indignidad o desheredación del cónyuge premuerto, entendemos que el cónyuge supérstite queda excluido de la herencia de los suegros.

El cónyuge supérstite cuyo matrimonio ha sido anulado, aunque sea de buena fe, no conserva la vocación hereditaria. La ley dice que el cónyuge supérstite debe ser viudo o viuda, y no lo es cuando el matrimonio se anuló.

b) Que el cónyuge supérstite no tuviere hijos, o si los tuvo, no sobrevivieren a la muerte del abuelo o de la abuela.

La ley se refiere a los hijos comunes, a los hijos habidos del matrimonio del cónyuge supérstite con el cónyuge premuerto. En consecuencia, la existencia de hijos de un matrimonio anterior, como la de los hijos extramatrimoniales anteriores al matrimonio, no afectan la vocación hereditaria del cónyuge supérstite (Ver PEREZ LASALA, Ob. cit. pág. 167).

Los hijos adoptados por ambos cónyuges por adopción plena, impiden la vocación hereditaria del cónyuge supérstite, porque dichos hijos heredan por representación a los padres del adoptante.

Si el cónyuge supérstite concurre a la sucesión del suegro o suegra con otros herederos, siempre le corresponderá la tercera parte de los bienes que hubiese correspondido al cónyuge premuerto, y el resto de la herencia se repartirán entre los demás herederos, siguiendo las reglas de la sucesión intestada.

El cónyuge supérstite no representa al cónyuge premuerto. El cónyuge supérstite hereda por derecho propio. El cónyuge supérstite mantiene el derecho de acrecer, en el sentido que se manifiesta si no hay otros herederos; en tal supuesto, el cónyuge supérstite hereda el todo, la totalidad de la herencia, desplazando al fisco.

Esta situación jurídica es consecuencia del artículo 2575 del Código Civil, que dispone: “El pariente más cercano en grado excluye al más remoto”.

CAUSAS DE EXCLUSION DE LA VOCACION HEREDITARIA DEL CONYUGE SUPERSTITE

El artículo 2587 del Código Civil dice: “La sucesión entre esposos no tendrá lugar:

a) Cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrar el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una unión de hecho, haya o no hijos;

b) Si se hallaren separados por sentencia judicial, respecto del que hubiera dado causa para ello; y

c) Si los esposos estuvieren por mutuo consentimiento o de hecho, sin voluntad de unirse”.

Inciso A): La primera causa de exclusión del derecho a la herencia establecida en el art. 2587, existe cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrar el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes.

Este inciso necesita de tres condiciones para la exclusión del cónyuge sobreviviente del cónyuge premuerto: a) Que el causante se encuentre enfermo a la fecha del matrimonio; b) Que muriese de la misma enfermedad que padecía en el momento del casamiento; y c) Que el fallecimiento ocurra dentro de los treinta días siguientes al matrimonio.

A) Que, el causante se encuentre enfermo en la fecha del matrimonio: El matrimonio *in extremis* o artículo *mortis*, requiere la inminencia del peligro de muerte. J.B. Llerena, en su obra *Concordancia y Comentarios del Código Civil*, año 1931, tomo IX, pág. 402, dice: “Que, el matrimonio *in extremis*, a que se refiere el Código, como su nombre lo significa, es el que se celebra estando una persona postrada en cama, por una enfermedad peligrosa de la cual se cree que morirá. Para que tenga aplicación el artículo, es necesario que la enfermedad sea tal, que se crea, por su manifestación exterior, llegado al último extremo de la vida de un individuo, y que se pueda deducir que al casarse no han podido tener en mira formar una familia, por la falta de vivir del enfermo, sino únicamente que el casamiento ha tenido por objeto hacerse heredero del enfermo”.

Es suficiente que el contrayente esté afectado por una enfermedad de la cual morirá dentro de los treinta días de la celebración del matrimonio. Enfermedad que debe ser lo suficientemente grave. La enfermedad de cónyuge debe haber sido conocida por el viudo o la viuda al momento de contraer el matrimonio. La enfermedad debe ser grave y notoria.

La pérdida de la vocación hereditaria es una sanción que se aplica al cónyuge de mala fe, que celebra el matrimonio con el enfermo para captar o apoderarse de la herencia del otro cónyuge.

El inciso a) del artículo 2587 del Código Civil tiene una excepción: “... salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una unión de hecho, haya o no hijos”.

La situación de hecho a que se refiere especialmente la norma, es el concubinato, considerado éste como una relación estable, que implica vida en común, cohabitación pública y singular. El cónyuge sobreviviente para el supuesto de ser cuestionada su relación hereditaria, como dice Eduardo A. Zannoni, en su obra *El Concubinato*, año 1970, pág. 3; “la existencia del concubinato anterior a la celebración de las nupcias, con las características de singularidad, estabilidad, publicidad y posesión de estado”.

Existen otras situaciones de hecho, distintas del concubinato, como la existencia de hijos extramatrimoniales, que con el matrimonio de sus padres, van a adquirir la calidad de legitimados.

La carga de la prueba corresponde al cónyuge supérstite, que deberá probar la existencia anterior de una situación irregular, concubinato, hijos extramatrimoniales etc.

B) Que, muriese de la misma enfermedad que padecía en el momento del casamiento: La ley exige, para la exclusión de la herencia, que el cónyuge muera de la misma enfermedad que padecía en el momento del casamiento.

Si el cónyuge tenía cáncer dentro de los treinta días del matrimonio, debe morir de cáncer para la exclusión de la herencia.

Pero, si el cónyuge muere dentro de los treinta días del matrimonio de otra enfermedad, como un infarto, derrame, accidente de aviación o de tránsito, la vocación hereditaria existe y queda intacta.

C) Si lo estuvieren por mutuo consentimiento, o de hecho, sin voluntad de unirse. El citado inciso consta de dos partes:

1) Si los contrayentes estuvieren separados por mutuo consentimiento: El art. 167 del Código Civil dispone: “Los esposos pueden, cualquiera sea el país donde celebraron su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpos por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurridos dos años de vida matrimonial”.

La separación judicial del cuerpo, sin expresión de causa y después de dos años de la celebración del matrimonio, es causa de exclusión hereditaria. Los cónyuges ya no se heredan.

2) ... o de hecho, sin voluntad de unirse. En la separación de hecho, sin voluntad de unirse, pueden presentarse varias situaciones jurídicas. Ambos cónyuges pueden ser culpables o sólo uno de ellos.

Cuando ambos cónyuges son culpables de la separación de hecho sin voluntad de unirse, existe exclusión de la herencia, los cónyuges ya no se heredan. Pero, si uno de los cónyuges es culpable de la separación y el otro es inocente, en doctrina existen criterios diferentes:

a- En la Argentina, el artículo 3575 del Código de Vélez fue modificado por la Ley 17711. Atendiendo el elemento subjetivo, “el cónyuge inocente conserva su vocación hereditaria”. Ver Derecho Civil Sucesiones, de Eduardo Prayones, año 1957, págs. 186/187; Tratado de las Sucesiones, de Jorge O. Maffia, Tomo II, págs. 381/382.

b- El segundo criterio doctrinal es que en todos los casos, culpables o inocentes, los cónyuges separados de hecho sin voluntad de unirse ya no se heredan. Criterio adoptado por nuestro Código Civil, inspirándose en De Gásperi.

El mismo autor, en su obra citada, Tomo III, pág. 87, dice:

“Según este sistema, la herencia recogida por el supérstite inocente, sería el precio de su resignación a la grave ofensa inferídale en vida por el difunto, ejemplo nada edificante para los hijos, si los hay, tempranamente así instruidos por su padre o madre de cómo es posible sacar ventaja de su misión. Tan poca dignidad hay en que el culpable hereda al inocente, como que éste recoja la herencia del culpable”.

Nuestro Código Civil, siguiendo al maestro De Gásperi, no receptó la reforma del art. 3575 del Código Civil Argentino.

DIVORCIO VINCULAR, CAUSAL DE EXCLUSION HEREDITARIA

Por la Ley N° 45 del 1° de octubre de 1991, se admite el Divorcio Vincular.

El Art. 1 dice: “Esta ley establece el divorcio que disuelve el vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados a contraer nuevas nupcias. No hay divorcio sin sentencia judicial que así lo decrete”.

El Art. 19 dice: “El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal, y extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados”.

El texto legal dice claramente que el divorcio extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados.

La ley no tiene en cuenta la culpa o inocencia de los divorciados. En cualquiera de los casos, los cónyuges divorciados carecen de vocación hereditaria recíproca.

Los cónyuges divorciados ya no se heredan entre ellos. Con la sentencia de divorcio vincular, desaparecen los fundamentos de la herencia, al desaparecer todo afecto o amor entre los cónyuges.

El Art. 9 de la Ley 45/91 dice: “Los cónyuges que antes de la vigencia de la presente Ley, hayan obtenido sentencia que declaró la separación de cuerpos, podrán presentarse al juzgado de primera instancia en lo civil y comercial de turno, solicitando que se declare el divorcio con el alcance del Art. 1 de esta Ley”.

NUEVO MATRIMONIO POR PRESUNCION DE FALLECIMIENTO Y REAPARICION DEL AUSENTE.

Nuestro Código regula la presunción del fallecimiento desde el Art. 63 al Art. 72. La Ley de Divorcio N° 45 del 1° de octubre de 1991, trae una innovación muy importante en su Art. 8 que dispone: “El fallecimiento presunto decretado por el Juez, autoriza al cónyuge a contraer nuevo matrimonio. La reaparición del presunto fallecido no acarrea la nulidad del nuevo matrimonio”.

La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento permite que se abra la sucesión del ausente.

Pero si el declarado muerto reaparece, luego de que el cónyuge presente haya contraído nuevas nupcias, cómo quedan el matrimonio anterior y el nuevo en relación al derecho sucesorio?

Conforme a Borda, libro citado, pág. 73, ambos cónyuges pierden la vocación hereditaria, tanto el que volvió a casarse, como el ausente reaparecido. Esta es la solución racional, lógica y que debe primar. Sin embargo, en nuestro sistema sucesorio extrañamente ocurre lo contrario.

En efecto, como dicen Enrique B. Bordenave y Hugo Duarte Rodi, en la obra “Derecho Sucesorio en el Código Civil”, pág. 136, año 1993, en este caso últimamente mencionado, cabe acotar, así como en el que podría resultar del Art. 8 de la Ley 45/91: “... si reapareciere el anterior cónyuge declarado ausente con presunción de fallecimiento de una persona que ha vuelto a casarse, conforme a dicha norma, podrían existir DOS VIUDAS O VIUDOS, AMBOS CON DERECHO A HEREDAR”.

Lo grave del artículo adoptado por la Ley de Divorcio es que después de decretarse por el Juez el fallecimiento presunto del ausente, y el cónyuge presente contrae nuevo matrimonio, si reaparece el presunto fallecido, no acarrea la nulidad del nuevo matrimonio.

El artículo 22 de la Ley de Divorcio N° 45/91 estatuye: “El matrimonio válido celebrado en la república se disuelve por la muerte de uno de los esposos y por el divorcio vincular. Igualmente se disuelve en el caso del matrimonio celebrado por el cónyuge del declarado presuntamente fallecido”.

El citado Art. 8, adoptado, debe ser reformado conforme a la doctrina de Borda que hemos citado.

NULIDAD DEL MATRIMONIO Y LA VOCACION HEREDITARIA

Los cónyuges de un matrimonio declarado nulo no tienen vocación hereditaria. La buena o mala fe de los contrayentes carece de trascendencia jurídica a los efectos sucesorios.

El Art. 184 del Código Civil dice: La sentencia que declare la nulidad de un matrimonio tendrán los siguientes efectos:

a) si ambos cónyuges lo contrajeron de buena fe, producirá los efectos de un matrimonio válido hasta la fecha de la sentencia. En adelante, cesarán los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, con excepción del deber recíproco de prestarse alimentos en caso necesario. Cesará igualmente la sociedad conyugal;

b) cuando medió buena fe de parte de uno de los esposos, se producirán a su respecto los efectos de una unión válida hasta el día de la sentencia. El cónyuge de mala fe no tendrá derecho a alimentos, ni a ventaja alguna otorgada por el contrato matrimonial, ni los derechos inherentes a la patria potestad respecto de los hijos, pero sí las obligaciones; y

c) si ambos cónyuges actuaron de mala fe, el matrimonio no producirá efecto alguno, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente. En cuanto a los bienes, se aplicarán las normas que rigen las uniones de hecho, en su caso, o las sociedades de hecho.

Inciso a): Si ambos cónyuges lo contrajeron de buena fe, producirá los efectos de un matrimonio válido hasta la fecha de la sentencia, que debe estar ejecutoriada. Confirmada la sentencia, cesarán los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, salvo el deber recíproco de alimentos.

Inciso b): Si medió buena fe de parte de uno de ellos, se producirán a su respecto los efectos de una unión válida hasta el día en que la sentencia quede ejecutoriada. El cónyuge de mala fe no tendrá ningún derecho, ni siquiera al de alimentos.

Inciso c): Si ambos cónyuges actuaron de mala fe, no producirá efecto alguno. En cualquiera de los tres casos citados, la nulidad del matrimonio hace desaparecer todo efecto jurídico del matrimonio, y no existe vocación hereditaria entre los antiguos esposos.

EL DERECHO HEREDITARIO EN LA ADOPCION PLENA

El Art. 2594 del Código Civil dice: “Si la adopción fuese plena, el adoptante hereda al adoptado, excluyendo al padre de sangre, con excepción de los bienes que el causante hubiere recibido por actos de liberalidad de sus parientes de sangre. Sobre estos bienes, hereda el padre de sangre, con exclusión del adoptante”

La regla que da el artículo mencionado, es que el padre adoptante excluye a los padres de sangre en el derecho hereditario, salvo la limitación de la última parte del citado artículo 2594.

El art. 2595 del Código Civil dice: “El adoptado, sea por adopción plena o simple, hereda al adoptante como hijo matrimonial con derecho de representación”.

LA SEPARACION DE BIENES Y LA VOCACION HEREDITARIA

La separación de bienes está prevista por los artículos 53 y 54 de la Ley Nº 1/1992.

El art. 613 del Código Procesal Civil, que establece que se puede pedir la separación de bienes entre cónyuges, sin expresión de causa, está modificado por el citado artículo 53 de la Ley 1/92. Actualmente, el pedido de disolución y liquidación ya no puede formularse sin expresión de causa.

Entendemos que los cónyuges separados de bienes, pero que hacen vida conyugal normal y viven juntos, se heredan recíprocamente. El vínculo matrimonial sigue intacto.

En este caso concreto, los cónyuges se heredan recíprocamente como un hijo más, se le da la parte que le corresponde a un hijo, en la repartición de bienes del cónyuge premuerto.

VOCACION HEREDITARIA DE LOS CONYUGES EN CASO DE BIGAMIA

Cuando una persona casada cuyo matrimonio subsiste, contrae nuevas nupcias con otra persona, diferente a su consorte, estamos ante un caso de bigamia.

La bigamia declarada constituye un caso de nulidad del segundo matrimonio, pero ¿cómo queda la vocación hereditaria del cónyuge de buena fe, del segundo matrimonio?.

En nuestro Código Civil no existe el equivalente al art. 1316 del Código Civil Argentino que dice: “Si ha habido bigamia y en el segundo matrimonio aparente la mujer ha sido de buena fe, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución”.

A) El art. 184 del Código Civil, en relación a la sentencia que declare la nulidad de un matrimonio, en su inc. b) dice: “Cuando medió buena fe de parte de uno de los esposos, se producirán a su respecto los efectos de una unión válida hasta el día de la sentencia”.

Cuando en la bigamia, en el segundo casamiento, uno de los cónyuges es de buena fe, no sabía que el otro era casado, se le consideraba un soltero, la ley reputa válido en todos sus efectos jurídicos, hasta el día de la sentencia. Es decir, el cónyuge de buena fe, en el segundo matrimonio, desde el día de la celebración hasta el día de la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, la unión matrimonial es perfectamente válida.

Entendemos que en el caso mencionado, en la bigamia, el cónyuge de buena fe conserva su vocación hereditaria, y se deben seguir las pautas del art. 1316 del Código Civil Argentino omitido. La equidad, la lógica jurídica y el art. 184 inc. b) primera parte amparan este criterio jurídico.

B) En caso de bigamia, cuando el cónyuge es de mala fe, es decir, sabía que el otro cónyuge era casado, se aplica el art. 184 inc. b) segunda parte del C. Civil que dice: “El cónyuge de mala fe no tendrá derecho a alimentos ni ventaja alguna otorgada por el contrato matrimonial, ni los derechos inherentes a la patria potestad respecto de los hijos, pero sí las obligaciones”.

Cuando la sentencia anula el matrimonio del cónyuge de mala fe que contrajo nupcias con el bigamo, el matrimonio no producirá efecto alguno, no existe vocación hereditaria. El bigamo y el cónyuge de mala fe, recíprocamente, no se heredan. Se considera un matrimonio nulo, para todos los efectos legales, salvo algunas obligaciones.

REGIMEN DE ALIMENTOS

La obligación de prestar alimentos es de carácter recíproco.

La obligación alimentaria de los esposos reviste carácter asistencial y no indemnizatorio.

No se debe olvidar que el deber de proporcionar alimentos entre los esposos, o entre padres e hijos menores, es de distinta índole que entre los demás parientes, de manera que el incumplimiento o la imposibilidad del esposo de suministrar alimentos no transfiere automáticamente esa obligación a los suegros. Para que éstos resulten obligados, se debe probar la solvencia de los suegros.

La obligación de prestar alimentos entre cónyuges no se encuentra subordinada a la existencia o no de gananciales, siendo de recordar que en este juicio sumario, no es darle la discusión sobre el derecho a percibir. (Ver Busso, Código Civil Anotado, Tomo II, pág. 232, N° 54).

Por otra parte la justificación, aproximada por lo menos, del caudal del que debía darlo, puede rendirse, por información sumaria de testigos, estando su fuerza probatoria sujeta a la regla de la sana crítica sin perjuicio de admitirse un criterio de amplitud, impuesto por la naturaleza de los hechos. (Ver Alsina, Tratado, Tomo V, pág. 513).

La obligación de prestar alimento entre esposos se funda en la existencia del vínculo matrimonial y no en el derecho a la cohabitación; prueba de ello es que cuando este derecho cesa, como ocurre en el caso de divorcio, la obligación de suministrar alimentos subsiste.

La Ley de Divorcio N° 45/91, en su Art. 20 dice: “El cónyuge no declarado culpable conservará su derecho alimentario respecto del otro, pero ese derecho se extinguirá si contrae nuevo matrimonio, si vive en concubinato o incurriera en injurias graves contra el otro cónyuge. La mujer divorciada no usará el apellido del que fuera su cónyuge”.

Mientras existan el matrimonio y la cohabitación, el Art. 154 del Código Civil exige a los esposos el deber de la mutua asistencia.

Conforme al Art. 258 del Código Civil, están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos, Inc. A): “los cónyuges”. De esta forma en principio, cualquiera de los cónyuges podrá asumir el carácter de legitimado activo o pasivo.

En la comunidad de bienes dentro del matrimonio, corresponde a ambos esposos conjunta o indistintamente a cada uno de ellos, la gestión y administración de los bienes gananciales. Mientras subsista la comunidad la mujer gozará de legitimación activa para requerir alimentos al esposo. (Ver Art. 50 de la Ley N° 1/92, porque el art. 194 del Código Civil fue derogado).

Cuando en el matrimonio se opta por el régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ser actor o demandado.

En la separación de hecho, como la obligación recíproca de alimentos, nace del matrimonio, ambos cónyuges están legitimados, conforme a los arts. 154 y 258 del C. Civil, conforme al ya derogado art. 162 del C. Civil, la obligación de mantener a la esposa cesa para el marido, por el abandono que ella hiciera sin justa causa del domicilio conyugal, si rehusare volver a él.

Este art. 162 del C. Civil fue derogado por los arts. 76 y 77 de la Ley 1/92.

El art. 77 de dicha Ley, dice: “No existe obligación de suministrar alimentos al cónyuge declarado judicialmente culpable del divorcio o de la separación personal”.

Conforme al art. 258 del C. Civil, cualquiera de los esposos, separado de hecho y separado de bienes, podrá requerir alimentos al otro cuando el patrimonio no alcance para subvenir las necesidades y los bienes del alimentante sean suficientes.

Las causales de separación de cuerpos están dadas por el art. 170 del C. Civil. Conforme al art. 174 del C. Civil, el cónyuge inocente tiene derecho a reclamar alimentos. El cónyuge culpable, únicamente si careciere de recursos para su manutención.

Conforme a los arts. 51 de la Constitución Nacional y 217 y cc. del C. Civil, mientras exista la unión extramatrimonial, la concubina tiene derecho a reclamar la prestación de alimentos al concubino, la ley admite una sociedad de hecho entre los concubinos, que se presume cuando la relación duró más de cuatro años.

Las uniones denominadas “simples” entre personas que carecen de capacidad para contraer matrimonio, como un casado y una soltera o que no revisten los caracteres de publicidad y estabilidad, no confieren legitimación alguna para pretender alimentos.

Conforme a la Ley 1680/2001, Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 97, apartado 2º: “una mujer embarazada podrá reclamar alimentos al padre del hijo. Los alimentos comprenden también la obligación de proporcionar a la madre los gastos que habrán de ocasionar el embarazo y el parto”. Entendemos que esta protección especial prenatal se otorga a la mujer grávida casada, aun separada de hecho o divorciada de buena fe, a la unida en concubinato.

La separación de bienes no provoca el cese de la obligación de los esposos entre sí de proporcionarse alimentos.

Entre los cónyuges separados de bienes, los alimentos proceden sólo si se prueba el estado de necesidad. Los cónyuges separados de bienes que no se hallen en estado de necesidad, deben mantenerse con sus propios bienes.

DERECHO REAL DE HABITACION

El art. 2280 del C. Civil dispone: “Por el derecho real de uso el propietario de una cosa no fungible confiere a otro la facultad de servirse de ella, y tratándose de un fundo la de percibir sus frutos en la medida que sea preciso para satisfacer las necesidades del usuario y su familia, con cargo de conser-

var la sustancia de la cosa. Si el derecho constituido por el propietario se refiere a una casa y a utilidad de morar en ella, se llama en este Código, derecho de habitación”.

El art. 2282 del C. Civil asimismo nos dice: “El derecho de uso y el de habitación se limitan a las necesidades personales del beneficiario y su familia, entendido por tal el cónyuge del titular, sus descendientes, así como las personas a quienes el usuario o habitador debe alimentos, con tal que unos y otros vivan con él y las personas a su servicio”.

En ese orden de ideas, el art. 2460 del citado cuerpo legal dispone: “El heredero, salvo disposición en contrario del testador, está obligado respecto de los miembros de la familia del causante, a quienes éste atendía, y que habitaban con él cuando se produjo su fallecimiento, a mantenerlos en las mismas condiciones durante un mes a partir de la apertura de la sucesión, y a concederles por este tiempo el uso de la habitación y de los enseres. Si el testador dispusiere de otra manera, se aplicarán las disposiciones relativas a los legados”. La fuente del art. Citado viene del art. 3146 del anteproyecto de De Gásperi.

El art. 12 de la Ley de Divorcio N° 45/91 dice: “En caso de vivienda única, propiedad de la sociedad conyugal, el cónyuge que detentare la tenencia de los hijos, mientras sean menores de edad, podrá oponerse a su liquidación y partición, quedando a salvo los derechos de terceros anteriores al inicio de la demanda de divorcio. El juez ordenará su inscripción en el registro respectivo. Este derecho cesa a la mayoría de edad de los hijos”.

En el Derecho Civil paraguayo, como puede verse, el derecho de habitación en el matrimonio, en el divorcio y en el derecho sucesorio, está deficientemente reglamentado.

Nos hace falta un art. similar al 3573 bis del Código Civil Argentino, que dispone: “Si a la muerte del causante éste dejare sólo un inmueble habitable como integrante del haber hereditario, y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepase el indicado como límite máximo a la vivienda, para ser declarada bien de familia y concurrieran otras personas con vocación hereditaria o como legatarios”, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”.

FUNDAMENTOS

La nueva disposición tiene por objeto proteger al viudo o viuda en caso de fallecimiento de su consorte para que pueda seguir habitando, en forma vitalicia y gratuita, el inmueble que había constituido el hogar conyugal. Se pone así un freno a la posible actitud de los hijos u otros coherederos, tendiente a obtener la división de los bienes hereditarios con peligro de desamparo del cónyuge sobreviviente. (Ver Pérez Lasala, obra citada).

El derecho reconocido en el art. 3573 bis, tiene carácter asistencial.

Los presupuestos del derecho real de habitación son:

1) Que el causante haya dejado un solo inmueble habitable, como dice Borda, la frase debe entenderse así: “Un solo inmueble habitable disponible para efectuar la partición, una vez pagadas las deudas y cargas de la sucesión. Habitable significa que el inmueble esté destinado a vivienda y que esté desocupado”.

2) Que hubiera constituido el hogar conyugal. El inmueble debe ser el hogar donde ambos esposos vivieron juntos al morir uno de ellos. Para que el cónyuge supérstite siga habitando el inmueble hasta su muerte.

3) Que la estimación del inmueble no sobrepase del límite máximo para que la vivienda pueda ser declarada bien de familia.

4) Que el cónyuge supérstite concorra con herederos o legatarios.

CARACTERES

- a) Es un derecho real, que nace directamente de la ley;
- b) Es vitalicio;
- c) Es gratuito;
- d) No se puede ceder ni locar;
- e) Es renunciable y modificable;
- f) Es inembargable.

El derecho de habitación no constituye causal de indivisión forzosa respecto del inmueble.

El beneficiario del derecho de habitación es parte en el proceso sucesorio, como heredero, o como socio interesado en la liquidación.

En el derecho sucesorio paraguayo se necesita incorporar al C. Civil un artículo similar al art. 3573 bis del C. Civil Argentino.

DERECHO REAL DE USUFRUCTO

Nuestro C. Civil legisla el usufructo, del art. 2230 al art. 2266.

En el derecho sucesorio, sólo se menciona el usufructo en los artículos 2559 inc. b), 2604, 2605 y 2266.

El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro.

La esencia del usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, en donde el usufructuario no tiene derecho de disponer de la cosa.

En el ejercicio del usufructo, el uso y goce de la cosa no deben alterar su sustancia. Se altera la sustancia, cuando la cosa deja de ser lo que fue, cuando se alteran sus elementos y cualidades esenciales.

El usufructo es por esencia temporal, su máxima duración es mientras vive el usufructuario. Si se trata de una persona jurídica, si no se hubiese determinado el plazo, fenece a los treinta años, conforme al art. 2264 inc. b) del C. Civil.

El usufructo es divisible, porque varias personas simultáneamente pueden ser constituidas.

El usufructo puede ser constituido por contrato oneroso o gratuito, por actos de última voluntad, puede surgir de la ley, etc.

Por el art. 2559 inc. b) del C. Civil, los padres podrán en vida partir por donación sus bienes propios o gananciales a favor de sus descendientes.

Los padres podrán reservarse el usufructo de los bienes o gravarlas en hipoteca para garantizar una renta vitalicia a su favor y disponer que el usufructo o la renta, beneficien íntegramente al cónyuge supérstite, todo sin perjuicio de los derechos de los descendientes, cuando se afectare la legítima en la sucesión del premuerto.

El art. 2604 del C. Civil dice: “Cuando la disposición testamentaria consistiere en un usufructo, uso, habitación o renta vitalicia, los herederos forzosos tendrán opción a ejecutar la disposición o a entregar al beneficiario, en plena propiedad, la parte disponible. Esta disposición no se aplica cuando la manda del testador es de la nuda propiedad, ni a los casos en que haya que reducir las disposiciones testamentarias o las donaciones entre los favorecidos por ellos”.

El art. 2605 del C. Civil dice: “Si el causante ha entregado por contrato en plena propiedad algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva al usufructo, el valor actualizado de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima”.

El art. 2266 del Código Civil dispone: “Terminado el usufructo por muerte del titular, la familia de éste dispondrá de noventa días para desocupar el inmueble que habitare sin cargo alguno de alquiler por la ocupación. Las personas jurídicas y asociaciones registradas gozarán de igual término para el desalojo del inmueble en que funcionaren, contado desde su disolución, cuando ésta se produjere antes de vencer el plazo”.

Entendemos que los citados artículos del C. Civil son los únicos que hacen relación al usufructo en el derecho sucesorio.

LA LEGITIMA ENTRE CONYUGES

El art. 2597 del C. Civil dice: “La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia, de la que no puede disponer el causante”. La legítima no existía en el D. Romano, recién existió o fue creado en el año 542 por Justiniano.

La legítima existe en los países de raza latina. En los países anglosajones, se rechaza la legítima y se adopta el sistema de la libertad de testar, como en Inglaterra, Canadá y en numerosos estados de los Estados Unidos.

Eduardo Zannoni en su obra Derecho de Sucesiones, Tomo II, pág. 168, bien dice: “Quien no tiene derecho a la herencia, tampoco lo tiene a la legítima”.

La legítima futura es irrenunciable, conforme a los arts. 2452 y 697 del C. Civil. Pero, conforme al Art. 2450 del citado cuerpo legal, se puede renunciar a la herencia, y por supuesto, a la legítima.

La legítima es inviolable; se concede por ley al heredero forzoso y el causante no la puede vulnerar. Si existe donación inoficiosa, se remedia; con las acciones de colación entre parientes y reducción con terceros.

La legítima puede ser sustituida, (ver Salvador Fomeilles, obra Tratado de Sucesiones, pág. 81).

Por el art. 2544 del C. Civil, se debe traer a la masa hereditaria, el valor de los bienes recibidos del causante.

Conforme al art. 2598 del C. Civil, cuando no existan descendientes ni ascendientes, es la mitad. La legítima del cónyuge supérstite se refiere a la mitad de los bienes propios y gananciales del causante.

CONCLUSION

La institución del matrimonio está en profunda crisis. Cristo elevó el matrimonio a la categoría de Sacramento. Juan el Bautista perdió su vida en tiempos de Herodes para defender la institución del matrimonio. Al igual que en Inglaterra por la misma razón, lo hizo Tomas Moro, en tiempo de Enrique VIII, quien inclusive fundó la religión anglicana, para contraer nuevas nupcias.

Implantar nuevamente las enseñanzas de la moral y la religión en las escuelas y colegios, como antes, será la esperanza de que termine la corrupción en todos los órdenes.

De nada sirve tener la mejor ley, si se ha perdido la escala natural de valores en la vida. De qué sirve, por lo tanto, hablar del derecho sucesorio entre cónyuges, si en algunos países europeos, se permite por ley, el casamiento entre personas del mismo sexo.



TESTAMENTOS*

Por Lilia Añazco de Ayala**

VOCACIÓN TESTAMENTARIA

La sucesión se denomina testamentaria cuando se difiere por voluntad del hombre manifestada en testamento válido.

El testamento es fuente de llamamientos específicos, valiéndose así la voluntad del titular de disponer del patrimonio en ese carácter, para después de su muerte.

En nuestro derecho toda persona capaz de manifestar su voluntad, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra forma de denominación propia para expresar su voluntad.

El testamento es el acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley para el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.

El testamento no sólo prefigura un acto de disposición patrimonial, ya que éste puede contener sólo disposiciones de orden extrapatrimonial, como el reconocimiento de hijos (art. 231 CC), nombramiento de tutores a los hijos menores (art. 116 CNA), de curadores (art. 272 y sgts. CC), dar destino a correspondencia, condecoraciones, títulos, también lo referente al cadáver, inhumación, sepultura, etc.

*) Ponencia presentada en las Terceras Jornadas de Derecho Comparado del Mercosur. 16 y 17 de mayo de 2002.

**) Profesora Asistente de Práctica Notarial del Cuarto Curso y Encargada de Cátedra de Derecho Civil (Contratos) del Quinto Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA.

La doctrina moderna prefiere definir al testamento como un acto unilateral y unipersonal, mediante el cual una persona dispone de sus intereses patrimoniales y extrapatrimoniales para después de su muerte.

Podemos decir que el testamento es perfecto desde la muerte del testador y no depende como acto jurídico de su aceptación.

Si el instituido fallece sin haber aceptado, transmite su derecho a sus sucesores.

En cuanto al legado se presume aceptado mientras no sea repudiado y si el instituido fallece sin haberlo aceptado expresamente, transmite su derecho a sus herederos.

El carácter unilateral del testamento tiende a preservar fundamentalmente su revocabilidad, ya que la sola voluntad del testador basta para revocarlo, por tanto puede hacerlo hasta el día de su muerte.

NATURALEZA JURÍDICA

El testamento es un negocio jurídico, un precepto de autonomía privada dirigido a la reglamentación de una situación jurídica, la que se origina al quedar sin titular los bienes, derechos y obligaciones de su autor.

Es un negocio jurídico perfecto ab initio y a ese tiempo se estará para ver si concurren los presupuestos de validez (capacidad, ausencia de vicios de la voluntad, etc.)

CARACTERES

Las características del testamento como negocio jurídico son las siguientes:

1. Unilateralidad

El testamento es obra de una sola persona, ya que dos o más personas no pueden testar mancomunadamente, un testamento no puede hacerse en un mismo acto por dos o más personas, sea a favor de un tercero sea a título de disposición recíproca y mutua, lo cual no excluye a los testamentos separados, aunque uno hubiera sido otorgado en miras al otro, o ambos coincidan en beneficiar a la misma persona. (art. 2612 C.C)

2. Personalidad.

Es un acto personalísimo, queda sujeto al arbitrio del testador el nombramiento de herederos o legatarios, la fijación de las cuotas en el caso de los herederos o la del objeto del legado en el de los legatarios. (art. 2613 CC)

3. No receptividad

La declaración de voluntad testamentaria no requiere ser conocida por los interesados (herederos, legatarios, beneficiarios etc.) para los efectos correspondientes.

4. Formalismo

La voluntad testamentaria se ha de manifestar necesariamente a través de las formas predeterminadas por la ley, de modo que si no se cumplen, no puede reconocerse su existencia (arts. 303; 357 inc. 2620; 2621; 2622; 2623; 2624; CC)

5. Revocabilidad

Es esencialmente revocable hasta el momento de la muerte (art. 2702 y sgtes. CC)

6. Eficacia post mortem

El testamento despliega sus efectos a la muerte del autor (art. 2608 CC)

Capacidad para testar

Toda persona capaz de disponer por testamento puede testar a su elección, en una u otra de las formas ordinarias de los testamentos, siempre que poseyere las cualidades físicas e intelectuales requeridas en cada caso. (1ra p. art. 2619 CC)

Pueden testar aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente, la incapacidad debe ser expresa.

La ley del domicilio del testador, al tiempo de otorgar testamento, rige su capacidad para testar (art. 2609 1ra p .CC)

Incapacidad para testar

- a) Menor de dieciocho años. (art. 2808. CC)
- b) Sordomudo que no sabe darse a entender por escrito. (art. 2610. CC)
- c) Los que al tiempo de otorgar el testamento tuvieren alteradas sus facultades mentales. (art. 2610; 2611 CC)
- d) El analfabeto no puede otorgar testamento ológrafo, al no saber escribir, art. 2628 CC, ni cerrado, por la misma razón. (art. 2650; 2655. CC)

El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

En nuestro derecho la declaración judicial de interdicción o inhabilitación se inscribirá en la Dirección General de Registros Públicos, Sección Registro de Interdicciones, donde se anotarán las resoluciones y sentencias judiciales que declaren incapaces a las personas, las que dejen sin efecto tal declaración, y las que designan curador provisorio o definitivo. (art. 79; 86; 89; 90; CC; art. 357 COJ)

Vicios de la voluntad

El testamento otorgado con violencia, dolo o fraude es nulo. (art. 290; 358 inc. c. CC)

La violencia se refiere a la física o exterior, a la moral o intimidatoria.

El centro de gravedad del dolo testamentario se encuentra en el engaño, que hace que la voluntad testamentaria expresada sea producto de él y para el cual se han utilizado artificios o maquinaciones contrarias a la buena fe.

El dolo testamentario lo constituirán palabras y maquinaciones insidiosas que inducen al otorgamiento del testamento que sin ellas no se hubieren hecho, aunque a diferencia del dolo contractual, aquí no pueden ser provocadas sino por terceros al no existir dos partes contratantes (art. 292; 360; 2613 CC)

Figura específica del dolo testamentario es la captación de la voluntad del testador, bien a favor del autor de ella, bien a favor de otra persona, aunque cierto sector doctrinal llama a esta última hipótesis sugestión, no-captación.

Tanto una como otra deben ser resultado de la astucia, maquinación o artificio.

El error sobre la sustancia de la cosa objeto del acto se torna error sobre el objeto del legado, el error sobre la persona se convierte en error sobre la persona del legatario. El primero no es casi concebible, el segundo puede presentarse. Se advierte que el error sobre la persona del legatario tiende a confundirse con el error sobre los motivos, y esto puede dar lugar a la nulidad si es determinante y constituye error sobre la causa, porque el motivo determinante es la causa de la liberalidad. Sólo con una confrontación de las enunciaci-ones mismas del testamento con los datos de hecho a los cuales se refiere, será la forma de dilucidar el error (art. 286 inc. b.; d.; 287 CC.)

El error no figura entre las causas de nulidad del testamento, aunque sí aparece considerado en preceptos dispersos con relación a las particulares disposiciones testamentarias. Ello es normal en cuanto que es prácticamente imposible un error in negotio, por las formalidades y solemnidades que rodean a la manifestación de voluntad testamentaria.

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

Rige el principio de supremacía de la voluntad del testador tal y como expresó. Se trata de investigar cual fue la intención del testador.

Las disposiciones del Código no pueden interpretarse independientemente una de otras, forman ellas un conjunto armónico de normas.

La jurisprudencia admite la posibilidad de recurrir a circunstancias extrínsecas, sobre todo cuando se aducen principalmente los términos mismos del acto.

Los repertorios de jurisprudencia no tienen la voz “interpretación del testamento” como tienen la voz “interpretación del contrato”, pero sí tienen la voz “reconstrucción de la voluntad del testador”.

Sin embargo, aunque la interpretación literal dé un resultado claro, no por ello se puede detener la actividad interpretativa y no hacer uso de otros medios de interpretación. La presunción de literalidad por sí misma no sería nada si otros medios de interpretación nos dan una voluntad distinta de la que resulta de la interpretación literal.

Tales medios o instrumentos son los lógicos, sistemáticos y teleológicos sin ninguna prelación.

El lógico es el nexo y trabazón interiores que están en la base y estructura de los actos humanos.

El sistemático obliga a no tomar solo en consideración los distintos párrafos de las cláusulas testamentarias discutidas, porque todas, en su conjunto, vienen a integrar la voluntad del testador.

El teleológico exige hallar el verdadero sentido que lo impulsa a disponer como lo hace(1).

En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo instrumento.

Solemnidades testamentarias

El testamento es un negocio jurídico solemne, pues la voluntad no despliega sus efectos si no se manifiesta a través de las formas y solemnidades preestablecidas por la ley.

El formalismo tiene también por causa la necesidad de dotar de indubitada constancia y certidumbre a la declaración, es decir, lo que aparece como testamento debe ser efectivamente la voluntad del testador y siendo un acto solemne, la omisión de cualquiera de las formalidades esenciales establecidas para cada figura jurídica causa su nulidad absoluta.

Lo demuestra la exigencia legal ya que para subsanar un testamento nulo por sus formas es necesario otorgar uno nuevo revestido de todos los requisitos esenciales a ese fin.

No hay testamento si el instrumento que contiene la última voluntad del otorgante adolece de un defecto de forma esencial. (art. 303 CC)

Por tanto deben extremarse el cumplimiento de los requisitos impuestos por la ley como esenciales para evitar la anulación. (art. 357 inc. c CC)

El testamento por acto público es un acto de disposición hecho por escritura pública. (art. 2639 CC).

1) Díaz Picaso y Gullón, pág. 636.

Como tal debe cumplir con los requisitos impuestos por la ley para esta especie de instrumentos públicos.

Demolombe manifiesta: “Las formalidades no son pasibles de interpretación, se cumplen o no se cumplen, no hay otra alternativa” (2).

Clases de testamentos

Nuestro derecho prevé las formas ordinarias de testar, el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado, y los testamentos especiales.

Las tres primeras formas de testamentos constituyen la recepción de formas que en esencia conoció el derecho justiniano, que importa la culminación de la evolución operada en Roma respecto de las formas testamentarias. Es decir que no existe el testamento llamado nuncupativo o testamento oral, hecho por el testador de viva voz, acreditando la declaración mediante testigos que lo presenciaron.

En el derecho romano el testamento ordinario o solemne podía hacerse en forma escrita u oral, en ambos casos ante siete testigos. La forma oral era la denominada “testamento nuncupativo”.

El Fuero Juzgo y el Fuero Real lo admitieron, también Las Partidas, y el derecho francés antiguo, pero ya no, el Código Civil(3).

El Código Civil Español prevé tres formas de testamentos, el ológrafo, el abierto y el cerrado. (Art. 676) (4).

El Código Civil Alemán regula las formas de los testamentos, los mismos pueden otorgarse ante un notario (art. 2232), mediante una declaración del testador (art. 2247), y el testamento de emergencia, realizado ante el alcalde (art. 2249), así mismo contempla testamentos de emergencia en casos especiales (art. 2251) (5).

2) Ferrari Ceretti, Francisco, pág. 81.

3) Enciclopedia Jurídica Omeba. 1981. Tomo XXVI, pág. 1.

4) Código Civil Español. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, pág. 445.

5) Código Civil Alemán. Ediciones Jurídicas y Sociales. Marcial Pons, pág. 569.

El codicilo

Tampoco se admite en nuestro derecho, de origen romano, como acto de última voluntad, que aun cuando estaba redactado por escrito carecía de formalidad testamentaria, pero contenía disposiciones adicionales a un testamento anterior.

El codicilo estuvo justificado en Roma al imperio del *ius civile*, para permitir que el ciudadano que se hallase en el extranjero o en las provincias pudiese testar, donde presumiblemente le era imposible hacerlo con las formalidades exigidas, ya no encuentra justificación en el derecho moderno(6).

Un escrito, aunque estuviere firmado por el testador, en el cual no enunciare sus disposiciones sino por la simple referencia a un acto destituido de las formalidades requeridas para los testamentos, será de ningún valor. (art. 2619; 2da p. CC)

Idioma

Todo gira en torno a la lengua utilizada por el testador y a la clase de testamento que formalizará.

En el testamento ológrafo el testador puede escribir el mismo en cualquier idioma, empleando los caracteres que le son propios. Las cantidades y fechas pueden ser escritas en cifras. (art. 2629 CC)

Si el testador no puede expresarse en español, se requerirá la presencia de dos intérpretes que harán la traducción de sus disposiciones al español, el testamento, en tal caso, deberá escribirse en los dos idiomas. Los testigos deben entender uno y otro idioma. (art. 2646 CC)

DEL TESTAMENTO OLOGRAFO

Se llama testamento ológrafo cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos que determina la ley.

El testamento ológrafo debe ser totalmente escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador en todas sus hojas. Si por mandato del otorgante, una parte del instrumento fuere de mano extraña, el acto será nulo. (art. 2628 CC)

6) Zanoni, Eduardo. Manual de Derecho de las Sucesiones, pág. 485.

Requisitos:

a) mayoría de edad

b) autografía, para ser válido este testamento deberá estar escrito todo por él y firmado por el testador, es decir debe ser manuscrito, en el sentido de que el escrito debe ser de puño y letra del otorgante, pero no se dice que con su letra habitual. El uso de la no habitual del testador planteará un problema de autenticidad del testamento, que como veremos habrá siempre de demostrarse con posterioridad al otorgamiento, pero no excluye a priori su validez. (art. 2628 CC)

La firma se compone habitualmente del nombre y apellido del testador, pero ello no es indispensable, basta que emplee la firma usual y que forma parte de su personalidad. (art. 43 CC)

Se admite que el nombre puede bastar cuando el testamento asuma la forma de un mensaje o carta misiva dirigida a los parientes. Además un error en la ortografía del nombre que no lo haga irreconocible no vicia la firma(7).

c) La expresión del año, mes y día en que se otorga.

Es un requisito esencial para determinar la capacidad del testador, y habiendo varios testamentos, para determinar cual es el último a efecto de revocación de los anteriores

En lugar de la expresión del año, mes y día en que se otorga se señalará la festividad que se conmemora en ese día, por ejemplo en el día de Navidad de 1999, en Domingo de Pascua de 2000.

No se exige la expresión de la hora. (art. 2630 y sgts. CC)

d) Las palabras tachadas, enmendadas o entre reglones, las salvará el testador bajo su firma. (art. 2633 CC)

e) El idioma en el testamento ológrafo, podrá ser el idioma del testador, si es extranjero lo hará en su idioma. (art. 2629)

f) Protocolización: Después de su protocolización podrá ser impugnado por los que se vean perjudicados (art. 2638 CC)

7) Ripert -Boulanger. Derecho Civil. Sucesiones, pág. 289.

EL TESTAMENTO POR INSTRUMENTO PUBLICO

El testamento por acto público es aquel en que el testador entrega por escrito o dicta a un notario en presencia de testigos sus disposiciones de última voluntad, a efectos de que aquel lo incluya en el libro de protocolo.

Se trata de un testamento que cumplidas las formalidades específicas, consta en escritura pública, y por lo tanto, las disposiciones en él contenidas gozan de la fe pública, no solo respecto de quienes intervinieron en su redacción, sino también respecto de terceros.

Por ello se lo denomina también testamento notarial o testamento abierto ya que su otorgamiento y contenido se hacen públicos desde el día del acto.

El notario, en la instrumentación de los actos jurídicos, debe limitarse a dejar constancia de los hechos que acontecen y de las declaraciones que los particulares efectúan en su presencia.

Su quehacer está circunscripto a dar fe de ese acontecer, él no es ni puede ser parte de la escritura.

Por ello en el testamento por acto público se asienta lo “dicho” y no el “hecho” de que por ejemplo el disponente se encuentra imposibilitado de firmar, el escribano debe expresar la causa. (art. 396 inc. g.; 2645 CC).

No podrá autorizarlo el notario que fuere pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad inclusive, o cuyo consorte se hallare en el mismo caso. (art. 377 inc. b; 2639 CC; art. 117 COJ).

Este tipo de testamento presenta ciertas ventajas, pero también inconvenientes respecto del ológrafo.

Al constar en escritura pública el testador se asegura la fehaciencia y conservación de las disposiciones de última voluntad. Además, permite testar al analfabeto, quien obviamente no podría hacer un testamento ológrafo.

Pero por otra parte, tiene varios inconvenientes, ya que al constar en escritura pública pueden ser fácilmente conocidas por terceros, sin discreción alguna, en vida de quien las otorga

Enunciaciones esenciales

El testador deberá manifestar verbalmente sus disposiciones al escribano, en presencia de los testigos del acto. En su defecto, le entregará un escrito firmado por él y declarado verbalmente, o si no hablare, bajo su firma, en presencia de testigos del acto, que dicho escrito contiene su última voluntad. (art. 2641 CC).

Debe tenerse en cuenta que como el testador puede dictar al escribano sus disposiciones o dárselas ya escritas para que él las redacte, no cabría que un tercero concurriese en nombre del otorgante a dictar o entregar las disposiciones testamentarias.

El testamento expresará el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre, edad y domicilio de los testigos, como también si fue dictado o redactado por el testador. (art. 2642 CC).

Las referencias exigidas respecto de los testigos (nombre, residencia y edad) constituyen formalidades esenciales que tienden a la individualización; por lo que no bastará que se mencione sólo su mayoría de edad, o que se omita la calle y número de residencia.

No invalida el testamento la circunstancia de que sólo se haya consignado la inicial del segundo nombre de uno de los testigos. (CrndelPl.,15/06/55. JA).

La omisión de la residencia de uno de los testigos del acto vicia de nulidad el testamento; pero el requisito de la mención de la residencia se cumple si el escribano hace constar que todos los testigos son “vecinos hábiles de esta ciudad”, o se indican sus domicilios aunque no se aclare si son legales o reales, o figurando sus domicilios no se consigna la localidad de su residencia, ya que es obvio que las direcciones establecidas se refieren a la misma ciudad en que se firmó el testamento, lo que sí se precisa. (CCiv. 2da. 18/04/39. LL; CCiv. 1ra. 18/02/46 LL).

En cuanto al lugar en que se otorgue el testamento, puede serlo en las mismas oficinas del escribano o en otro lugar, como por ejemplo el domicilio del testador, pero siempre dentro del lugar geográfico señalado para sus funciones. (art. 101 COJ).

El ciego podrá testar por acto público. No le será permitido al sordo, al mudo y al sordomudo que no sepan darse a entender por escrito. Si lo supieren, deberán ajustarse a lo que determina este código. (art. 2640 CC).

El ciego es plenamente capaz, a no ser que lo inhabiliten por sentencia judicial. (art. 89 del CC).

El testamento debe ser leído al testador y los testigos que pueden además leerlo directamente y firmado por el testador, los testigos y el escribano. Dos de los testigos del acto por lo menos deben saber firmar y uno de ellos lo hará por quien no sabe hacerlo y el notario expresará esta circunstancia.

Si el testador fuere sordo, o sordomudo, la lectura quedará suplida por la que él y los testigos verifiquen. Estos deben ver al testador en todo el transcurso del acto, circunstancia que el escribano hará constar. (art. 391; 396 inc. f, 2643 CC).

En cuanto al mudo o sordomudo que sabe darse a entender por escrito en forma inequívoca la escritura se hará de acuerdo a una minuta, la que será archivada como parte de la escritura. (art. 391 CC).

Si el testador muriere antes de firmar el testamento, este será de ningún valor, aunque lo hubiera principiado a firmar.

Si sabiendo firmar el testador, dijere que no lo suscribía por no saber hacerlo, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a su ruego por alguno de los testigos, o por otra persona. (art. 2644 CC).

La firma es requisito indispensable en los instrumentos públicos y especialmente lo exige en el testamento. (art. 378 inc. c.; 396 inc. g.; CC; art. 134 COJ).

Si el oficial público se limitara a decir escuetamente que el testador manifiesta no firmar por no poder hacerlo, eso no sería suficiente y el testamento adolecería de nulidad por no expresar cuál es el motivo que ha impedido suscribirlo.

Para De Gasperi, la omisión de la declaración del testador en el sentido de que no puede firmar y de la causa, viciaría de nulidad el testamento(8).

8) Ferrari Ceretti, Francisco, pág. 54.

Demolombe dice: “Lo que quiere la ley es que la ausencia de la firma sea explicada por el testador mismo, personalmente, a fin de que sea cierto que el defecto de firma es independiente de su voluntad y que, al contrario, hubiera firmado si hubiera sabido o podido firmarlo”(9).

La declaración de impotencia para firmar debe formularla el disponente y el notario hacerla constar. (art. 376 inc.; 396 inc. g. CC; art.134 COJ).

La simple declaración no es suficiente; debe dar la causa, porque la ley quiere asegurarse que la declaración es seria y por eso exige que conste el motivo porque no se firma.

Si la causa fuera falsa, se provocaría la nulidad del testamento.

No sabiendo firmar el testador, puede hacerlo por él otra persona, o alguno de los testigos. En este último caso, dos de los testigos, por lo menos, deben saber firmar.

Si el testador sabe firmar y no pudiese hacer, puede firmar por él otra persona, o uno de los testigos. En este caso, dos de éstos por lo menos deben saber firmar. El escribano expresará la causa que impide al testador hacerlo (art. 2645 CC, art. 137; 144 COJ).

La declaración de no poder firmar o escribir es insuficiente si no se indica la causa del impedimento, como bien lo han resuelto los tribunales, la jurisprudencia y la generalidad de los autores.

La unidad del acto en cuanto a la lectura y la suscripción se ejecutarán ante o por el escribano, en presencia de los testigos del acto, que deben ver al testador en todo momento, lo que se hará constar. (art. 2647 CC).

En los testamentos se aplica todo lo dispuesto para los notarios y oficiales públicos en lo referente a instrumentos públicos y escrituras públicas. (art. 376; 389; 391; 392; 394; 395; 396; 2649; CC).

Testamento cerrado

Se caracteriza por estar contenido en un pliego que, en sobre cerrado, es entregado al escribano en presencia de cinco testigos, labrándose de seguido

9) Ferrari Ceretti, Francisco, pág. 54.

un acta sobre la cubierta en que conste la manifestación del testador respecto a que el sobre contiene su testamento. (art. 2651 CC).

Puede ser escrito en papel común por el testador u otra persona, a mano o a máquina, y deberá ser rubricado en todas sus hojas y firmado por el otorgante. Si el testador no pudiere firmar, deberá expresarse la causa y firmará una persona a ruego suyo. Se aplican las disposiciones relativas al testamento ológrafo. (art. 2650 CC).

El testamento cerrado integra dos actos complementarios: el testamento mismo y el acta en la cubierta, que constituye un instrumento público.

La diferencia con el ológrafo es que en éste el testador debe saber leer y escribir, en tanto que el cerrado requiere que el testador sepa leer y firmar. Respecto del testamento por acto público difiere en que el testador guarda secreto en cuanto a sus disposiciones, sin por ello recurrir al ológrafo, que en cuanto a conservación es más inseguro.

Además no requiere que sea escrito íntegramente de puño y letra del testador, datado y fechado.

Puede ser manuscrito por el testador, por un tercero, mecanografiado en todo o en parte. La exigencia es que sea firmado por el testador.

En el caso del mudo éste debe redactar de puño y letra y firmar el testamento. (art. 2655 CC).

La entrega se hace al escribano en presencia de cinco testigos residentes del lugar, expresando que el contenido del pliego es su testamento; debe ser en pliego o sobre cerrado que caracteriza la inviolabilidad de las disposiciones de última voluntad. Por eso es importante que cuando se dé apertura al mismo verificar si está cerrado como lo estaba cuando el testador lo entregó. (art. 2653 CC).

El testamento cerrado debe ser entregado en el mismo acto al escribano para su conservación. (art. 2654 CC).

Publicidad

La ley N° 105/90 crea el Registro de Testamentos dependiente de la Dirección General de Registros Públicos, con lo cual se da cumplimiento a la

publicidad de los mismos y por una Disposición Técnico Registral se implementa el funcionamiento de dicho registro

Testigos en los testamentos

No pueden ser testigos en los testamentos:

- a) los que tengan perturbación mental;
- b) los ciegos;
- c) los sordos y mudos;
- d) los ascendientes, descendientes y cónyuge del testador;
- e) el heredero instituido y su cónyuge;
- f) sus ascendientes y descendientes;
- g) los legatarios y ninguno que reciba beneficios por las disposiciones testamentarias;
- h) si tuviere parentesco con el notario dentro del cuarto grado;
- i) los dependientes de su oficina y sus servidores domésticos, ni los dependientes de otros notarios (art. 2672 CC).

TESTAMENTOS ESPECIALES

Estas son formas extraordinarias de testar, en circunstancias excepcionales y que por alguna razón no se puede recurrir a las formas ordinarias.

La característica principal de estos testamentos es que si otorgado el mismo, sobrevive el testador a la circunstancia especial que le toca vivir, estos testamentos especiales están sujetos a la caducidad de pleno derecho.

Testamento militar

Sólo se autoriza esa forma testamentaria en caso de guerra, cuando se hallaren en un cuartel, guarnición o destacamento alejado de población alguna, donde no haya notario o fuera de la República, como los agregados a esas fuerzas y los prisioneros podrán testar ante un auditor de guerra, un capellán, un oficial de grado no inferior a capitán o asimilado de igual jerarquía. Y si se hallare en un puesto o destacamento, puede hacerlo ante el Jefe, aunque sea de grado inferior.

Si está enfermo o herido podrá hacerlo ante el médico que lo asiste. (art. 2656 CC).

El testamento se hará por escrito y frente a testigos, expresará el lugar y fecha, consignará también el estado del testador, si estuviere enfermo o herido. Deberá firmar el otorgante, los testigos que deberán tener dieciocho años cumplidos, y la persona ante quien se extiende el testamento. Si no sabe firmar o no puede se hará constar y firmará uno de los testigos, de los cuales uno al menos debe saber firmar. (art. 2657 CC)

Testamento marítimo

Son los otorgados por quienes naveguen en un buque de guerra o en buques mercantes, bajo bandera nacional.

Debe ser hecho en el mar porque de lo contrario si el buque se hallaba en el momento de testar en un puerto, lo tendría que haber hecho el cónsul de la República y sería un testamento consular.

Pueden testar de esta forma todas las personas que naveguen sean o parte de la oficialidad o de la tripulación. (art. 2660 y sptes. CC).

Testamento en caso de epidemia

Autorizado en caso de peste o epidemia y cuando no se hallare en el pueblo escribano ante quien hacerlo por instrumento público, en ese caso se hará ante un miembro de la Junta Municipal, un sacerdote, o el Director del Hospital o Centro de Salud. (art. 2666 CC)

Testamento otorgado en el extranjero

La forma de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo la de los otorgados en el extranjero ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes, la que se sujetará a las prescripciones de este Código. (art. 23 CC).

La sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del último domicilio del causante, pero la transmisión de los bienes situados o existentes en el territorio nacional estará sujeto a las leyes de la República. (art. 25 CC)

Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo 1888-1889

Título XII. De las Sucesiones.

Art. 44. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todo los demás.

Art. 45. La misma ley de la situación rige:

- a) la capacidad de la persona para testar;
- b) la del heredero o legatario para suceder;
- c) la validez y efectos del testamento;
- d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;
- e) La existencia y proporción de las legítimas;
- f) La existencia y monto de los bienes reservables;
- g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

Tratado de Derecho Civil Internacional. Montevideo 1939-1940.

Título XII. De las Sucesiones

Art. 44. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, a tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento.

Esto no obstante, el testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás. Art. 45. La misma ley de la situación rige:

- a) la capacidad del heredero o legatario para suceder;
- b) la validez y efectos del testamento;
- c) los títulos y derechos hereditarios;
- d) la existencia y proporción de las legítimas;
- e) la existencia y monto de los bienes disponibles;
- f) en suma, todo lo relativo a la sucesión legítima testamentaria.

Contenido del testamento

La validez del contenido del testamento se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte. (art. 2609 2da p. CC)

Institución de heredero

Llámesese heredero al que sucede a título universal y legatario al que sucede a título particular, por lo que no hace depender, ni de una ni de otra cualidad del nombre que le dé el testador, sino de cómo le sucede, y suceder a título universal es suceder en la totalidad o parte alícuota de la herencia, compuesta por bienes, derechos y obligaciones, como si fuese un todo.

Conceptualmente, quién es un heredero y quién es un legatario se conoce por la naturaleza del llamamiento como por el contenido de la adquisición

La institución de heredero sólo puede hacerse por testamento. Si este no instituyere heredero, sus disposiciones deberán cumplirse, y respecto del remanente de sus bienes se procederá como se ordena en las sucesiones intestadas. (art. 2678 CC).

El testador debe nombrar por sí mismo al heredero. Si se refiere a que otro nombrara por encargo suyo, la institución no valdrá.

El heredero debe ser designado con palabras claras, que no dejen duda alguna sobre la persona instituida. Si dejare incertidumbre entre dos o más personas, ninguna será tenida por heredero. Esta disposición rige igualmente para los legados. (art. 2679 CC).

Legatario de la parte alícuota

La figura del legado de la parte alícuota surge inevitablemente de las concepciones subjetiva y mixta, pues en ella el llamamiento a una parte alícuota de la herencia puede hacerse a través del legado si el testador así lo quiere.

En cambio en una concepción objetiva no sería posible esta figura híbrida entre el legado y la institución de heredero, salvo que la parte alícuota no se refiera a la herencia como en un todo o universum ius con sus bienes y deudas; hay entonces un llamamiento como legatario a una cuota de bienes (activo) o

del remanente una vez deducidas las deudas que no presenta especial dificultad.

Los herederos instituidos gozan respecto de terceros, y entre sí, de los mismos derechos que los legítimos.

Podrán ejercer las acciones que correspondieren al heredero intestado y al causante, aun antes de tomar la posesión de los bienes hereditarios; pero no están obligados a colacionar las donaciones que les hubiere hecho el testador por actos entre vivos, si no fueren descendientes de él, o lo dispusiere el testamento. (art.2680 CC).

La preterición de alguno de los herederos forzosos que viven o están concebidos en el momento de la apertura de la sucesión, anula la institución de heredero, pero valdrán las otras disposiciones del testamento, salvo lo dispuesto sobre la porción legítima. Si la pretensión fuere de un heredero renunciante o excluido por indigno, será válida la institución testamentaria. (art. 2681 CC).

El heredero instituido en cosas ciertas o inciertas determinadas por su género o cantidad, es tenido solamente por legatario.

La disposición testamentaria por el cual la testador da a una o muchas personas la universalidad de los bienes que deja a su muerte, importa instituir herederos a las personas designadas aunque según los términos del testamento, la disposición se encuentre restringida a la nuda propiedad, y se haya concebido separadamente el usufructo a otra persona. (art.2682 CC).

El instituido de cosas ciertas o inciertas será considerado como legatario.

Puede darse como una fracción del patrimonio por ejemplo, dejo mi casa y mi auto a Juan, y la otra mitad de mi patrimonio a Pedro.

La institución a una persona en el usufructo de la herencia o parte alícuota de la misma, no es una institución de heredero.

El usufructo se crea por voluntad del causante y a su muerte; estamos ante un derecho que no figuraba en su patrimonio, sino que se constituye ex novo.

No sucede el usufructuario como el heredero. Precisamente porque no es heredero, no se le obliga al pago de las deudas hereditarias, aunque pueda hacerlo si bien con derecho de reintegro al terminar el usufructo.

El usufructo se adquiere por actos de última voluntad. (art. 2234; 2235; 2682; 2604 CC).

Arraigado en nuestra tradición, ha sido dejar por lo menos parte de los bienes en beneficio del alma del testador, que lo obtiene realizando obras piadosas y sufragios a fin de liberarla de las penas que, según la religión católica, deben afligirla hasta que alcance la total limpieza y pureza que exige la compañía de Dios(10).

Es evidente que el alma como tal no es nunca heredera ni legataria, por lo que la disposición testamentaria lo que ordena en realidad es una liquidación de la herencia o parte de ella.

Se parte del supuesto de una disposición donde todo o parte de los bienes del testador será para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma.

Todo ello se hará luego de proceder a una liquidación de la herencia como pago de deudas, legados, etc.

Las disposiciones a favor de los pobres de un modo general, sin designación de personas ni de población, se consideran otorgadas a favor de las instituciones de beneficencia y asistencia social, designadas por el Juez.

Las de bienes a favor del alma del testador se aplicarán en sufragios y limosnas que quedarán a cargo de los ministros de su culto. (art. 2690 CC).

El derecho de instituir un heredero, no importa el derecho de dar a éste un sucesor.

El testador puede sustituir al heredero instituido, para el caso de que éste muriese antes que él, no quisiere o no pudiere aceptar la herencia. (art. 2691 CC).

La sustitución es la disposición del testador por la que ordena que otra persona se coloque en el lugar ocupado por el heredero primeramente institui-

10) Diez Picaso y Gullón. Instituciones de Derecho Civil, pág. 658.

do. Es, por su propia naturaleza, una disposición subordinada a la institución de heredero.

Las sustituciones pueden ser directas o de primer grado e indirectas o de segundo grado. En las primeras el sustituto es llamado solamente para el caso en que el primer instituido no llegue a heredar. En las segundas, en cambio, el sustituto es llamado a ocupar el lugar de instituido que ha heredado, a partir de un cierto momento (por ej. su muerte) o cuando se cumple una determinada condición.

Aquí, a diferencia de la anterior, en que hay una llamada en defecto de la primera, estamos ante llamadas sucesivas a la herencia.

El presente artículo nos habla de la sustitución vulgar.

Podrán ser sustituidas dos o más personas por una sola, y así mismo, una sola por dos o más personas.

Cuando el testador sustituye recíprocamente los herederos instituidos en partes iguales, tendrán éstos en la sustitución las mismas partes que en la institución, si el testador no ha dispuesto lo contrario.

El sustituto del sustituto se entiende también serlo del heredero nombrado en primer lugar. (art. 2692 C.C.).

Los sustitutos pueden ser llamados conjuntamente, por ej. nombro a Juan y a Pedro sustitutos de Antonio o sucesivamente, nombro a Juan sustituto de Antonio y a Pedro sustituto de Juan.

Si son conjuntos, salvo disposición contraria del testador, heredarán por partes iguales. Si son sucesivos, son también sustitutos del instituido, ya que en el ej. Pedro no es únicamente sustituto de Juan sino heredero de Antonio.

Cuando se nombra un sustituto a dos o más herederos, no es necesario que falten todos para que la sustitución sea eficaz, salvo voluntad contraria del testador. Pero habrá que determinar previamente si existe derecho de acrecer entre los instituidos, y en caso afirmativo, si el nombramiento del sustituto lo excluye.

Los propios instituidos pueden ser sustitutos.

El heredero sustituto queda sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, si no aparece claramente que el testador quiso limitarlas a la persona del instituido. (art. 2693 CC).

Para ser sustituto recíproco es necesario haber aceptado la herencia, porque la cualidad la vincula aquí el testador a la condición de heredero.

El sustituto estará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes y condiciones sean meramente personales del instituido. (art. 2693 CC).

Serán de ningún valor las disposiciones del testador, por las que llame a un tercero a todo o parte de la herencia al morir el heredero instituido. (art. 2694 CC).

Lo dispuesto sobre las sustituciones de herederos es aplicable igualmente a los legados. (art. 2695 C.C.).

Si un niño o adolescente es instituido heredero, el Juez deberá realizar el inventario acompañado del tutor y de uno o más parientes del niño o adolescente, o de otras personas que tuviesen conocimiento de los negocios o de los bienes de quien lo hubiese instituido heredero.

El tutor no podrá ser eximido de hacer el inventario judicial, cualquiera sea la disposición testamentaria por la que el niño o adolescente haya sido instituido heredero. Cualquier cláusula en contrario será nula. (art. 136 CNA).

De los actos que requieren autorización judicial. El tutor necesitará la autorización del Juez para:

a).

d) repudiar herencias, legados o donaciones que se hicieren al niño o adolescente; (art. 144 CNA)

En la llamada sustitución fideicomisaria el testador se propone impedir la disponibilidad de los bienes hereditarios por parte del instituido, ordenando que a la muerte de éste, esos bienes se defieran a un sustituto que el mismo testador ha determinado y nombrado.

Esta sustitución fue conocida en el derecho feudal, permitiendo que generación tras generación determinados bienes se conserven dentro de la fami-

lia. Bajo Justiniano los legados asumieron la forma de los fideicomisos. De este modo se realizó la fusión. El respeto de la voluntad del testador se convirtió en la regla esencial(11).

En nuestra legislación el negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicometidos se llamará fideicomiso, en caso contrario se denominará encargo fiduciario. (art 1. Ley 92 1/96).

El negocio fiduciario podrá constituirse o celebrarse por acto entre vivos, o por acto testamentario conforme a las reglas del derecho sucesorio en el Código Civil. (art. 3. Ley 921/96)

Capacidad para recibir por testamento

Toda persona física o jurídica que existiere en el momento de la muerte del testador podrá recibir bienes por testamento.

Los que sólo estén concebidos, podrán adquirirlos también a condición de que nazcan con vida. (art. 2696 CC).

El testador puede dejar legados con el fin de crear fundaciones o asociaciones. (art. 2697 CC).

La fundación se constituye por la voluntad de una o más personas que destinan a perpetuidad determinados bienes para la creación de una entidad con fines de bien común.

La manifestación de voluntad debe constar en escritura pública o testamento. (art. 124 CC).

Si la fundación fuere instituida en disposiciones testamentarias, corresponderá al albacea o a los herederos pedir la aprobación de ella y, en su defecto, al Ministerio Público. (art. 128 CC).

La fundación es persona jurídica desde su aprobación por el Poder Ejecutivo. (art. 93 CC).

Las asociaciones inscriptas podrán aceptar liberalidades testamentarias, bajo condición de ser reconocidas como asociaciones de utilidad pública por el Poder Ejecutivo. (art. 122 CC).

11) Ripert -Boulanger. Derecho Civil. Sucesiones, pág. 351.

Las asociaciones adquieren su personalidad jurídica una vez inscrita en la Dirección General de Registros Públicos, en el Registro de Personas Jurídicas y Asociaciones. (art. 345 COJ).

No podrán recibir beneficio por testamento los tutores de los incapaces que fallecieron bajo su guarda, y aun después de haber cesado la tutoría, si no se aprobaron las cuentas de su administración. (art.2698 CC).

El marido de la viuda que se ha vuelto a casar y que conserva la patria potestad de sus hijos del anterior matrimonio, es incapaz de recibir liberalidades por el testamento de los hijos menores de ella. (art. 2699 CC).

La viuda no podrá contraer matrimonio hasta que no transcurran trescientos días de la muerte de su marido, salvo que antes diera a luz; igual disposición se aplica en caso de nulidad de matrimonio. La contraventora perderá como única sanción los bienes que hubiere recibido a título gratuito. (art. 19 Ley 1/92).

Son incapaces de suceder y recibir legados:

- a) los confesores del testador en su última enfermedad;
- b) los parientes del confesor dentro del cuarto grado, siempre que no lo fueren del testador;
- c) las iglesias en que desempeñaren su ministerio, con excepción de la iglesia parroquial del otorgante y las comunidades a que aquellos pertenecieren. (art. 2700 CC).

La incapacidad establecida por esta norma no se extiende al sacerdote que confesó al testador en otras oportunidades, ni al llamado confesor habitual, ni al que administre al testador los otros sacramentos o le ayude con sus exhortaciones o demás consejos religiosos. (CRos. 8/11/40 LL).

Limites a la autonomía privada.

Toda persona puede disponer de sus bienes adjudicándolos a su deceso a una o varias personas determinadas.

El derecho de testar es un atributo, no necesario pero útil, del derecho de propiedad individual. La ley establece las reglas de la transmisión sucesoria, pero no exige que se las respete y sólo les imprime un carácter de orden públi-

co, el de cujus puede fijar por sí mismo la transmisión de su sucesión en un acto particular, que es el testamento.

No obstante, esta libertad no es completa si los herederos legales son parientes en línea directa. Los ascendientes y los descendientes tienen derecho a una parte de la sucesión.

1. Legítima

Esta parte varía según el número y la calidad de los herederos. La institución de la legítima restringe la libertad de testar, mas no la suprime.

En nuestro derecho la legítima es parte de la herencia, no de los bienes; por ello quien es titular de la porción legítima en una sucesión, lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se le declare tal si fue omitido por éste en su testamento.

La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada parte de la herencia de la que no puede disponer el causante. (art. 2597 CC).

La legítima de los descendientes es de cuatro quintas partes de la herencia.

La de los ascendientes es de dos tercios.

La del cónyuge, cuando no existan descendientes ni ascendientes, es la mitad. (art. 2598 CC).

Los hijos y descendientes extramatrimoniales tendrán el mismo derecho hereditario que los matrimoniales sobre los bienes propios y gananciales del causante. (art. 2591 CC, modificado por Ley 204/93).

El padre o la madre, o ambos conjuntamente, podrán hacer donaciones a sus hijos.

Cuando no se imputare de un modo expreso a la parte disponible, se entenderá como un adelanto a la legítima. (art. 1207 CC).

La donación será nula:

- a) cuando incluya todos los bienes del donante, sin reservar parte o renta suficiente para su subsistencia;
- b) si estuviere sujeta a condición suspensiva o resolutoria que dejare al donante el poder directo o indirecto de revocarla o modificarla; y
- c) cuando versare sobre bienes futuros. (art. 1212 CC).

El heredero que renunciare a la sucesión, podrá retener las donaciones entre vivos que el testador le hubiere hecho, y reclamar el legado que le hubiere dejado, si no excediere la porción disponible que la ley asigna al testador. (art. 2464 CC)

Sólo de la porción disponible podrá el testador hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos forzosos. (art. 2607 CC)

Los valores colacionados se imputarán como anticipo de la parte hereditaria, a menos que el causante hubiere establecido la dispensa en su testamento, dentro de los límites de su porción disponible. (art. 2551 CC)

2. Alimentos

Están obligados recíprocamente a la prestación de alimentos, en el orden que sigue:

- a) los cónyuges;
- b) los padres y los hijos;
- c) los hermanos;
- d) los abuelos, y en su defecto, los ascendientes más próximos; y
- e) los suegros, el yerno y la nuera.

Los descendientes le deberán antes que los ascendientes. La obligación se establecerá según el orden de las sucesiones, proporcionalmente a las cuotas hereditarias.

Entre ascendientes, los más próximos están obligados antes que los más lejanos, y los del mismo grado, por partes iguales (art. 258 CC).

Cuando son varios los obligados conjuntamente a prestar alimentos, la proporción en que deben contribuir se regulará por la cuota hereditaria.

Si existiendo varios obligados, el que debe los alimentos en primer término no se hallare en situación de prestarlos, la obligación pasará en todo o en

parte a los demás parientes, según el orden establecido en el artículo anterior. (art. 259 CC).

Créditos privilegiados

Los alimentos impagos generan créditos privilegiados con relación a cualquier otro crédito general o especial. Su pago se efectuará con preferencia a cualquier otro. (art. 189 CNA).

Cónyuge

El derecho hereditario del cónyuge supérstite sobre los bienes propios del causante será:

- a) igual al que corresponda a cada uno de los hijos del autor que concurren con él;
- b) la tercera parte de la herencia si concurren con él los padres del causante, y la mitad, si solo quedare uno de ellos;
- c) la mitad, si los fallecidos los dos suegros, concurrieren otros ascendientes; y
- d) la totalidad, si no existieren descendientes ni ascendientes. (art. 2586 CC).

Quien pretenda excluir al cónyuge supérstite de la herencia del premuerto deberá acreditar:

- a) que el matrimonio fue celebrado estando enfermo uno de los cónyuges y muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días, salvo que se haya celebrado para regularizar una unión de hecho, haya o no hijos;
- b) si se hallaren separados por sentencia judicial, respecto del que hubiere dado causa para ello; y
- c) si lo estuvieren por mutuo consentimiento, de hecho sin voluntad de unirse. (art. 2587 CC).

La exclusión de la herencia establecida en el primer inciso no recibe aplicación cuando se desconocía la enfermedad o ésta no hacía prever su muerte. (CCiv. 1ra. 28/08/31 JA).

En cuanto a las uniones de hecho que tuviera por lo menos cuatro años consecutivos de duración se crea entre los concubinos una comunidad de gananciales, que podrá disolverse en vida de ambos o por causa de muerte, de-

biendo en los dos casos distribuirse los gananciales entre los concubinos, o entre el sobreviviente y los herederos del otro, por mitades. (art. 84. Ley 1/92).

El divorcio disuelve de pleno derecho la comunidad conyugal y extingue la vocación hereditaria recíproca de los divorciados. (art 19. Ley 45191).

El cónyuge sobreviviente, cuando concurriere con ascendientes extra-matrimoniales, tendrá derecho a una cuarta parte sobre el haber líquido hereditario de gananciales. Este beneficio no existe cuando el cónyuge concurre con ascendientes matrimoniales. (art. 2590 CC. Modificado por Ley 204/93).

El cónyuge que permaneciere viudo y no tuviera hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren al tiempo en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la tercera parte de los bienes que hubieren correspondido al otro cónyuge en dichas sucesiones. (art. 2589 CC).

Son requisitos para la vocación hereditaria aquí contemplada:

a) el estado de viudez de la nuera, que a los efectos de suceder a sus suegros debe ser juzgado en el momento en que se abre la sucesión de éstos; y

b) la inexistencia de hijos de su matrimonio, ya que la concurrencia con hijos de su esposo premuerto que no son suyos, no obsta a su inclusión como heredera de la sucesión de su suegra.

La nuera viuda y sin hijos no es representante de su esposo premuerto, sino heredera por derecho propio y con porción legítima, de la cual en principio no puede ser privada, debiendo, por tanto, ser incluida en la declaratoria de herederos de su suegra en calidad de heredera ab intestato. (CSFe.II 25/04/73 LL y JA 1973).

Cuando la comunidad de gananciales se disolviera por la muerte de uno de los cónyuges y quedasen menores a cargo del supérstite, éste tendrá derecho a que dentro de su parte de gananciales se le asigne la vivienda familiar, útiles y enseres, compensando la diferencia a su cargo ya sea en dinero efectivo o con otros bienes. El cónyuge que hubiera tenido a su cargo la dirección de un establecimiento comercial o industrial tendrá el mismo derecho sobre éste y en las condiciones del párrafo anterior. (art. 57. Ley 1/92).

Revocación de los testamentos

El acto jurídico, aunque perfecto desde su celebración, no vincula al testado, ya que es cambiante nuestra voluntad hasta el final de nuestros días.

El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. (art. 2702 CC).

La revocación es la declaración de voluntad del testador por la que determina la ineficacia del anterior acto testamentario y puede conceptuarse como negocio jurídico ya que da lugar a efectos que son queridos por el revocante.

El testamento sólo puede ser revocado por uno posterior y hecho con las formalidades del Código.

El testamento posterior revoca el anterior en todas sus partes, si no contiene confirmación de éste. (art. 2705 CC).

Albacea

El albacea o ejecutor testamentario es el designado por el testador para cumplir sus disposiciones testamentarias.

Todo lo relativo a los albaceas que no se previeron en la normativa correspondiente se regirá por las disposiciones del mandato.

El testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento de sus disposiciones testamentarias. (art. 2776 CC).

En el caso de las fundaciones si la misma fuere instituida por testamento, corresponde al albacea o a los herederos pedir la aprobación de ella, y, en su defecto al Ministerio Público. (art. 128 CC).

Se les prohíbe a los albaceas la compraventa, aunque sea en remate, por sí o por interpósita persona, de los bienes correspondientes a la testamentaria en que desempeñasen su cargo. (art. 739 inc. c. CC).

Pueden ser albaceas:

- a) el incapaz de recibir un legado en el testamento;
- b) los herederos y legatarios;

- c) los testigos del testamento;
- d) el escribano autorizante (art. 2779 CC).

El albacea puede ser removido del cargo por:

- a) incapacidad para la ejecución del testamento;
- b) negligencia;
- c) mal desempeño de sus funciones;
- d) haber solicitado convocación de acreedores o ser declarado en quiebra. (art. 2800 CC).

ABREVIATURAS

CC	Código Civil
COJ	Código de Organización Judicial
CNA	Código de la Niñez y la Adolescencia
CCiv	Cámara Civil
LL	La Ley
JA	Jurisprudencia Argentina
CRos	Cámara de Rosario
CSFe	Cámara de Santa Fe
CmdelPl	Cámara de Mar del Plata

BIBLIOGRAFÍA

1. Compilación de Tratados de Derecho Internacional Privado Suscritos en el Sistema Interamericano entre 1888 y 1994. Edición de la Corte Suprema de Justicia. Asunción. Paraguay. 1998.
2. Código Civil. República del Paraguay. Edición Corte Suprema de Justicia. 1986
3. Código de Organización Judicial. República del Paraguay. Edición Corte Suprema de Justicia. 1997.
4. Código de la Niñez y la Adolescencia. Digesto Normativo de Derecho de Familia. Tomo III. Edición Corte Suprema de Justicia. República del Paraguay. 2001.

5. Código Civil Anotado. Salas Trigo Represas. Ediciones Depalma. 1980.
6. Código Civil. República del Uruguay.
7. Código Civil Interpretado. J.M. Carvalho Santos. Livraria Freitas Bastos. Río de Janeiro. 1985.
8. Código Civil Español. Bosch. Casa Editorial. Barcelona.
9. Código Civil Alemán. Ediciones Jurídicas y Sociales. Marcial Pons. 1998.
10. Digesto Normativo Modificatorio y Complementario del Código Civil Paraguayo. Edición Corte Suprema de Justicia. Asunción. Paraguay. 1998.
11. Ley 105/90. Por la cual se crea el Registro de Testamentos.
12. Ley 45/91 Que establece el Divorcio Vincular del Matrimonio.
13. Ley 1/92 De Reforma Parcial del Código Civil.
14. Ley 204/93. Que modifica Civil y establece la Igualdad de los Hijos en el Derecho Hereditario.
15. Ley 388/94. Que establece disposiciones sobre la constitución de Sociedades Anónimas y modifica artículos de la Ley 1183/85 Código Civil.
16. Ley 921/96. De Negocios Fiduciarios.
17. Ley 1702. Que establece el alcance de los términos Niño, Adolescente y Menor Adulto
18. Enciclopedia Jurídica Omeba. 1981.
19. Bordenave, Enrique y Duarte Rodi, Hugo. El Derecho Sucesorio en el Código Civil Paraguayo. Editorial Arte Nuevo. Asunción. 1990.
20. Ferrari Cerrutti, Francisco. De los testamentos. Requisitos esenciales de forma y otras cuestiones conexas. Edición Colegio de Escribanos. Buenos Aires. 1983.

21. De Gasperi, Luis. Tratado de Derecho Hereditario. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1953.
22. Diez Picaso y Gullón. Instituciones de Derecho Civil. Tecnos. Madrid. 1995.
23. De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Editorial Porrúa. México. 1997.
24. Lafaille Héctor, Derecho Civil. Sucesiones. Biblioteca Jurídica Argentina. 1932.
25. Ripert-Boulanger. Derecho Civil. Sucesiones. X. Vol. 1. La Ley. 1965.
26. Pucheta de Correa, Alicia. Manual de Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Ediciones de la Universidad del Pacífico. Asunción. Año 2001.
27. Zanoni, Eduardo. Manual de Derecho de las Sucesiones. Editorial Astrea. 1980.



DERECHO SUCESORIO EN LAS UNIONES DE HECHO. PARAGUAY

Por Arnaldo Samuel Aguirre*

INSTITUCION SOCIAL

La unión de hecho o concubinato tiene raíces profundas en nuestra sociedad, cuyo origen arranca de la época colonial. El mestizaje ha sido producto de este tipo de unión. A este hecho histórico, se une la guerra grande, en que prácticamente desapareció una generación de hombres, a quienes sobrevivieron mujeres, niños y ancianos. Además, debemos reconocer la incidencia notable en nuestra población de la epopeya del Chaco que costó una gran sangría masculina. Tampoco debemos olvidar la influencia que tuvieron las revoluciones armadas que han sido muy frecuentes en el pasado y que costaron muchas vidas. Estas circunstancias históricas hicieron que el concubinato fuera una práctica muy común en nuestro país. Como institución social, existe sin ningún reparo y tiene fuerte aceptación en el consenso social, más aún, en el interior del país. Pero, su estudio más bien corresponde a la Sociología, siendo nuestro propósito destacar que la unión de hecho como institución social tiene un fuerte arraigo popular, existiendo entre los concubinos un tácito acuerdo de los deberes personales que cada uno de ellos cumplen para una armónica convivencia.

INSTITUCION JURIDICA

La normativización de la unión de hecho apareció en el art. 4° de la Ley 236/54 (De los Derechos Civiles de la Mujer). Continuó en el Código Civil,

*) Ponencia presentada en las Terceras Jornadas de Derecho Comparado del Mercosur. Asunción, 16 y 17 de mayo de 2002.

*) Miembro del Tribunal de Apelación del Menor, Primer Sala, Capital.

Ley 1183/85, bajo el capítulo “De la Unión de Hecho”, desde el art. 217 al 224. La Constitución Nacional del 20 de junio del año 1992, en el párrafo 20 del art. 51, norma sobre esta institución. La Ley N° 1, del 25 de junio de 1992, que reformó parcialmente el Código Civil, introduce nuevas normativas, derogando las anteriormente vigentes en el Cód. Civil. En este punto, aparecen taxativamente las reglas del derecho sucesorio de los concubinos.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA UNION DE HECHO

Para ver con claridad estos elementos es necesario transcribir los artículos pertinentes de la Constitución Nacional y de la Ley N° 1/92.

El art. 51, párrafo 2° de la C.N. dice cuanto sigue: “Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”. Por su parte el art. 83 de la Ley N° 1/92 regla de la siguiente manera: “La unión de hecho constituida entre un varón y una mujer que voluntariamente hacen vida en común, en forma estable, pública y singular, teniendo ambos la edad mínima para contraer matrimonio y no estando afectados por impedimentos dirimientes producirá efectos jurídicos conforme a la presente ley”. El art. 84 preceptúa: “En la unión que reúna las características del art. precedente que tuviera por lo menos cuatro años consecutivos de duración, se crea entre los concubinos una comunidad de gananciales, que podrá disolverse en vida de ambos o por causa de muerte, debiendo en los dos casos distribuirse los gananciales entre los concubinos o entre el sobreviviente y los herederos del otro por mitades”. El art. 85 continúa: “Cuando de la unión expresada hubieren nacido hijos comunes, el plazo de duración se considerará cumplido en la fecha del nacimiento del primer hijo”. Pues bien, encontramos de la conjunción de la norma constitucional y las previstas en la Ley N° 1/92, estos elementos:

a) Unión de un varón y una mujer, o sea, la singularidad por similitud al matrimonio monogámico;

b) Aptitud nupcial, ya que ambos no deben tener impedimentos dirimientes. La ley nos reenvía a los impedimentos dirimientes absolutos y relativos previstos en los arts. 17 y 18 de la Ley N° 10/92. Aclaramos que en relación a la edad, ambos deben tener un mínimo de 16 años cumplidos, porque la dispensa judicial de edad a partir de los 14 años y antes de cumplir los 16 años rige únicamente para la celebración del matrimonio;

c) Pública. Este hecho resulta de la elección de un domicilio común, asiento principal de la residencia de los concubinos, como así mismo por ciertos hechos que configuran similitudes a la posesión de estado de casado;

d) Estable. Denota continuidad en la relación concubinaria;

e) Plazo. La unión debe tener cuatro años de duración consecutiva que es el plazo legal para que se produzca la comunidad de gananciales. Este plazo se cumple fictamente con el nacimiento del primer hijo.

BIENES GANANCIALES. PROPIOS Y RESERVADOS

La ley, al establecer una comunidad de gananciales, señala un efecto similar al matrimonio. Celebrada la unión matrimonial sin convención, rige el régimen de comunidad de gananciales, en el que se distinguen estos bienes: gananciales, propios y reservados

Bienes Gananciales: Son bienes gananciales los enumerados en el art. 32 de la Ley 1/92. Valga como criterio general aquellos bienes que se adquieren durante la unión concubinaria protegida por la ley (art. 87).

Bienes Propios: Son los enumerados en el art. 31 de la Ley 1/92. En principio son todos los bienes adquiridos al momento de contraerse la unión (art. 87).

Bienes Reservados: Son los bienes especificados en el art. 75 de la ley mencionada y corresponde la administración a cada uno de los concubinos (art.87).

La referencia que hacemos se vincula estrechamente al régimen sucesorio de los concubinos.

REGIMEN SUCESORIO DE LOS CONCUBINOS

La unión de hecho protegida por la ley tiene consecuencias en la transmisión de los bienes por causa de muerte de uno de los concubinos a favor del que sobrevive, según dispone el art. 91 de la Ley N° 1/92.

En el análisis del derecho sucesorio de los concubinos se impone realizar una distinción muy importante por sus efectos:

Unión concubinaria sin asiento registral; y unión concubinaria con asiento registral.

Unión concubinaria sin asiento registral.

El art. 91 de la Ley 1/92 dice cuanto sigue: “Si la unión termina por muerte de uno de los concubinos, siempre que ella tuviera cuanto menos cuatro años de duración, el sobreviviente recibirá la mitad de los gananciales, y la otra mitad se distribuirá entre los hijos del fallecido, si los hubiere. Si el causante tuviere bienes propios, el concubino supérstite concurrirá con los hijos en igualdad de condiciones de éstos. El derecho de representación del concubino supérstite sólo se extiende a sus descendientes en primer grado”. Artículo 92: “Si el fallecido no tuviere hijos pero dejare ascendientes, el concubino sobreviviente concurrirá con ellos en la mitad de los gananciales, por partes iguales”. Artículo 93: “Si el causante no tuviere descendientes ni ascendientes, el concubino supérstite recibirá todos los bienes del mismo, excluyendo por tanto a los colaterales”.

El derecho del supérstite a los bienes gananciales, en concurrencia con los hijos.

La ley exige un mínimo de cuatro años de duración de la unión concubinaria. Es lógico que existiendo hijos, el cómputo del plazo se considera cumplido en la fecha del nacimiento del primer hijo. En este caso, concurriendo con los hijos del causante, retirará solo la mitad de los gananciales de la comunidad disuelta.

Derecho del supérstite a los bienes gananciales, en concurrencia con ascendientes.

Se exige un mínimo de cuatro años de duración del concubinato. El sobreviviente retira la mitad de los gananciales, y en la otra mitad concurre con los ascendientes en partes iguales.

Derecho a los bienes gananciales, no existiendo descendientes ni ascendientes.

El supérstite recibe todos los bienes gananciales, con exclusión de los colaterales.

Derecho a los bienes propios del causante en concurrencia con los hijos del autor.

El concubino supérstite concurre en igualdad de condiciones con los hijos del causante.

Derecho a los bienes del sucesorio, sean propios o gananciales, no existiendo descendientes ni ascendientes

En este caso el sobreviviente retira todos los bienes.

La legítima y la unión de hecho sin asiento registral

Hemos visto que excluye a los colaterales del causante. En este punto participa del carácter de un heredero forzoso. Pero, la ley no establece porción legítima para el supérstite, conditio sine qua non para que entre a funcionar ese instituto del derecho sucesorio en la relación concubinaria disuelta por causa de muerte.

Unión concubinaria con asiento registral

Distinta situación se plantea cuando el concubinato tiene inscripción en el Registro del Estado Civil.

El art. 86 de la Ley 1/92 dispone: “Después de diez años de unión de hecho o concubinaria, bajo las condiciones expresadas, podrán los concubinos mediante declaración conjunta formulada ante el encargado del Registro del Estado Civil o el Juez de Paz de la jurisdicción respectiva, inscribir su unión, la que quedará equiparada a un matrimonio legal, incluso a los efectos hereditarios, y los hijos comunes se consideraran matrimoniales. Si uno solo de los concubinos solicita la inscripción de la unión, el Juez citará al otro concubino y luego de escuchar las alegaciones de ambas partes decidirá en forma breve y sumaria”.

a) Plazo

Dentro del plazo de diez años debe computarse cuatro años cumplidos en la fecha del nacimiento del primer hijo.

b) Formalidad

1. La inscripción debe efectuarse en el Registro del Estado Civil, por más que la ley haga referencia al Juzgado de Paz. Históricamente el Registro del Estado Civil en el interior del país estuvo a cargo de los Jueces de Paz, aunque hoy día están separados. De ahí que la declaración conjunta debe formularse ante el Oficial del Registro Civil, donde se hallen domiciliados los concubinos.

2. Si la inscripción es solicitada por uno solo de los concubinos, el Juez de Paz es competente para entender en la cuestión. Si su decisión es favorable y se halla firme, la inscripción deberá efectuarse en el Registro del Estado Civil de la localidad donde residen los concubinos, en un libro especial.

c) Efectos

En cuanto a los efectos de la inscripción, el art. 86 de la ley que comentamos dispone que se equipara al matrimonio legal. En cambio, el párrafo 2º, del art. 51 de la C.N. consagra que la unión de hecho produce efectos similares al matrimonio dentro de las condiciones que establezca la ley.

Existe una diferencia conceptual importantísima entre los vocablos “equiparación y similitud”. El matrimonio crea entre los esposos efectos personales y patrimoniales. Si la inscripción de la unión concubinaria equipara al matrimonio, deberá estarse a estos dos efectos. Pero, la ley no establece cuáles serían los efectos personales. No olvidemos que el matrimonio es un impedimento dirimente, mientras subsista el vínculo; crea parentesco de afinidad; los esposos tienen el derecho y el deber de cohabitar, de ser fieles y de prestarse mutua ayuda. La mujer casada tiene el derecho de usar el apellido del marido y viceversa. En mi opinión es evidente que estos efectos no los tiene la unión concubinaria inscrita. De cualquier manera se abre una gran brecha para el debate.

La unión de hecho inscrita tiene efectos similares al matrimonio en relación al derecho hereditario, según el art. 91 de la Ley 1/92, en concordancia con el art. 51 de la Constitución Nacional, motivo para aplicar el orden de la sucesión de los cónyuges de acuerdo a las previsiones del C.C. y la Ley 204/93.

Respecto a los bienes gananciales

Concurriendo con los ascendientes extramatrimoniales tiene derecho a una cuarta parte sobre el haber líquido de los gananciales. Este beneficio no

existe cuando el concubino concurre con los descendientes o ascendientes matrimoniales del causante (art. 2588 del C.C. y ley 204/93).

Respecto a los bienes propios.

Por aplicación del art. 2586 del C.C.

1. Igual al que corresponde a cada uno de los hijos del autor;
2. La tercera parte si concurre con los padres del causante y la mitad si sólo quedare uno de ellos;
3. La totalidad si no existen descendientes ni ascendientes.

El concubinato inscripto no crea parentesco por afinidad, circunstancia que le impide al sobreviviente concurrir en la sucesión de los padres del concubino fallecido, teniendo presente que el cónyuge tiene derecho a concurrir en la sucesión de los suegros, en las condiciones previstas en la ley.

Derecho a los bienes propios y gananciales

El art. 93 de la referida ley dispone: “Si el causante no tuviere descendientes ni ascendientes, el concubino supérstite recibirá todos los bienes del mismo, excluyendo por tanto a los colaterales”.

Derecho a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones

El art. 94 dispone: “El supérstite en las uniones de hecho que tuviere cuanto menos cuatro años de duración gozará de los mismos derechos a las jubilaciones, pensiones e indemnizaciones que corresponda al cónyuge”.

La ley expresamente señala un efecto similar al matrimonio, independientemente si tiene o no asiento registral el concubinato.

La legítima y el asiento registral del concubinato.

La unión concubinaria inscripta tiene efectos similares al matrimonio, conforme hemos dicho anteriormente. Siendo así, el supérstite tiene porción legítima, en igual situación que el cónyuge (art. 2598, pfo. 3° del C.C.)

Conclusiones

1) La ley atribuye diferentes consecuencias, según el concubinato tenga o no asiento registral. Por medio de la inscripción, consagra el principio registral de convalidación, en este caso, al matrimonio, en lo que respecta al derecho sucesorio.

2) La diferencia introducida crea un sistema híbrido que reclama urgente ajuste, suprimiendo la confusión que trae esta formalidad. La registración de la unión concubinaria tendría que ser al solo efecto de tener la prueba formal del hecho y su publicidad en relación a terceros.

3) Por otra parte, si bien la registración favorece los aspectos señalados, en nuestro país no existe la práctica registral del concubinato, siendo por ahora letra muerta la ley, a pesar de la facilidad de su formalización.

4) Existe por consiguiente un régimen sucesorio de los concubinos bastante confuso y que se abre a la polémica.



LA ETICA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES

Oscar B. Llanes Torres*

En el Koê-ti del siglo XXI, nos deparamos con un mundo achicado, con un planeta que se ha vuelto diminuto, con una población exacerbada por molestias físicas y espirituales, por violencias e injusticias, pero también, con un alucinante avance de la tecnología en todos los campos y en todos los niveles, provocando incertidumbre y tensiones, inseguridad y desamparo, esperanza y gloria.

El hombre desde la más remota antigüedad consideró que aislarse era extinguirse, buscó a sus iguales, incorporó a diferentes, fomentó el crecimiento, creó reglas, elaboró códigos, buscó al Creador del universo, encontró sus rastros pero no conoció su rostro, practicó la virtud y alimentó desconfianza, generó dudas y admiró la belleza, produjo arte y ciencia, descubrió el amor y sintió la paz, pero también creó la guerra y enfrentó a su hermano, lo hirió de muerte y aprendió a llorar. Se formaron las familias que se extendieron y se transformaron en tribus, éstas prosperaron hasta la creación de ciudades y las ciudades en estados, igual a su creador, algunos libres y otros esclavos, soberanos y vasallos.

Así, enfrentados y a veces hermanados, corrieron los tiempos veloces y terribles, espantados y espantosos, maravillados y sorprendidos, aprendió a vivir su presente y su inevitable cambio, transformaciones súbitas y otras lentas, demorados, elaborados como orfebres, artesanos de cuya alma nacen ideas, visiones, sueños y materializan con precisión sus devaneos y sumas de amor y odio, de perdón y rencor, de vida y muerte, de música y poesía.

*) Diplomático y Profesor Universitario.

El mundo continúa su inexorable paso, su alucinante experiencia de vivir y querer vivir, donde surgen los Mesías, salvadores y guerreros, los valientes y cobardes, los que dirigen y son dirigidos, los buenos y malos, los muchos y los pocos.

Llegamos hasta hoy, con un universo poblado de un género humano asustado, su hábitat es desolador, la riqueza de los poderosos nos hace espantadizos y la pobreza nos endilga. Se crearon robots, se perfeccionaron armas de extinción masivas, se descubrieron medicinas para salvar vidas y mejorar la existencia, pero en forma paralela se fabrican armas de destrucción, y me pregunto asombrado: ¿qué queremos?, queremos vida y buscamos la muerte, deseamos una inmejorable calidad de vida, sin embargo producimos venenos y químicos que destruyen y dañan la misma vida.

En ese ambiente, apasionante, deslumbrante sentido de la vida que damos los seres humanos a nuestras relaciones formales y familiares, sociales, culturales y en donde nos llega a la mente una reciente afirmación del escritor mexicano Carlos Fuentes, cuando dice: “Vivimos en el Quinto Sol, el Sol del Movimiento”, ya pasaron los cuatro soles, el del agua, el viento, tierra y fuego, y el “Sol del Movimiento”, de los desplazamientos más tristes, de las ideas más dolorosas y las llegadas más traumáticas, seres humanos humillados por sus hermanos y que producen irónicamente, arte y ciencia, y olvidó las virtudes y enterró sus principios y perdió la brújula, porque mora en la neblina.

Las razones enunciadas nos inclinan a pronosticar nuevos y buenos tiempos, pero con las condicionantes de que se deben recuperar y aún es tiempo, pues, ya tuvimos los ciclos más variados, el de las luces: el renacimiento, las cruzadas, las conquistas, las colonias, las independencias, las guerras, los desastinos, la división del planeta; oriente y occidente, capital y trabajo, pobres y ricos, fuertes y débiles.

Las relaciones internacionales y el análisis político/diplomático han planteado nuevas y profundas transformaciones que toda la sociedad internacional la resiente, llenando los viejos valores de nuevos conceptos inaugurando nueva agenda y creando nuevas conductas, removiendo conciencia para darle la vitalidad disminuida, el vigor de antaño y la fortaleza que necesita.

Aún es tiempo para creer que el dinamismo de las relaciones internacionales se basa no sólo en los intereses, sino que es posible crear y desarrollar unas nuevas relaciones interestatales; inaugurando nueva agenda y creando

nuevas conductas, remover viejos valores, darle la vitalidad disminuida, el vigor de antaño y la fortaleza que necesita.

El periodista argentino Mariano Grondona, en su libro “Bajo el Imperio de las Ideas Morales. Las causas no económicas del desarrollo económico”, defiende la tesis de que el desarrollo de las naciones está íntimamente ligado al respeto expreso de valores morales y principios históricos, citando como ejemplo, para probar, que las grandes civilizaciones, entre ellas, la contemporánea, se han desarrollado bajo el imperio de una idea moral.

Continuando con Mariano Grondona, nos ilustra diciendo: “Desde Aristóteles, pasando por David Hume y Martin Heidegger, el desarrollo de los Estados Unidos de América, hasta convertirlo en el único poder imperial de nuestro tiempo, nació, creció y prosperó bajo la égida de valores morales de su pueblo”.

Las diferencias resaltantes de los Estados desarrollados y subdesarrollados están circunscriptas bajo criterios definidos:

- 1°.- La estricta conciencia jurídica de la sociedad; y
- 2°.- Valores morales ejercidos con firmeza desde el seno familiar; y
- 3°.- El ejercicio político en acelerada devaluación en todos los niveles, marca nuevos rumbos y estilos en las relaciones de los pueblos.

Los precedentes criterios llegaron a los Estados subdesarrollados con diferente coloración y vigor, mientras los dos primeros criterios citados nos legaron con cierta timidez, el tercero llegó con absoluta firmeza y extensión.

La agenda internacional con sus temas específicos cargados de ironías y repletos de dobles discursos: Por un lado, la única potencia del mundo, genearme y guardián nos incita a cultivar la democracia, la paz, la solidaridad, y por otro, se perfeccionan las armas, se promueve la homogeneidad de la información, se fomenta la intriga política, se venera la mentira política: quien no está conmigo, está contra mí, la cultura del egocentrismo, se fomenta la paz y se promueve la guerra. La contradicción y la ironía.

La sociedad internacional busca los mecanismos adecuados para salvaguardar sus peculiaridades individuales, la lucha es ardua y tenaz, a veces solitaria, a veces con ecos, existe una esperanza cuando los niños que nacen hoy y que aún en las entrañas que le da vida reciben el cántico de amor, la

transmisión sensible, el susurro suave de la validez del amor, de la paz y la fraternidad entre todos los seres.

Asunción (Paraguay), 21 de noviembre de 2002.



¿PUEDE UNA NUEVA CONSTITUCION NACIONAL MODIFICAR LOS TRATADOS BINACIONALES SUSCRITOS POR EL ESTADO PARAGUAYO?

Por Adolfo Ozuna*

INTRODUCCION

El título de esta presentación debe colocarse necesariamente, en los campos del Derecho Constitucional, Derecho Interno y del Derecho Internacional Público y Derecho Internacional.

“Supremacía de la Constitución”

“La Ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”. (Art. 137 C.N.)

El Derecho Constitucional conlleva, entre otras cosas, el concepto de soberanía: “Capacidad de un Estado, como ente del Derecho Público Internacional, para decidir, sin presiones externas, su organización interna propia y su sistema de relacionamiento con los otros Estados”.

“De los tratados internacionales”

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o de-

*) Profesor Asistente de Deontología Jurídica del Sexto Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA.

positados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137”. (Art. 141 C.N.)

EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

“Por definición, cada uno de estos derechos tiene en principio campo de acción propio; sin embargo, en la práctica se encuentran a menudo puntos de contacto entre uno y otro, zonas de interferencia en que la colisión se hace inevitable cuando sobre un mismo objeto recaen normas distintas establecidas en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional” (Derecho Internacional Público. Podestá Costa – Ruda. Tomo 1. Impresiones Sud América. Abril 1994. pág. 40).

“Los autores al examinar el problema del punto de vista puramente abstracto se dividen en dos grupos: *Dualistas* y *Monistas*”.

“Según los *dualistas* – Triepel (1899) Anzilotti (1905) etc., el derecho Internacional forma dos órdenes jurídicos independientes, que difieren por sus fuentes, por las relaciones que rigen y por los sujetos a quienes ligan; uno y otro derecho se mueven en campos distintos, dentro de dos círculos que cuando más se tocan pero nunca se superponen. Por consiguiente, agregan que las normas del Derecho Internacional no tienen fuerza obligatoria en el interior de un Estado sino en virtud de su “recepción”, esto es, por medio de un acto legislativo que los transforma en reglas de Derecho Interno”.

Según los *monistas* – Kelsen (1920), Wenzel (1920), Verdross (1923) Bourquin (1931), Scelle (1932) etc., todo sistema jurídico es una construcción jerárquica de reglas que, extraídas unas de otras, se van erigiendo a modo de una pirámide”.

“Los monistas sostienen que el Derecho Interno y el Derecho Internacional son dos ramas de un mismo sistema jurídico” (idem. pág. 41).

“Cuando se trata de la aplicación de tratados en el orden interno también podemos distinguir, como en el caso anterior, entre aquellos regímenes constitucionales que contienen disposiciones al respecto y los que carecen de ellas”.

“Los primeros pueden clasificarse en aquellos sistemas que confieren valor de Derecho Interno a los tratados: a) aquellos que contienen cláusulas

afirmando la supremacía de los tratados y b) aquellos que prevén la formulación de una Ley” (idem. pág. 43)

AMBITO CONSTITUCIONAL VIGENTE AL TIEMPO DE LA SUSCRIPCION DE LOS TRATADOS QUE CREAN LA “ITAIPU BINACIONAL” Y “LA ENTIDAD BINACIONAL YACYRETA”.

Según lo establecido en la Constitución Nacional de 1967 (y después en la de 1992), el sistema jurídico paraguayo adoptó el concepto monista, es decir, confiere valor de Derecho Interno a los tratados ratificados por ley.

En la República Argentina regía la Constitución de 1853, con las modificaciones parciales de 1860, 1866, 1898 y 1957. (La Constitución Nacional reformada, comentada interpretada y concordada – Roberto Dromi – Eduardo Menen, Ediciones Ciudad Argentina – Noviembre de 1994, pág. 8).

La constitución del Brasil fue substituida por la promulgada el 5 de octubre de 1988.

Tal era el ámbito constitucional de las partes al tiempo de la celebración de los Tratados de Itaipú y Yacyretá que integran del Derecho Interno del Paraguay.

LA “CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS”

La “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” (Viena, 23 de mayo de 1969), fue ratificado por nuestro país por Ley N° 289 del 28 de octubre de 1971. Depositó su adhesión el 3 de febrero de 1972. “Art. 83. Adhesión. La presente convención quedará abierta a la adhesión de todo Estado perteneciente a una de las categorías mencionadas en el Art. 81. Los instrumentos de adhesión se depositarán en poder del Secretario General de las Naciones Unidas” (“Instrumentos Internacionales Fundamentales”- Juan Bautista Rivarola Paoli – Intercontinental Editora. Asunción – Paraguay, 1999, págs. 533 y sgtes.)

Por tanto, dicho Convenio integra el Derecho Positivo Interno de la República del Paraguay, conforme a lo previsto en el Art. 8° de la Constitución de 1967, entonces vigente y de acuerdo a lo previsto en el Art. 141 de la Constitución Nacional de 1992, el que, con mayor precisión gramatical, expresa lo mismo.

LO QUE SE ENTIENDE POR “TRATADO”

La Convención del “Derecho de los Tratados en su artículo 2º establece: “Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

De allí que, a los efectos de la citada Convención, resulta irrelevante que a los acuerdos internacionales se los denomine “notas diplomáticas”, “notas reversales”, “protocolos” o como se quisiera, ya que todos ellos, cualquiera que sea su denominación particular, se entenderán esos instrumentos por: “tratado”,

LOS TRATADOS BILATERALES DE ITAIPU Y DE YACYRETA

Nuestro país, en su carácter de Estado con personalidad jurídica de Derecho Internacional, suscribió con la República Federativa del Brasil el “Tratado” que crea la “Entidad Itaipú Binacional”, el 26 de abril de 1973.

En el mismo carácter, suscribió con la República Argentina el “Tratado” que crea la Entidad Binacional Yacyretá, el 3 de diciembre de 1973.

Dichos tratados fueron celebrados y ratificados por nuestro país teniendo en cuenta la citada Convención ya que ésta es anterior a dichos “Tratados”.

LAS MODIFICACIONES CONSTITUCIONALES EN LA ARGENTINA EN LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL

En los respectivos textos constitucionales de los Estados citados, no existe mención expresa de las Entidades Binacionales en objeto.

Conviene resaltar este hecho, para advertir sobre lo que fue incorporado en la Constitución Nacional de 1992, respecto a las mismas y algunas manifestaciones publicadas, las que pretenden establecer que, en razón de la denominada “Supremacía de la Constitución”, cuando ésta fuere modificada por otra nueva podrían alterarse los términos de aquellos tratados.

EL CUMPLIMIENTO DE LOS TRATADOS

Art. 26, de la Convención: “Pacta sunt servanda”. “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Art. 27 de la Convención: “El Derecho Interno y la observancia de los tratados”. “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 46”.

La Sección 2, NULIDAD DE LOS TRATADOS. “Disposiciones de Derecho Interno concernientes a la competencia para celebrar tratados”. “1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho Interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno”. “2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual de buena fe”. (Juan B. Rivarola Paoli, op. cit. pág. 539).

De la conjunción de las normas contenidas en las transcripciones precedentes, resultan algunos efectos o consecuencias jurídicas relevantes, resumibles como siguen:

a) Que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su Derecho Interno:

Aun en este supuesto, no podrá ser alegado por un Estado, como vicio de su consentimiento, para incumplir las disposiciones de un tratado.

b) Quedaría por definir o determinar que la “violación sea manifiesta” y “afecte a una norma de importancia fundamental de su Derecho Interno”.

Podría asumirse la hipótesis que, en el caso de la República del Paraguay, se hubiere suscripto un tratado que viole el Art. 155 de la Constitución Nacional de 1992, vigente que dispone: “Del territorio, de la soberanía y de la inenajenabilidad”. “El territorio nacional jamás podrá ser cedido, transferido, arrendado, ni en forma alguna enajenado, aun temporalmente, a ninguna potencia extranjera”.

Indudablemente esta norma es de importancia fundamental del Derecho Interno.

Vale decir que, si se suscribiere un Tratado entre la República del Paraguay u otro Estado cualquiera, en donde se ceda, transfiera, arriende o enajene el o una parte del territorio nacional, podría aplicarse, contra tal tratado la excepción prevista en el Art. 46 de la Convención que estamos comentando.

Todavía quedaría por definir, para el supuesto que estamos examinando, si aun así el otro Estado que suscribió (y se obligó) podría alegar la “buena fe”, que implica el otro presupuesto previsto para el incumplimiento de un tratado.

Tal “derecho” de la otra Alta parte Contratante que, en conocimiento de la violación de una norma fundamental del Derecho Interno del otro Estado, suscribió el “Tratado”, no puede oponerse a la nulidad de ese Acuerdo. Esto último se sustenta en el citado Art. 26. *Pacta Sunt Servanda*, del Convenio sobre el Derecho de los Tratados.

LA MODIFICACION DEL DERECHO INTERNO DEL PARAGUAY (1992)

La Constitución Paraguaya de 1967, vigente al tiempo de la suscripción, ratificación, canje de documentos etc. de los Tratados Binacionales en objeto, no contemplaba, por ejemplo, la prohibición de la doble remuneración (Art. 105 C.N. 1992) y la obligación de hacer declaración de bienes y rentas de los funcionarios y empleados públicos, incluyendo los de elección popular, los de entidades estatales, binacionales, autárquicas, descentralizadas y, en general quienes perciban remuneraciones permanentes del Estado, están obligados a prestar declaración jurada de bienes y rentas, dentro de los quince días de haber tomado posesión de su cargo y en igual término al cesar el mismo. (Art. 104 C.N. 1992).

Estas normas implican una modificación del Derecho Interno de la República del Paraguay, en cuanto a lo previsto en los tratados que crean las Entidades Binacionales mencionadas.

Los dos tratados mencionados previeron la posibilidad de que, “en la medida de lo posible, serán utilizados en forma equitativa, la mano de obra, especializada o no” (Art. XI – Tratado de Itaipú) (Art. XI. 1. Tratado de Yacyretá).

Luego, en los dos emprendimientos, podrían prestar sus servicios, personal de nacionalidad paraguaya, argentina o brasileña (según que se trate de naturales de cada país contratante).

Sería un contrasentido exigir la declaración jurada de bienes y rentas a un argentino o brasileño que presta sus servicios en esas Binacionales, porque la Constitución Paraguaya de 1992, así lo determina.

Este ejemplo demuestra que, cuando se substituyó la Constitución Nacional de 1967 por la hoy vigente, no se tuvieron en cuenta las normas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y muy especialmente los Artículos 26 y 27 de la misma.

CONCLUSION

No es por la vía de la promulgación de “nuevas” Constituciones que los Estados Partes de un Tratado en vigor, puedan modificar unilateralmente ningún Tratado.



CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

Por Carlos A. Fernández Villalba*

Es importante destacar el ambiente en que se desarrolla la actividad náutica, para tener una idea de la importancia del conocimiento de embarque, no solamente en un carácter documental, sino como un elemento activo dentro del comercio marítimo.

El globo terráqueo está compuesto por 7/10 partes de agua, lo que significa que 510 millones de km² de la superficie total del planeta, 361 millones de km² está ocupado por océanos, mares y ríos.

Podemos decir, entonces, que el transporte por agua es el más importante. Un dato reciente del organismo técnico de Naciones Unidas arroja un volumen de transporte de más 6.000 millones de toneladas métricas al año y para América Latina, según ALADI, el transporte fluvial significó el movimiento de más de 600 toneladas el año anterior.

Dentro de la hidrovía, hay un ámbito territorial de 5.000.000 de km², con una población de 40.000.000 de habitantes y un volumen económico de más de 5.000 millones de dólares.

Es importante recordar que la primera necesidad que sintieron los pueblos antiguos, era el intercambio comercial y a través del mismo vino lo cultural. El medio natural era la navegación por agua, por las razones ya expresadas.

*) 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.

El intercambio comercial creó un derecho viviente que regía estas relaciones, y fue así que el Derecho Consuetudinario, que aún tiene plena vigencia en nuestro ordenamiento legal, y en la actividad marítima, presenta algunos antecedentes de la materia que nos ocupa. Así la LEY RODHIA, nacida en la isla de Rodas, llevada a Roma bajo la denominación de Lex Rodhia de jactu, sancionada por Justiniano o la recopilación de sentencias marítimas de la isla de Olerón, en Francia, o las leyes de Wisby que rigieron en los países bálticos.

Los adelantos tecnológicos introdujeron importantes transformaciones en la actividad del transporte naval, específicamente la propulsión de sus motores y los medios de comunicación.

Dentro de las innovaciones que los progresos tecnológicos incorporaron en la navegación, encontramos un instrumento que nació en el ámbito del negocio del transporte por agua y que es el CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. El mismo forma parte de los contratos de fletamento de transporte de mercaderías por agua. Como todas las instituciones del Derecho de la Navegación, ha sufrido importantes innovaciones a través del tiempo, especialmente en los últimos años, en que las instituciones jurídicas han acompañado al desarrollo del transporte y de los nuevos hechos técnicos. El Derecho Codificado ha sido superado en muchos aspectos; por tanto, los comerciantes han ido creando nuevos instrumentos en función de sus necesidades y en virtud del principio de la libertad contractual, que en la práctica constituye el verdadero derecho viviente.

Las diferentes legislaciones latinoamericanas siguieron el modelo del Código Francés de 1808 y las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que sirvieron de base al Código Español y en todas ellas en forma clara se establece que el conocimiento de embarque es un documento formal y solemne, otorgado por el Capitán y vinculado al contrato de fletamento, mientras que en la actualidad tiende a convertirse en un documento ágil, que facilite las operaciones comerciales y a constituirse en documento independiente del contrato de transporte.

2. ANTECEDENTES NACIONALES

Al igual que Roma a los pueblos conquistados por ellos, los españoles impusieron sus usos, costumbres, idiomas y sus leyes. De allí podemos decir que a partir del descubrimiento del Paraguay, rigieron en América las leyes españolas. Queremos significar que las leyes y ordenamientos que citaremos solamente corresponden a aquellas que hacen relación con el derecho marítimo.

2.1 DESDE EL DESCUBRIMIENTO HASTA LA INDEPENDENCIA

1 LAS PARTIDAS

2 LAS ORDENANZAS REALES DE CASTILLA (1484).

3 RECOPIACION DE LOS REINOS DE LAS INDIAS

4 NOVISIMA RECOPIACION DE LAS LEYES DE ESPAÑA

2.2 PERIODO INDEPENDIENTE

1) RECOPIACION DE INDIAS

2) ESTATUTO PROVISORIO DE JUSTICIA DE 1842

3) CODIGO MERCANTIL ESPAÑOL

4) EL CODIGO DE COMERCIO DE 1870

5) CODIGO DE COMERCIO DE 1891. El 29 de agosto de 1891 se promulgó la nueva ley de adopción. Por esta ley se derogó la adopción hecha en 1870 y se adopta el Código de Comercio sancionado por el Congreso Argentino el 5 de octubre de 1889, que estuvo vigente hasta el año 1903.

6) CODIGO DE COMERCIO DE 1903. Se mantiene la adopción hecha pero con las modificaciones introducidas al libro IV por el Congreso Argentino en el año 1902 y que es la adopción que subsiste con relación al instituto de nuestro estudio.

7) CODIGO CIVIL PARAGUAYO DE 1986. El Código legisla sobre obligaciones de carácter civil y comercial, por lo que expresamente en el art. 2.810 derogó el Código de Comercio promulgado el 29 de agosto de 1891 y sus modificaciones, con excepción de su libro tercero que trata De LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE RESULTAN DE LA NAVEGACION y en particular sobre el conocimiento de embarque en su Título VII, Sección II.

1. PRINCIPALES CONVENIOS INTERNACIONALES

Dentro del contexto de la regulación internacional en materia de conocimiento de embarque tenemos las siguientes convenciones:

1.1 CONVENCION PARA LA UNIFICACION DE CIERTAS REGLAS EN MATERIA DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE (BRUSELAS 1924)

La referida Convención tuvo por objeto unificar ciertas reglas relativas al conocimiento de embarque, debido sobre todo al conflicto surgido entre armadores, cargadores, aseguradores y banqueros, en relación a las cláusulas de responsabilidad del transportador.

1.2 CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL TRANSPORTE MARITIMO DE MERCADERIAS O REGLAS DE HAMBURGO 1978

Esta Convención devino como consecuencia de una partida de intentos de reformas de la Convención de Bruselas de 1924 y sus protocolos ampliatorios de 1968 siendo característica de la presente la de ampliar el plazo de la responsabilidad del transportador dejando establece que la misma no sólo comienza con la carga y termina con la descarga, sino estableciendo de que la responsabilidad perdura desde que la mercadería está bajo la custodia del porteador en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga. La Convención igualmente regula sobre la emisión del conocimiento directo, lo que evidencia la enexcusabilidad de la responsabilidad del porteador por ser éste el que recibe la totalidad del flete.

1. EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO

El derecho positivo paraguayo en materia de regulación del conocimiento de embarque está comprendida por:

El Código de Comercio Libro Tercero, Título VII Sección II, del art. 1028 al 1047.

Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Tratado Internacional para la Unificación de ciertas reglas relativas a conocimiento de embarque de Bruselas de 1924, ratificado por nuestro país en fecha 5 de junio de por Ley N° 1025.

2. GENERALIDADES

El estudio comparativo de la legislación existente en materia de conocimientos de embarque en los países latinoamericanos, con excepción de Brasil,

nos permitirá evaluar una situación que representa una realidad en muchos aspectos diferentes de la que se usa en la práctica.

Las normas que reglamentan el Contrato de Fletamento y, por ende, el conocimiento de embarque están en la mayor parte de los casos contenidas en los respectivos Códigos de Comercio, o bien en leyes especiales, tal como la Ley de Navegación y Comercio de México.

La legislación marítima latinoamericana actual tiene su raíz en el Código de Comercio francés de 1808 y en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 que sirvieron a su vez de base al Código de Comercio Español, al igual que las Ordenanzas de Colbert respecto del Código de Comercio francés.

La característica casi uniforme de las legislaciones americanas es que las mismas en su mayoría no acompañan a las nuevas tendencias del transporte, supliéndose por las regulaciones internacionales, pues la característica esencial es que todas las cuestiones directas sobre la responsabilidad del transportador son tratadas en tribunales europeos o norteamericanos, sede de las principales aseguradoras.

EL CONCEPTO DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

Documento éste que en sus orígenes ha sido considerado un recibo de la carga, para pasar a cumplir diversas funciones, adquiriendo así características propias por los diversos efectos jurídicos que produce.

Siendo en la actualidad la piedra angular sobre el que cimienta su base las relaciones jurídicas que surgen del hecho de navegar.

Dado el caso que cumple funciones de recibo de carga, documento de crédito y de contrato de transporte, es irremplazable a la fecha.

Así encontramos los orígenes del conocimiento en los cartolarios de la nave que era asientos realizados por escribanos que acompañaban a la expedición marítima.

Entonces podemos decir que el conocimiento de embarque es el documento público o privado que determina el embarque de las mercaderías y es prueba del contrato de fletamento, determinando al mismo tiempo quién es el propietario de los efectos transportados.

Con el transcurso del tiempo se dio la práctica de la entrega a los cargadores de una prueba escrita de los efectos cargados, que al principio eran nada más que atestiguaciones del cartolario de la nave, pasado en el siglo XIV a convertirse en documento autónomo.

No existe un concepto determinado del conocimiento de embarque en nuestro Código de Comercio ni en la Convención de 1924, limitándose ambas legislaciones a señalar los requisitos que deben enunciar y el valor probatorio de los mismos. Nos arriesgamos a definir el conocimiento de embarque como “el documento utilizado en el transporte marítimo que acredita que la mercadería ha sido cargada, prueba el contrato de fletamento y la titularidad de la propiedad de los efectos transportados, sirviendo igualmente de título de crédito”.

IMPORTANCIA ECONOMICA

Por ser el conocimiento de embarque el documento fundamental en la actividad marítima, es innegable su importancia económica, en una de sus funciones que es la de título de crédito, que es traspasada por simple endoso y determina la rápida comercialización de los efectos cargados incluso antes de que los mismos hayan sido desembarcados del buque.

La gran comerciabilidad de esta forma de mercadería está dada por el hecho de que el conocimiento de embarque igualmente determina la propiedad de los efectos transportados.

NATURALEZA JURIDICA

Como estábamos señalando, el conocimiento de embarque tiene varias funciones; de ahí que la naturaleza jurídica de la misma depende de qué función específica se está enfocando, así:

1. Si se refiere a una función de recibo de carga: el documento prueba la carga de las mercaderías por parte del transportador.

2. Si se refiere como prueba del contrato de transporte: el conocimiento suple a la póliza de fletamento, al establecerse las condiciones del transporte, siendo esta posibilidad de carácter total o parcial, en caso de que exista la póliza de transporte, pero que sobre determinadas condiciones se establezca la cláusula de que se estará de acuerdo a lo establecido en el conocimiento de embarque.

3. Si se refiere como título de crédito: favorece el cobro del valor de la mercadería en contra del destinatario por parte del cargador y el cobro del flete por parte del transportador, teniendo los mismos el carácter de procedimiento ejecutivo.

CONTENIDO DEL CONOCIMIENTO

1. FORMA DEL CONOCIMIENTO

Comúnmente los conocimientos están dentro de la categoría de contratos de adhesión, por tanto constituidos por formularios impresos cuyos claros se llenan en cada caso, en las cuales se hallan contenidos los requisitos exigidos por el art. 1026 del Código de Comercio. Es importante destacar que el Código de Comercio no establece la obligatoriedad de la forma, sino sencillamente se limita a enunciar el contenido de los mismos, que hacen plena fe entre las partes firmantes una vez reconocidas las firmas.

En estas circunstancias, ante la falta del conocimiento de embarque, está abierta la posibilidad de la prueba de la carga de las mercaderías. Es importante señalar que la Convención de Bruselas de 1924 tampoco regulaba sobre la forma ni contenido del conocimiento, dando más libertad al transporte, admitiéndose cualquier documento que pruebe la entrega de la carga. Sin embargo, exigía que el documento debía indicar los efectos cargados y sus identificaciones, número de bultos o unidades, cantidad o peso de las mercaderías y el estado y condiciones de las mismas.

2. FECHA

3. NATURALEZA, ESPECIE, CALIDAD Y CANTIDAD DE LAS MERCADERIAS

4. NOMBRE DEL CARGADOR

5. NOMBRE DEL DESTINATARIO

6. NOMBRE DEL CAPITAN.

7. NOMBRE, NACIONALIDAD Y PORTE DEL BUQUE

8. LUGAR DE PARTIDA Y DE DESTINO

9. FLETE

10. CLAUSULA DE RESERVA

Es importante destacar que una de las características establecidas en el Código de Comercio es que la libertad contractual de las partes y en este sentido, dado el uso internacional, podemos destacar que las regulaciones establecidas en varias convenciones, especialmente las de Bruselas de 1924 y Hamburgo, han determinado una derogación tácita de las principales disposiciones de nuestro derecho marítimo, por las regulaciones contenidas en las citadas convenciones, coincidiendo si en lo referido a las funciones que cumple el conocimiento de embarque, pero diferenciándose sobre todo en lo relativo a la limitación de la responsabilidad del transportador.

PRACTICA INTERNACIONAL – INCORPORACION DE OTRAS FORMAS NO REGULADAS EN EL CODIGO DE COMERCIO

1. CONOCIMIENTO RECIBIDO PARA EMBARQUE.

2. CONOCIMIENTO DIRECTO

3. CONOCIMIENTO DELIVERY ORDERS

4. CONOCIMIENTO SEAWAYBILL

5. CONOCIMIENTO DE EMBARQUE ELECTRONICO

6. CONOCIMIENTO MULTIMODAL

NUEVAS FORMAS DE DOCUMENTACION

Las nuevas tendencias del transporte, formuladas a partir de la nueva tecnología del transporte, han determinado no solamente nuevas maneras de transportar, sino que también han modificado la organización interna de las empresas del transporte, dando lugar al nacimiento de nuevos agentes involucrados, como son los Operadores del Transporte.

La utilización de los contenedores ha determinado la estandarización de los elementos implementados en los buques para el transporte de mercaderías de carga general; así solamente han quedado básicamente subsistentes los bu-

ques para carga específica, como serían las de transporte de granos, minerales y líquidos.

La presencia del contenedor ha determinado la aparición de buques portacontenedores, realizan viajes marítimos, como por aguas interiores, transportándose en diferentes momentos del trayecto, en otros medios de transporte que no son los marítimos, pero la responsabilidad sigue subsistiendo al original agente al que se han entregado las mercaderías para el embarque.

El documento que permite este tipo de transporte y que de uso muy difundido es el conocimiento de transporte multimodal, la cual no solo cumple las funciones tradicionales del conocimiento de embarque, determina igualmente la responsabilidad del transportador y las normas a ser aplicadas.

Así se tejieron diversas conjeturas sobre el valor probatorio de la propiedad por parte de este instrumento, pues diversos transportadores tienen en un momento dado en su poder el documento, por la razón de que la propiedad de los mismos se asemeja a la tradición de los efectos transportados. Pero sin lugar a dudas esta circunstancia no puede ser objeto de problemática desde el momento que la adecuada regulación legislativa esté determinando el valor que pudieran tener los documentos no negociables.

Todas las circunstancias enunciadas han determinado que el conocimiento multimodal se adecua en alguna medida a las nuevas exigencias de la práctica del transporte y que de esta manera su utilización y regulación ha comenzado a darse en gran medida a través de convenciones internacionales sobre la materia; incluso dentro del MERCOSUR la materia de transporte multimodal ha sido motivo de regulación.

CONCLUSION

En el presente trabajo se ha tratado de dar a conocer un documento del derecho marítimo que representa a varias figuras jurídicas, las que producen diferentes consecuencias sin estar definitivamente ligadas unas a otras, cuyos orígenes se remontan a tiempos de las primeras civilizaciones de comerciantes, pasando posteriormente a sistemas jurídicos que han ido evolucionando con el correr de los siglos y al igual que la navegación ha ido adaptándose a las nuevas costumbres del mar y a la tecnología, pero situaciones éstas que no han cambiado su esencia y sus funciones, nos estamos refiriendo por tanto al conocimiento de embarque.

Documento vigente en el nuestro país desde épocas coloniales, y vigente actualmente por medio del Código de Comercio de 1889, cuerpo legislativo adoptado del sistema positivo Argentino, el cual a su vez se inspiró en el Código de Comercio Francés de 1807, que ya fue reformado a principios de este siglo XX.

En solo pensar cómo ha evolucionado la tecnología y la costumbre del hombre en estos cien años de vigencia de nuestro Código de Comercio, nos da la idea de que lo escrito ya no tiene vigencia en la vida real, pero sin embargo quizás se deba a que el Derecho Marítimo tuvo su inicio en las costumbres del mar, tradiciones que con el paso del tiempo se estratificaron en normas escritas, pero que la esencia de la navegación se halla viviente en cada uno de los hechos vinculados a la actividad de navegar por agua, pero para ser sinceros no sólo las circunstancias enunciadas han mantenido de alguna manera la vigencia de nuestro viejo Código de Comercio, que creemos dejará de existir en no mucho tiempo para dar paso a los nuevos proyectos legislativos estudiados en la Comisión Nacional Codificadora y que obran en manos de los Señores Legisladores. Pero volviendo a lo que estábamos señalando debemos acotar que la gran actividad comercial mundial, o como en estos días se dice el comercio globalizado, ha llevado a que las necesidades comerciales marítimas sean solucionadas a través de Convenciones Internacionales que regulen sus usos, a los que el Paraguay en la mayoría de los casos ha prestado su ratificación, lo que de alguna manera ha dado aire nuevo a nuestra legislación.

La importancia del conocimiento no solo esta dada por las funciones que cumplen, sino en la credibilidad que representa lo que el enuncia, quizás hoy en día en nuestro país más que cualquier C.D.A. (Conocimiento Directo) emitido por algún Banco Nacional; está pues ahí la base de su vigencia e importancia, lo que lo ha llevado a ser objeto de convenciones internacionales, para su emisión e incluso darle un nuevo ropaje antes impensado que la emisión electrónica de la misma. Pero jurídicamente hablando pocas veces encontramos un documento que reúne en sí varias funciones y que nada más se ha dado el lujo de dejar en desuso un tipo de contrato jurídico como es el de fletamento.

Como ya habíamos señalado más arriba, la deficiencia en la legislación nacional está en la falta de un cuerpo normativo específico, como sería un Código de Navegación, a fin de evitar situaciones contradictorias con el actual Código Civil y Comercial; pero sin embargo es importante destacar la vigencia del Libro III del antiguo Código de Comercio en todo lo relativo al Derecho Marítimo. Un punto importante que constituye una laguna en nuestra ac-

tual legislación, es lo referente a la falta de un conocimiento de carácter especial para conocimientos directos y transportes específicos de contenedores, sobre todo en lo relativo a las cláusulas exonerativas de responsabilidad del transportador por ríos, pues la realidad es que en la mayoría de los casos las faltantes de mercaderías se verifican incluso en su lugar de origen o durante la travesía oceánica, pero sin embargo la responsabilidad generalmente recae principalmente sobre los armadores Paraguayos, que transbordan las mercaderías hasta nuestro puerto sin el control de las mercaderías, debido a la imposibilidad material y real de realizarla.

Por esta razón sería conveniente la ampliación de nuestro marco normativo marítimo a fin de adoptar las nuevas ideas y usos actuales acordes al ritmo del comercio marítimo de hoy y no permitir que nuestros armadores nacionales comiencen a competir en el transporte de la hidrovía en situación de desventaja contra armadores extranjeros debido a limitaciones de nuestro sistema jurídico positivo en la materia.



EL ESTATUTO DE ROMA Y LA CREACION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Por Linneo Ynsfrán Saldívar*

El Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional es el resultado de un extenso proceso que tiene su culminación exitosa con la aprobación por la Conferencia de Plenipotenciarios, el 17 de julio de 1998, de este importante instrumento jurídico. Como antecedente que sustenta el dictado del Estatuto de Roma, recordemos que al finalizar la Primera Guerra Mundial fue instaurada el único órgano jurisdiccional, la Corte Internacional de Justicia, que funciona en La Haya, Holanda, Tribunal donde se someten los diferendos que surgen entre los Estados, pudiendo ser estas divergencias referentes a personas, cosas o cuestiones relacionadas a la guerra; es decir, es muy amplia la jurisdicción.

En estos momentos todos los Estados miembros se hallan abocados en la difícil tarea de constituir la primera Corte Penal Internacional, y para ello se debe elegir a sus Miembros, con lo cual quedará instalado la misma. Equivocadamente, algunos Estados proponen como candidatos a integrar la Corte Penal Internacional a juristas que ejercen la magistratura en sus respectivos países o a expertos en derecho penal, pues creen que este órgano jurisdiccional juzgarán en causas penales.

Ante ello, es importante y debe conocerse que los integrantes de esta Corte deben ser personas idóneas en materia de **“derechos humanos”** o en **“Derecho Internacional”** y si fuere posible con mayor razón en **“Derecho Internacional humanitario”**. Por ello debemos diferenciar a los tribunales de derechos humanos que juzgan y condenan a los Estados por la violación de

*) Miembro del Tribunal de Apelación Civil y Comercial. 5ª Sala. Profesor de Derechos Humanos del 4º Curso de la Facultad de Derecho U.N.A.

estos derechos, en cambio la Corte juzgará y castigará a individuos que comete delitos contra derechos fundamentales de los hombres.

Es así que el derecho penal internacional y el Derecho Internacional de los derechos humanos, siendo ramas diferentes del Derecho Internacional de protección de la persona humana, tienen una estrecha relación. El Derecho Internacional de los derechos humanos crea los medios adecuados para substanciarse en el caso en los que se presume una violación de derechos humanos. Es por ello que no es incompatible que los mismos hechos pueda ser tratado por el Tribunal Penal Internacional y por un tribunal internacional de derechos humanos, pues ambos son órganos complementarios de la administración de justicia para atender en cuestiones relativas a los derechos humanos.

En el Estatuto de Roma se establece la lista de los que se consideran “crímenes de guerra”. Cuando hablamos de ellos, se debe entender por tales a aquellas violaciones a normas que rigen los conflictos armados, y este cuerpo de normas recibe el nombre de “Derecho Internacional de los conflictos armados” o Derecho Internacional humanitario. Respecto de este derecho es importante hacer saber que éste es muy antiguo y nace con la misma guerra. Con el correr de los años cobra trascendencia para evitar los sufrimientos desmedidos creados por los conflictos armados internacionales y por ello regula todo lo referente a la conducción de las hostilidades y de la protección de las víctimas de los conflictos armados.

Sin embargo, el Estatuto no sólo se refiere a los conflictos armados de índole internacional, sino que aborda el tema de los conflictos armados internos e instituye a la Corte Penal Internacional como la instancia apta para juzgar estas violaciones a derechos del hombre. Es por ello que debemos puntualizar que para el derecho paraguayo este Derecho Internacional humanitario es totalmente desconocido. El Derecho Internacional humanitario protege a todos los hombres que participan en combate y a los que no participan de las hostilidades, sean estos internacionales o nacionales.

LA PROTECCION INTERNACIONAL A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTATUTO DE ROMA

No realizaremos un análisis exhaustivo sobre cada uno de lo que se considera crímenes de guerra adoptado en la Conferencia de Roma, pero deseamos hacer conocer la estructura del mismo. Divide la definición de crímenes de guerra en tres: a) *el umbral*; b) *los crímenes de guerra cometidos en situa-*

ción de conflictos armados internacional; y e) los crímenes de guerra cometidos en situación de conflictos armados internos.

En lo referente al “umbral”, si bien trajo mucho intercambio de pareceres, se resolvió introducir éste con el objeto de que la Corte ejerza la competencia solamente respecto de los crímenes de guerra cuando ellos se determinan que realmente son “graves”, ya sea por su naturaleza o por la escala en que se producen. También prevé que tendrá competencia en los crímenes de guerra en particular cuando se trate de un plan o política para cometer tales crímenes en gran escala.

Al estudiar lo relativo a “los crímenes de guerra cometidos en situación de conflictos armados internacional”, la lista de los mismos se divide en dos, a saber: a) *las infracciones graves a los convenios de Ginebra de 1949*; y b) *las otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales*. Respecto a los primeros, la Corte Penal Internacional es competente sobre aquellos actos cometidos en contra de personas o bienes protegidos, como por ejemplo:

- matar intencionalmente;
- someter a tortura o a otros tratos inhumanos;
- infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atacar contra la integridad física o la salud;
- destruir bienes no justificado por necesidad militar, a gran escala, ilícita y arbitrariamente;
- obligar a un prisionero de guerra a prestar servicio en las fuerzas armadas de una potencia enemiga;
- someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales;
- tomar rehenes.

Solamente mencionaremos algunas de las otras violaciones graves, pues ellas son muy extensas, y son:

- dirigir ataques contra la población civil;
- dirigir ataques contra objetos civiles que no constituyen objetivos militares;
- dirigir ataques sabiendo que se causará pérdidas de vidas humanas, lesiones o daños a civiles;
- trasladar a la población civil a territorio de la potencia ocupante;
- cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada, etc.;

- atacar en forma deliberada edificios, material, unidades y vehículos sanitarios;
- reclutar o alistar a niños menores en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar de las hostilidades.

En lo relativo al *uso de ciertas armas*, las discusiones fueron muy controvertidas, pues se necesitaba determinar si se detallarían las armas prohibidas o no. Finalmente se acordó que constituyen crímenes de guerra, utilizar las siguientes armas empleando: *a) veneno o armas envenenadas; b) emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido material o dispositivo análogo y c) emplear balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones*. Como existió muchísima controversia sobre si se incluían o no las armas nucleares, se resolvió excluir a éstas juntamente con las armas biológicas y químicas, las armas láser que producen ceguera y las minas antipersonales.

Para sustituir la exclusión de estas armas, se acordó incluir una cláusula donde en forma *genérica se prohíbe el uso de armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surten efectos indiscriminados en violación del Derecho Internacional humanitario a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra sean objeto de una prohibición completo*.

Como se ve, lo más trascendente de este Estatuto es que se logró tener una lista de crímenes de guerra y ello tiene su consecuencia inmediata cual es reprimir los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internacionales e internos e igualmente a través de este instrumento normativo se podrá lograr el reconocimiento progresivo y distinguir las normas aplicables en situación de conflicto armado internacional o interno, cuando el ataque es contra la población no interviniente, el uso de ciertas armas prohibidas, y establecer que la tortura es también condenable y susceptible de sanción como si fuera actos en contra de una población enemiga.

Lamentablemente se excluyeron algunos crímenes de guerra de la lista, como por ejemplo retrasar innecesariamente la devolución de los prisioneros de guerra y civiles, los ataques indiscriminados que alcancen a objetivos militares y personas civiles o a bienes de carácter civil, el empleo de armas de guerra crueles, etc.

No obstante ello, los que estamos involucrados en proteger los derechos de todos los hombres, en todas las épocas, sean éstos tiempos de paz o de guerra, vemos con júbilo la creación del Corte Penal Internacional, pues este órgano jurisdiccional viene a complementar los mecanismos ya existentes para que sea una realidad la aplicación del “Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, así como la represión de sus violaciones. Con la aprobación del Estatuto de Roma, los Estados Partes han dado un paso sumamente importante y valiente, pues han manifestado su firme determinación de no tolerar la impunidad de los crímenes particularmente reprensibles y muchas veces odiosos.

ACEPTACION DEL ESTATUTO DE ROMA - CONCLUSIONES

Los temas de derechos humanos y del Derecho Internacional humanitario en nuestros días han cobrado una trascendencia hasta inesperada y es por ello que el Estatuto, al nacer, fue muy bien recepcionado aunque algunos Estados pretendía una Corte mucho más fuerte y expresan que es un órgano instrumentado a favor del imperialismo que atenta contra la soberanía de los Estados y que el mismo se instituyó contra los enemigos de los Estados Unidos de América o contra las guerrillas del tercer mundo.

Los Estados Unidos de América, la mayor potencia de nuestros días, se caracteriza por querer proyectar una imagen de ser el único líder mundial y a la misma vez por ser un Estado aislacionista, pues se preocupa por los hechos y circunstancia que ponen en riesgo su seguridad territorial o sus intereses económicos. Para nosotros la postura adoptada por la mayor potencia respecto al Estatuto de Roma, se sitúa más próximo al aislamiento, pues entiende que la Corte Penal Internacional constituye una conspiración mundial para imponer un modelo que atropelle las libertades que se encuentran establecidas en su Constitución. Es por ello, que preocupa en demasía la falta de cooperación de los Estados Unidos de América, pues esta postura puede afectar el buen funcionamiento de la Corte Penal Internacional. El problema que se le plantea a la mayor potencia del mundo, es que ve que la Corte será independiente a cualquier poder político, y en especial a su poder político.

Aparte de la mayor potencia del mundo, el Estatuto de Roma ha tenido gran aceptación de todos los foros y líderes mundiales. Entre las personalidades que se han pronunciado a favor de este organismo tenemos a la Conferencia de Roma desde el Papa Juan Pablo II, el magistrado español Garzón, todos los países donde se realizaron seminarios de estudio sobre esta Corte han emitido pronunciamientos a favor de su implementación. Además de los

mencionados, se puede destacar la labor que viene realizando el Comité Internacional de la Cruz Roja, que junto a otras ONGs. han organizado eventos en Latinoamérica, EE.UU., el Caribe, Europa, Africa, Asia, Oceanía y Medio oriente, a los efectos de conocer y analizar el Estatuto, llegándose a la conclusión unánime de que es el único instrumento que combatirá con rigor los crímenes de lesa humanidad.

El curso organizado por la Comité Internacional de la Cruz Roja, en el mes de julio del corriente año, en Guadalajara, México, del cual participé como Profesor Encargado de la Cátedra Derechos Humanos de la UNA., me permitió conocer muy a fondo este importante organismo. Como el mejor medio para combatir la violación de los derechos humanos de la guerra, me he propuesto y me he comprometido propalar las normas de este Organismo y de esa manera hacer conocer a todos los estudiantes de derecho de todas las Facultades no sólo de la Capital sino del interior de país, las bondades de la Corte Penal Internacional, que empezará a funcionar en La Haya, Holanda, luego de la elección de sus Miembros en febrero del año 2003.



EL MANDAMIENTO DE DETENCION Y ENTREGA EUROPEO EUROORDEN

Por Silvia Beatríz López Safi*

Sumario. 1.- Introducción. 2.- Antecedentes de la Euroorden y su relación con otros instrumentos jurídicos. 3.- Planteamiento Genérico: la desaparición de la extradición en el marco europeo: la Euroorden. 4.- Planteamientos concretos: Principios rectores. 5.- Ambito de aplicación de la orden europea de detención. 6.- Determinación de las autoridades competentes. 7.- Plazos para la tramitación y ejecución. 8.- Conclusiones.

1.- INTRODUCCION

El 6 de diciembre de 2001, la Presidencia del Consejo de la Unión Europea tomó nota de que catorce Delegaciones de los Estados miembros se habían puesto de acuerdo sobre el proyecto de una Decisión marco referente a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiendo ser sustituida por la denominada orden europea de detención y los procedimientos de entrega entre autoridades judiciales, siendo el objetivo atribuido a la Unión, el de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como la creación de un nuevo sistema simplificado de entrega de personas con fines de diligencias o de ejecución de las sentencias que permite eliminar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición.

*) Abogada. Jueza de Paz en lo Civil, Comercial y Laboral del Distrito de La Encarnación (Capital). Auxiliar de la Enseñanza en las asignaturas “Introducción al Estudio de las Ciencias Jurídicas” y “Derechos de la Niñez y la Adolescencia” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Catedrática de la Asignatura “Derechos de la Niñez y la Adolescencia” de la Universidad Americana.

Los representantes de los países de la Unión manifestaron que es preciso sustituir las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales penales, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia; siendo la orden de detención europea prevista en la Decisión Marco, la primera concreción en el ámbito del Derecho Penal por el que se aplica el principio de reconocimiento mutuo que el Consejo Europeo ha calificado como “piedra angular” de la cooperación judicial.

En efecto, sin perjuicio de su aplicación en las relaciones entre Estados miembros y terceros Estados, las disposiciones contenidas en la Decisión marco sustituirán el 1 de enero de 2004 a las disposiciones correspondientes de los convenios aplicables en materia de extradición en las relaciones entre Estados miembros (instrumentos jurídicos que serán tratados en el siguiente ítem); pudiendo sin embargo éstos seguir aplicando los acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en vigor al momento de la adopción de la mencionada Decisión marco, así como celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales después de la entrada en vigor de la Decisión marco, en la medida en que permitan ir más allá de los objetivos de la misma y contribuyan a simplificar o facilitar más los procedimientos de entrega de las personas que fueren objeto de una orden europea de detención.

2.- ANTECEDENTES DE LA EUROORDEN Y SU RELACION CON OTROS INSTRUMENTOS JURIDICOS

Si bien es cierto, los autores están contestes en que la Euroorden no es fruto de casualidad, la discrepancia radica en la medida en que la catástrofe del 11 de setiembre de 2001 ha contribuido o no en su proceso de creación. Para algunos, dicho episodio histórico en nada ha ejercido influencia en cuanto al tema que nos ocupa; sin embargo para otros, fue el detonante que precipitó su creación.

De los argumentos esgrimidos por los estudiosos en la materia, se puede colegir ciertamente que la tragedia del 11 de setiembre de 2001 aceleró el proceso de creación de la Euroorden; siendo Portugal uno de los que más impulsó dicho proceso, incluso introduciendo cambios en su Constitución, como también España, que trabajó arduamente para la puesta en marcha del proyecto, y ha realizado las correspondientes modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como en las disposiciones normativas referentes a la extradición.

Las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999, y en particular la conclusión 35, abordan la cuestión sobre la aceleración de los procedimientos para la extradición o la entrega de personas convictas o sospechosas de delitos.

En cuanto a su relación con otros instrumentos jurídicos, se citan las disposiciones de los convenios aplicables en materia de extradición en las relaciones entre Estados miembros, contenidas en los siguientes instrumentos jurídicos:

El Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, su protocolo adicional de 15 de octubre de 1975, su segundo protocolo adicional de 17 de marzo de 1978, y el Convenio Europeo para la represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977, en lo que se refiere a la extradición.

El Acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y a la modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, de 26 de mayo de 1989.

El Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 10 de marzo de 1995.

El Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de Unión Europea, de 27 de setiembre de 1996.

El Capítulo IV del Título III del Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

La Euroorden exige la adaptación de los ordenamientos nacionales para hacerla operativa en los Estados miembros, así como la modificación de tratados internacionales que rigen la materia, con miras a la armonización de dichos instrumentos normativos y la concreción de los objetivos propuestos.

3.- PLANTEAMIENTO GENERICO: LA DESAPARICION DE LA EXTRADICION EN EL MARCO EUROPEO: LA EUROORDEN

A fin de clarificar conceptos, es conveniente establecer los alcances del novel instrumento objeto de estudio, para luego abordar planteamientos concretos en torno a los Principios que le sirven de base y sustento en miras a su aplicación.

En este sentido, la sustitución de la extradición en la Unión Europea, por el Mandamiento de Detención y Entrega Europeo, consiste en un instrumento que tiene por fin inmediato la entrega de sospechosos de la comisión de un delito tipificado como tal, que se hayan fugado en el extranjero, así como de presos evadidos, condenados por un delito grave que hayan huido del país.

La orden de detención europea (ODE) permitirá devolver a estas personas dentro de un plazo razonable, para que puedan finalizar los procesos incoados contra ellas, o en el caso de los presos evadidos, para reincorporarlos a la prisión.

En el artículo 1 de la Propuesta de Decisión marco del Consejo de la U. E. se establece que la orden europea de detención es una resolución judicial emitida por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de diligencias penales o para la ejecución de una pena o medida privativa de libertad.

Asimismo, dispone el respeto a los derechos fundamentales.

Como ya lo señalara y conforme está previsto, el nuevo mecanismo de la ODE será operativo a partir del 1 de enero de 2004.

Por otra parte, en el sistema actual, la decisión de extraditar o no a una persona supone un prolongado proceso, que requiere una resolución judicial en el país donde se haya encontrado a la persona, que puede ir seguida de apelaciones que, a veces, se prolongan durante años. Asimismo, la extradición puede ser denegada por los tribunales, que no siempre reconocen los procedimientos jurídicos o las resoluciones judiciales del país en el que se procesó a las personas.

Finalmente, con posterioridad a la resolución judicial, la cuestión se decide por la autoridad política (generalmente el Ministro de Justicia o el Ministro del Interior), que pueden rechazar la extradición por argumentos políticos o de otro tipo. En este aspecto la ODE introduce procedimientos más rápidos, ya que el Estado en el que se detiene a la persona tiene que entregarla al Estado que emitió la ODE en un plazo de tres meses ó 90 días desde la detención.

Al exigir la adaptación de los ordenamientos nacionales para que se vuelva operativa en los países, se busca que el espacio jurídico común permita el crecimiento de instrumentos efectivos a nivel institucional, acompañando el proceso de armonización de las normas. Aquí aparecen figuras tales como

magistrados de enlace, redes europeas (red judicial penal y red judicial civil), con la finalidad que los Jueces y Fiscales se comuniquen.

Su aplicación hará mucho más difícil para los delincuentes condenados y las personas procesadas por un delito, servirse de las diferencias entre ordenamientos jurídicos nacionales para evitar la detención o encontrar un refugio seguro en otros países de la U.E.

Lo esbozado en el planteamiento genérico se apoya en tres pilares que son: el Derecho, la política exterior y la creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia; que permitirán la mejora y modernización de los instrumentos de auxilio clásico, la ya aludida armonización de las legislaciones, y un mecanismo de reconocimiento mutuo, consistente en la eliminación de trabas de la soberanía. Todo ello con base en la idea de confianza, sin la cual no sería posible el logro de los objetivos propuestos.

4.- PLANTEAMIENTOS CONCRETOS: PRINCIPIOS RECTORES

Haciendo un análisis acerca del objeto y finalidades del Mandamiento de Detención y Entrega Europeo, se pueden definir principios rectores tales como: el Principio de la Doble Incriminación, el Principio de Reciprocidad, el Principio de Proporcionalidad, el Principio de Especialidad, el Principio de la Nacionalidad y el Principio de Confianza.

El Principio de la Doble Incriminación se relaciona con otros tales como el Principio de Legalidad, de rango constitucional en los Estados, donde la soberanía juega un papel protagónico, en el sentido de la configuración del Derecho Penal por cada uno de ellos en su territorio. Y con el Principio de Reciprocidad entre los Estados, con criterio de estricta legalidad, y firme respeto hacia los derechos fundamentales. Aquí cabe destacar el Principio de Reconocimiento Mutuo de las resoluciones judiciales, lo que significa que la resolución de un órgano judicial de un Estado miembro por la que se requiera la detención y entrega de una persona, debe reconocerse y ejecutarse tan rápida y fácilmente como sea posible en los restantes Estados miembros.

En virtud del Principio de la Doble Incriminación, contemplado en el artículo 2.2 de la Decisión marco, se detallan una treintena de delitos, que propugnan la idea del reconocimiento mutuo y la eliminación de la exigencia del control de la doble tipificación de los hechos, que darán lugar a la entrega siempre que estén castigados con una pena privativa de libertad de un máximo al menos de tres años, tal como se define en el Derecho del Estado emisor.

En este punto cabe aclarar que podrá dictarse una orden europea de detención en relación con hechos que la ley del Estado miembro emisor castigue con penas privativas de libertad o con medidas de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de doce meses o se haya impuesto una medida de seguridad, para sanciones de cuatro meses como mínimo.

Vinculado al Principio de la Doble Incriminación, se encuentra el Principio de Especialidad, definido en el apartado 2 del artículo 22 de la citada Decisión marco, según el cual la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad de cualquier otra forma por una infracción cometida antes de su entrega o distinta de la que hubiere motivado su entrega, excepto en los casos expresamente previstos en el referido instrumento normativo.

Por el Principio de Nacionalidad, la autoridad judicial de ejecución podrá negarse a ejecutar la orden europea de detención en caso que la persona buscada sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él, y éste se comprometa a ejecutar él mismo la pena o medida de seguridad de que se trate, de conformidad con el Derecho de dicho Estado miembro.

Finalmente el Principio de Confianza, como sustento fundamental entre los Estados, a fin de dar andamiaje a los objetivos propuestos, sobre las bases apuntadas en los párrafos expuestos precedentemente.

5.- AMBITO DE APLICACION DE LA ORDEN EUROPEA DE DETENCION

En torno a la aplicación de la orden de detención europea, y relacionado con los Principios tratados, el artículo 2 de la Decisión marco establece el ámbito de aplicación de la O.D.E., enumerando los siguientes delitos como perseguibles por los Estados miembros: pertenencia a organización delictiva, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil, tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos, corrupción, fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades Europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, blanqueo del producto del delito, falsificación de moneda y falsificación del euro, delitos de alta tecnología, en particular delito informático, delitos contra el medio ambiente, incluidos el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y esencias vegetales protegidas, ayuda a la entrada y permanencia irregulares, homicidio

voluntario, agresión con lesiones graves, tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos, secuestro, detención ilegal y toma de rehenes, racismo y xenofobia, robos organizados o a mano armada, tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte, estafa, chantaje y extorsión de fondos, violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías, falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago, tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento, tráfico de vehículos robados, violación, incendio voluntario, delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, apoderamiento de aeronaves y buques, sabotaje.

El Consejo de Unión Europea podrá decidir en todo momento, por unanimidad y previa consulta con el Parlamento Europeo, añadir otras categorías de delitos a la lista incluida.

Para las infracciones distintas de las citadas, la entrega podrá supeditarse al requisito de que los hechos que justifiquen la emisión de orden de detención europea sean constitutivos de una infracción respecto del Derecho del Estado de ejecución, con independencia de los elementos constitutivos o la calificación de la infracción.

Como se ha dicho, la treintena de delitos contemplada en el artículo 2.2. de la Decisión marco, hace al Principio de la Doble Incriminación, y propugna la idea del reconocimiento mutuo, así como la eliminación de la exigencia del control de la doble tipificación de los hechos, que darán lugar a la entrega siempre que estén castigados con una pena privativa de libertad de un máximo al menos de tres años, tal como se define en el Derecho del Estado emisor, y asimismo podrá dictarse una orden europea de detención en relación con hechos que la ley del Estado miembro emisor castigue con penas privativas de libertad o con medidas de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de doce meses o se haya impuesto una medida de seguridad, para sanciones de cuatro meses como mínimo.

6.- DETERMINACION DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

La autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado emisor que sea competente para extender mandamientos de detención en virtud del derecho de ese Estado.

La autoridad judicial de ejecución será la autoridad judicial del Estado de ejecución que sea competente en virtud del derecho de ese Estado.

Igualmente los estados miembros informarán a la Secretaría General del Consejo de las autoridades que sean competentes con arreglo a sus derechos respectivos.

Es importante aclarar que la autoridad judicial denegará la ejecución de la orden europea de detención en los casos expresamente contemplados en la Decisión marco, la que hace una distinción entre Motivos para la no ejecución obligatoria y Motivos de no ejecución facultativa.

Así, son motivos para la no ejecución obligatoria:

- cuando para la infracción en que se base la orden europea de detención haya amnistía del Estado miembro de ejecución si éste tuviere competencia para perseguir dicha infracción con arreglo a su propio Derecho Penal;
- cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un Estado miembro, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud del Derecho del Estado miembro de condena;
- cuando la persona que sea objeto de orden europea de detención aún no pueda ser considerada responsable penalmente de los hechos en que se base la orden europea de detención debido a su edad, en virtud al Derecho del Estado de ejecución.

Son motivos de no ejecución facultativa:

- cuando los hechos que motiven la orden europea de detención no fueren constitutivos de infracción de acuerdo con el Derecho del Estado de ejecución; haciendo una salvedad en materia de tasas e impuesto, de aduana y de cambio, en que no puede negarse la ejecución;
- cuando la persona que fuere objeto de la orden europea de detención esté acusada en el Estado de ejecución del mismo hecho que motive la orden europea de detención;
- cuando las autoridades judiciales del Estado de ejecución hubieren decidido, o bien no entablar acción penal por la infracción que sea objeto de orden europea de detención, o bien concluir la, o cuando sobre la persona

buscada pese en un Estado miembro otra resolución definitiva por los mismos hechos que obstaculice el posterior ejercicio de diligencias penales;

- cuando haya prescrito la acción o la pena con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución y los hechos sean competencia de dicho Estado miembro según su propio Derecho Penal;
- cuando de la información de que disponga la autoridad judicial de ejecución se desprenda que la persona buscada ha sido juzgada definitivamente por los mismos hechos por un tercer Estado siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido ejecutada o esté en esos momentos en curso de ejecución, o ya no pueda ejecutarse en virtud de las leyes del Estado de condena;
- cuando la orden europea de detención se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad, en caso de que la persona buscada sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con el Derecho de dicho Estado miembro;
- cuando la orden europea de detención contemple infracciones que el Derecho del Estado miembro de ejecución considere cometidas en su totalidad o en parte en el territorio del Estado miembro de ejecución o en un lugar asimilado al mismo, como así también, cuando se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro emisor y el Derecho del Estado miembro de ejecución no permita las diligencias penales por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera del territorio del Estado miembro de ejecución.

7.- PLAZOS PARA LA TRAMITACION Y EJECUCION

La orden europea de detención se tramitará y ejecutará con carácter de urgencia.

En los casos en que la persona buscada consienta en la entrega, la decisión definitiva sobre la ejecución de la orden europea de detención debería tomarse en el plazo de diez días tras haberse manifestado el consentimiento.

En los demás casos, la decisión definitiva sobre su ejecución debería tomarse en el plazo de sesenta días tras la detención de la persona buscada.

En determinados casos, cuando la orden de detención no pueda ejecutarse dentro de los plazos previstos, la autoridad judicial de ejecución informará inmediatamente a la autoridad judicial de emisión los motivos de la demora. En ese caso, podrán prorrogarse los plazos en otros treinta días.

Mientras la autoridad judicial del Estado de ejecución no haya adoptado una decisión definitiva sobre la ejecución de la orden europea de detención, dicho Estado miembro velará porque sigan cumpliéndose las condiciones materiales necesarias para la entrega efectiva.

Toda denegación de ejecución de la orden europea de detención deberá justificarse.

Cuando en circunstancias excepcionales un Estado miembro no pueda cumplir los plazos previstos, informará a Eurojust, mediante una declaración, los motivos de la demora. Además, un Estado miembro que se haya visto sometido a demoras repetidas en la ejecución de la orden de detención por parte de otro Estado miembro, informará al Consejo con el objetivo de evaluar la aplicación por parte de ese Estado de la referida Decisión marco.

En lo que respecta al plazo de entrega de la persona buscada, la misma deberá ser entregada lo antes posible, en una fecha acordada entre las autoridades implicadas.

Será entregada a más tardar diez días después de haber dado su consentimiento a la decisión de ejecutar la orden europea de detención, salvo por razones de fuerza mayor, en cuyo caso la autoridad judicial de ejecución y la autoridad judicial emisora se pondrán inmediatamente en contacto y acordarán una nueva fecha para la entrega. En este caso, la entrega tendrá lugar dentro de los diez días siguientes a la nueva fecha acordada.

Excepcionalmente, podrá suspenderse la entrega por motivos humanitarios graves, por ejemplo cuando existan razones válidas que hagan pensar que podría ponerse en peligro la vida o la salud de las personas; debiendo producirse la ejecución de la orden europea de detención cuando dichos motivos dejen de existir.

8.- CONCLUSIONES

La Euroorden forma parte de una cultura madura para dar un salto histórico - proceso para sustituir el concepto clásico de extradición, y darle una

entrillada a las ideas clásicas del concepto de soberanía, en consideración a los tres pilares aludidos: a) El derecho; b) La política exterior; y c) La creación de un espacio común de libertad, seguridad y justicia; donde los conceptos de igualdad, justicia y garantías, deben constituir el norte de los Estados que integran la Unión.

Finalmente se espera que la operativización de la ley sin fronteras, mejore la eficacia en cuanto a la aplicación de las disposiciones normativas en la Unión Europea, facilitando la administración transfronteriza de la justicia en los Estados miembros de la Unión.



HACIA LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL Y ESTATAL COMO NUEVO PARADIMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Por Elodia Almirón Prujel*

La valoración y la efectividad de los derechos humanos se plantean en el siglo XXI con respecto a nuevos parámetros, pudiendo afirmar que, en realidad, mediante esa concepción, se está estableciendo un nuevo “paradigma”.

En primer lugar, se debe hacer una referencia de carácter temporal. Cuando nos referimos al siglo XXI, en este se inicia un cambio de mentalidad. El siglo comenzó antes, quizás, para recuperar el atraso que significó el fin del anacrónico siglo XIX, acaecido al finalizar la Primera Guerra Mundial.

En segundo lugar, el tema de los paradigmas origina, con la obra de Thomas Kuhn **“La estructura de las revoluciones científicas”**. Según el autor, la ciencia, tal como es entendida comúnmente, se desarrolla dentro de un paradigma en el cual, y sólo dentro del cual, parece que se van acumulando los conocimientos. Cuando hay anomalías dentro del citado paradigma, éstas no obligan, en un primer momento, a descartarlo. Sin embargo, cuando las anomalías se tornan excesivas empieza a ponerse en duda la propia validez de aquél y tiene lugar, entonces, una revolución teórica que termina por constituir

*) Abogada y Notaria Pública. Profesora de Derechos Humanos y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesora de Derechos Humanos y Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Americana. Egresada de la Maestría en Educación de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Actualmente cursando el Curso de Política y Estrategia Nacional del Instituto de Altos Estudios Estratégicos (I.A.E.E.)

un cambio de paradigma. Esto significa, en definitiva, la puesta en marcha de un nuevo proceso científico, a veces, bajo otras reglas.

Desde el punto de vista científico, cabe preguntarse si no se ha presentado una relación entre paradigmas (a pesar de que, según algunos autores, éste no es un dato esencial), vinculando el concepto de paradigma al de *episteme* o bien el de “umbral epistemológico” o “corte epistemológico”, ideas que aparentemente no se hallan desconectadas de la de paradigma.

El desarrollo de estándares de derechos humanos, así como de otros sistemas de procedimientos en tribunales internacionales dentro de principios generales del derecho, demuestra que ciertos estándares de Derecho Interno adoptados como paradigmas o ideales han penetrado la esfera del Derecho Internacional en grado considerable.

Todos estos principios parecen comprobarse en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y en los de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). En ese sentido, la práctica de esta última confirma la doctrina que jerarquiza prioritariamente al Derecho Internacional y, por lo tanto, el Derecho Interno queda como un viejo paradigma, suplantado por el nuevo y cada vez más extendido del derecho de gentes, esto es, una visión internacional desde el derecho. Hay autores que consideran que si la CIJ se adhiriera a doctrinas que privilegiaran el Derecho Interno al internacional sería incapaz de su función.

Para afirmar esa posición paradigmática de la jurisprudencia de la CIJ, verificamos que el Tribunal se mueve sin dificultades en ambas esferas del derecho (la del orden jurídico interno y la del internacional).

Si en la cuestión hay facetas comunes entre Derecho Interno e internacional, no sucede lo mismo en cuanto al género de problemas. Así, se ha reconocido que la materia de derechos humanos se halla dentro del ámbito internacional.

Ese es, pues, el panorama en el que se desarrolla el cambio de paradigmas en materia de derechos humanos.

Sin duda, tanto en materia de derechos humanos (como disciplina autónoma, en especial desde el ángulo de su efectividad, esto es, desde el enfoque de la responsabilidad) como en otras materias, el Derecho Internacional clásico ha sido reformulado en distintos aspectos.

En primer lugar, aparecieron nuevos sujetos de Derecho Internacional que se sumaron al Estado, hasta entonces único sujeto generador de normas jurídicas. En segundo lugar, fruto en gran parte del realismo internacional, se ha corrido el velo que ocultaba la realidad y se ha tratado de centralizar la responsabilidad en la persona humana, sin necesidad de las ficciones que construye el derecho.

Kelsen ha recobrado interés en la materia. El individuo es el centro de imputación de normas y, por tanto, sujeto pasivo de la responsabilidad, aplicándose la teoría subjetiva de la culpa al mejor estilo clásico. Esto no significa excluir de la escena las normas que va elaborando la Comisión de Derecho Internacional, en sus diversos informes acerca de la responsabilidad del Estado por actos no prohibidos por el Derecho Internacional. Lo que ha sucedido es que a nivel mundial los crímenes y las violaciones graves a los derechos humanos han sido de tal envergadura que se ha requerido volver a la responsabilidad clásica, a aplicarse en casos de delitos *iure gentium* que exceden todo planteo teórico, como, por ejemplo, esclavitud, genocidio, apartheid o torturas, en el marco de conflictos nacionales e internacionales. Por eso esa situación finalmente dio lugar a un nuevo enfoque en lo que hace a la responsabilidad internacional, más cercano al derecho romano que a doctrinas más modernas, como las que asignan la responsabilidad al Estado en el derecho ambiental.

Quizás el cambio, en lugar de renovador, ha sido restaurador de las viejas doctrinas, aunque en realidad resulten nuevas para el Derecho Internacional. Se ha afirmado que la subjetividad internacional existe siempre y cuando haya responsabilidad internacional. El concepto general no se presentaba linealmente en cuanto a los sujetos, esto es, las personas de carne y hueso.

No sería necesario tratar este tema si la responsabilidad estatal no hubiera sido desbordada por actos aberrantes cometido por personas. A ellas, pues, se trata ahora de imputar por los crímenes mencionados, sin desdeñar la clásica responsabilidad del Estado. Ya no es más como se decía antes de los juicios de Nuremberg, que la historia juzgará a los culpables. El tema ahora es que los verdaderos culpables asuman su responsabilidad sin impunidad de ninguna clase.

Existe la sospecha de que, bajo la apariencia de un sistema de responsabilidad internacional ortodoxo, algunas personas quedarían impunes atribuyéndoseles la responsabilidad del Estado. Ahora, pues, la red se estrecha para responsabilizar a las personas excepcionalmente y se agranda trasladando las imputaciones a los Estados.

Es verdad que el sistema de responsabilidad clásica en Derecho Internacional es más complicado en su aplicación, pero ése es evidentemente el cambio que se está produciendo. Se trata de delimitar si el agente ha obrado con culpa o si cuenta con algún eximente.

El tema se trataba en los años sesenta, la responsabilidad objetiva de los Estados, ya no es la representación exacta de lo que busca la comunidad internacional. Tampoco constituye un *international concerní* en las relaciones internacionales posmodernas, la responsabilidad sin culpa de los Estados. El gran tema, que implica la redefinición de la realidad internacional en los nuevos aspectos, es el de la responsabilidad individual de las personas que hubieran violado el Derecho Internacional humanitario o bien las normas de los derechos humanos como, por ejemplo, las que corresponden al genocidio.

La Corte Internacional de Justicia de la Haya, en el asunto “Barcelona Traction”, expresó: ***“La prohibición de los actos de agresión, del genocidio, y los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana son normas de ius cogens en la medida que representan obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto”***.

Ese concepto se complementa en el informe de la Comisión de Derecho Internacional correspondiente al Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados de 1996, en el que se establece lo siguiente con relación a los crímenes y delitos internacionales:

Crímenes y delitos internacionales.

El hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacionalmente ilícito sea cual fuere el objeto de la obligación internacionalmente violada.

El hecho internacionalmente ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen por esa comunidad en su conjunto constituye un crimen internacional.

Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 2do. y de conformidad con las normas de Derecho Internacional en vigor, un crimen internacional puede resultar, en particular:

- de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, como la que prohíbe la agresión.

- de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del derecho a la libre determinación de los pueblos, como la que prohíbe el establecimiento o el mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial.

- de una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el apartheid.

- de una violación grave de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguardia y la protección del medio humano, como las que prohíben la contaminación masiva de la atmósfera o de los mares(1).

Los criterios expuestos surgen del proyecto del relator especial Roberto Ago en cuanto a la diferenciación entre dos tipos de ilícitos: delitos internacionales y crímenes internacionales. El concepto de “delito internacional”, en cambio, se refiere a las infracciones que se originan en una relación bilateral entre un Estado infractor y uno lesionado. Ese delito no atenta contra los intereses esenciales de la sociedad internacional, como sí puede suceder cuando se trata de genocidio, tortura, apartheid o esclavitud. Para diferenciarlos de los crímenes, se puede decir que se está ante delitos en los casos de, por ejemplo, infracciones a los tratados comerciales, que son absolutamente distintos de los de derechos humanos.

Algunos autores señalan que el crimen internacional “conciene a la comunidad internacional en su conjunto, su comisión trasciende la relación meramente bilateral entre el autor y la víctima del mismo”(2).

En el Derecho Interno la cuestión que se plantea no tiene ningún aspecto novedoso. Ello es así porque el esquema de obligaciones, responsabilidades y sanciones juega perfectamente y sin fisuras en el orden jurídico de cada país, lo cual se corporiza en sus sentencias. Pero ése no es el caso del Derecho

1) Proyecto de responsabilidad de los Estados. Art. 19.

2) Brotons Ramiro y otros. Derecho Internacional, Mc Graw Hill, Madrid, 1997. p. 424.

Internacional cuando se halla en juego la responsabilidad de personas individuales (dentro de un Estado que es sujeto y agente de normas internacionales) a las que se juzga de acuerdo con normas que, en principio, al ser internacionales se visualizan como extrañas; por tribunales establecidos posteriormente a la comisión de los actos antijurídicos, cuyos jueces no son los naturales, y fuera de la jurisdicción estatal, impugnando la territorialidad del derecho penal.

Además de estos principios, juega el concepto de las inmunidades de jurisdicción de los Estados tras el centenario axioma de que entre los pares no hay relación de poder sino, a lo sumo, de interdependencia. La situación es que el mundo actual, el de las violaciones masivas de los derechos humanos, está ejerciendo una demanda al que debe responder una oferta de normas eficaces, bajo apercibimiento de que el orden internacional pierda su valor sociológico, y su nivel de cumplimiento quede reducido a una larga enumeración de buenos propósitos que se firman y ratifican en tratados, pero que después no se cumplen.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido parámetros interpretativos que son coherentes con el criterio de que el Derecho Internacional constituye la ley de la Tierra. En ese sentido se ha expresado en una opinión consultiva (OC):

El Derecho Internacional puede conceder derechos a los individuos e, inversamente, determinar que hay actos u omisiones por los que son criminalmente responsables desde el punto de vista de ese derecho. Esa responsabilidad es exigible en algunos casos por tribunales internacionales (...). Sin embargo, actualmente la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio, que, naturalmente, afectan también los derechos humanos específicos(3). En el caso de los delitos internacionales referidos, no tiene ninguna trascendencia el hecho de que ellos sean o no ejecutados en cumplimiento de una ley del Estado al que pertenece el agente o funcionario. El que el acto se ajuste al Derecho Interno no constituye una justificación desde el punto de vista del Derecho Internacional(4).

3) Opinión Consultiva 14, ps. 52 y 53.

4) Opinión Consultiva 14, p. 54.

Desde otro punto de vista, la Corte Interamericana completa el círculo de la responsabilidad individual agregando la responsabilidad estatal. No sea que, al cerrar la red, se atrape al pez pequeño y se deje en libertad al grande. En ese sentido ha expresado:

En lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos. Toda violación de los derechos humanos por agentes o funcionarios de un Estado es, como ya lo dijo la Corte, responsabilidad de éste... (5).

La Corte concluye que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que lo ejecutaren (6).

Verdaderamente, la comunidad internacional tiende hacia la denominada hiperestesia de responsabilidad de todos aquellos que hayan cometido violaciones de los derechos humanos, especialmente y por ahora, sin duda, en los delitos *iuris gentium*.

Es muy difícil pasar por alto la inteligencia estratégica de Kelsen que sirve para deslindar las ideas en materia de responsabilidad. El mencionado autor separa la responsabilidad de la obligación, aunque las unifica por medio del concepto de sujeto: **“El sujeto de la obligación y el sujeto de la responsabilidad son idénticos”**.

En el orden internacional se ha preferido responsabilizar a los Estados, a través de represalias o medidas que algunas veces no significan el uso de la fuerza. Pero los verdaderos culpables quedaban escondidos en los tratados que imputaban la responsabilidad a los vencidos. Así hubiera continuado la historia de no haberse producido violaciones masivas a los derechos humanos como, por ejemplo, el apartheid, la tortura y el genocidio.

5) Opinión Consultiva 14, p. 56.

6) Opinión Consultiva 14, p. 57.

Verdaderamente, se ha podido identificar a los verdaderos responsables y hacerlos objeto de la sanción, esa es la nueva corriente del Derecho Internacional. Así, la *Corte Internacional de Justicia* ha dicho:

...Se puede admitir que el levantamiento del velo (de la personalidad social, lo que equivale a hacer abstracción de la personalidad jurídica), procedimiento excepcional admitido por el Derecho Interno con respecto a una institución creada por él mismo, desempeña un papel análogo en Derecho Internacional. Se desprende de ello que, en el orden internacional igualmente, pueden existir en principio circunstancias especiales que justifiquen el levantamiento del velo...(7).

En la teoría del derecho en general y en el Derecho Internacional en particular, se está revalorizando a la persona como centro de imputación de normas. Kelsen está presente, por lo tanto, en esta nueva postura. Así, pues, es evidente que se tiende a desenmascarar la realidad y subjetivizar la responsabilidad encarnándola en personas, en individuos en tanto tales. El Derecho Internacional de los derechos humanos, a través de su técnica de aplicación, lleva a la necesidad de reconocer que la atmósfera intelectual en la que se debe aplicar hoy el Derecho Internacional se ha modificado.

Para verificar este nuevo concepto de la aplicación de la responsabilidad individual es necesario analizar algunos aspectos vinculados con el Derecho Internacional humanitario. Las violaciones del derecho humanitario generan responsabilidad del individuo, ya en su calidad de persona, ya en la de funcionario del Estado. Este principio, sin embargo, a veces no se aplicó pacíficamente y, luego de las guerras o conflictos nacionales o internacionales, los indultos o las amnistías pusieron punto final a cuestiones que afectan no sólo a las personas sino a la humanidad misma.

En la actualidad comienzan a surgir voces que insisten en la necesidad de tribunales internacionales que juzguen imparcialmente esos delitos contra la humanidad y, en especial, condenen el principio de que, en la guerra, el fin justifica los medios empleados. Incluso se está planteando, razonablemente, el rechazo de la doctrina de la inmunidad del Estado, la cual era contraria a las sanciones contra funcionarios que hubieran cometido ilícitos internacionales.

7) CIJ, 5/2/70, caso "Barcelona Traction". CIJ Reports, p.4 y s.s..

Desde el punto de vista jurídico, es evidente que hay necesidad de reforzar las estructuras del Derecho Internacional clásico en cuanto al enjuiciamiento y atribución de responsabilidad a los Estados y/o personas.

La cuestión es establecer órganos jurisdiccionales internacionales especializados y para cada una de las violaciones especiales de los derechos humanos, se están promoviendo distintos tribunales internacionales. Por ejemplo, para acompañar este nuevo proceso, algunos autores proponen la institución de una corte internacional para la protección de los refugiados.

El objetivo es aumentar la jurisdicción internacional especializada y permanente, mediante la creación de una corte internacional que tuviera competencia en las violaciones de los derechos humanos a ese nivel. Frente a estas posiciones se hallan otras que buscan ampliar el consenso sobre la jurisdicción supraestatal de los tribunales de derechos humanos de las diferentes convenciones regionales.

Ante toda esta problemática, cuando se anunció el establecimiento del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, muchos advirtieron que se había concretado un primer paso hacia el establecimiento de una corte internacional de justicia que juzgara las violaciones de los derechos humanos.

El establecimiento de este tribunal tiene su base jurídica en una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, que concreta otras anteriores sobre temas vinculados, esto es, el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional humanitario, especialmente en los Convenios de Ginebra de 1949 y en los dictámenes de varias comisiones de expertos nacionales e internacionales. En definitiva, el Consejo de Seguridad “decide que se establezca un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991”. Una de las características de este tribunal es que no posee una jurisdicción penal internacional en general ni permanente, sino adecuada al marco de la situación vigente en el territorio de la ex Yugoslavia y a partir de 1991. El tribunal internacional, de acuerdo con las normas presentadas en el informe del Secretario General de la ONU, dispone de competencia para enjuiciar a las personas que violen los Convenios de Ginebra de 1949, las leyes y/o usos de la guerra, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad.

En el marco del examen realizado, tiene relevancia lo dispuesto acerca de la responsabilidad penal individual, remarcándose que “los actos criminales previstos en el estatuto son llevados a cabo por personas naturales y estas personas estarían bajo la jurisdicción del Tribunal Internacional” (art. 6). En las normas se establecen las eximentes y el marco del planteo de la obediencia debida, que “podrá considerarse atenuante si el Tribunal Internacional determina que lo exige la equidad”. El mejor criterio sería el de establecer el principio de no considerar a la obediencia debida como causa de atenuación, de acuerdo con las tendencias más modernas en la materia.

Indudablemente, es éste otro paso que fortalece el establecimiento de obligaciones y responsabilidades internacionales de las personas por violaciones de derechos humanos.

En la actualidad, luego de la aprobación del Estatuto de Roma, por el que se establece la Corte Penal Internacional, se hace una realidad palpable, y es aquella que luego de 50 años, la comunidad internacional pueda ver sentados en el banquillo de los acusados, a aquellos individuos que han cometido crímenes de lesa humanidad.

En la actualidad, el Tribunal Internacional de la ex Yugoslavia no es, en el único en el que se responsabiliza a las personas por violaciones individuales de crímenes internacionales. En efecto, se ha establecido también el Tribunal Internacional para Ruanda por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas(8).

El cambio de paradigma quizás signifique un enfoque nuevo para el Derecho Internacional, pero es clásico en el Derecho Interno. Consiste en imputar la responsabilidad a los culpables sin necesidad de esperar el juicio de la historia, que llega tarde y generalmente es escrita por los vencedores. Se ha dicho en innumerables ocasiones que la victoria no da derechos, aunque la realidad es que los derechos de la victoria se ejercen tarde o temprano.

El Estado ha dejado de ser el protagonista único de las relaciones internacionales y del derecho de gentes. La consecuencia ineludible es que el principio de la soberanía estatal ha sufrido un proceso de adelgazamiento notorio. La globalización se presenta, pues, ante un Estado de fronteras porosas y soberanía devaluada.

8) ONU, Consejo de Seguridad, Res. 955/94.

De allí se presenta una de las grandes discusiones de la posmodernidad, la que se da entre el universalismo y los particularismos. Esta lucha no es novedosa: el criterio de que la nación debe encerrarse en sí misma, en su lengua, su arte, su filosofía y su cultura, viene discutiéndose desde fines del siglo XVIII.

El mundo del derecho a veces se mueve a velocidades más lentas que las de otros sectores del pensamiento y de las ciencias. Los cambios sistemáticos dan la impresión de producirse en cámara lenta.

Así es que a fines del siglo XX (siempre teniendo en cuenta un exclusivo criterio cronológico) el mundo y las relaciones internacionales se presentan con desequilibrios notables. Junto a un progreso extraordinario en las ciencias, parecería haber una involución muy pronunciada en la valoración de la persona humana.

Hace cincuenta años, al concluir la Segunda Guerra Mundial, se juzgó en Nuremberg a veintidós jerarcas nazis y a ciento sesenta funcionarios para que rindieran cuenta de sus crímenes en el genocidio más cruento de la historia de la humanidad. El resultado final registró un saldo de doce condenas a muerte, que sólo resultaron once, porque Goering se reservó el derecho de elegir su propia muerte.

A la llamada sociedad “posmoderna”, se le impone determinar la verdadera eficacia del Derecho Internacional público en cuanto a la responsabilidad efectiva. En principio, se podría afirmar que en la faz preventiva el Derecho Internacional ha fracasado. Sin embargo, es preciso analizar el complejo de los conflictos étnicos y religiosos contemporáneos y los remedios que las normas han previsto. En plena globalización, existe una tendencia a atomizar la realidad internacional que influye en los criterios a adoptar respecto de la subjetividad en ese terreno.

Ante la necesidad de un enfoque político fuera de las entelequias, la subjetividad internacional, esto es, la posibilidad de que una persona sea imputada nacional o internacionalmente por ilícitos internacionales se presenta como una realidad.

De acuerdo con la posición presentada, las masas humanas que van a ser objeto de las sanciones no pueden influir sobre sus gobiernos para obligarlos a cumplir con el Derecho Internacional. Por tal motivo si no existe orden

democrático ni control del poder, las relaciones internacionales no son predecibles.

El tema fundamental en todo esto, es la revisión del concepto de soberanía, especialmente cuando se hallan en juego cuestiones vinculadas con los derechos humanos. Aquí es donde el cambio se presenta más nítidamente, pues parecería que se está operando un proceso uniforme de globalización que, precisamente, pregona el triunfo de la heterogeneidad, de la diferencia. Se está forjando así, según algunos autores, un nuevo orden de ideas en el que la verdadera patria es la imagen de las diferencias humanas, la diversidad de sentimientos, lenguajes y culturas una suma de itinerarios plurales que convergen en los derechos humanos.

Quizás se imponga la convergencia del derecho constitucional y el Derecho Internacional de los derechos humanos, porque no sería absurdo, como han sostenido ciertos juristas, que los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana lleguen incluso a someter su propia Constitución, por vía consultiva o contenciosa, al control de dicha Corte, dando lugar a una verdadera jurisdicción constitucional internacional de los derechos humanos.

Es probable, pues, que el nuevo paradigma, signifique desarrollar otra noción de modernidad, que contemple la inserción global, los desastres nucleares y ecológicos, los sistemas de comunicación masivos, nuevas formas de crear o contagiar enfermedades, etc. Un nuevo paradigma que consiste, como diría Stuart Mill, en la libertad de comprometerse en experimentos de vida. Esos experimentos deben hallarse articulados con la verdad y la justicia bajo aperebimiento de representar cambios sólo nominales.

Bibliografía Básica

Albanese, Susana. Promoción y protección internacional de los derechos humanos. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, Argentina. 1992.

Estudios Básicos de Derechos Humanos I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, Costa Rica. 1994

Pinto, Mónica. Temas de derechos humanos. Editores del Puerto S.R.L.. Buenos Aires, Argentina. 1997



EL IMPACTO DE LAS AUTOCENSURAS

Por Carlos M. Russo C.*

Su causa es una derivación de la teoría de las Autocensuras, que estamos lanzando a consideración del mundo científico. Ella deriva de la teoría de la dependencia y constituye una forma especial de comportamiento social y político.

Esta dimensión teórica constituye una nueva fuerza determinante de otras formas de dependencia, al menos en la amplia región latinoamericana, desde una visión específica de país (Paraguay). Se esboza este ensayo sobre la evolución histórica de la cultura especialmente política, a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Nuestra cultura y las dimensiones humanas de la construcción de la misma fueron mediatizándose, gradual y sistemáticamente, por causa del proceso de las tres autocensuras:

Primero, durante casi tres décadas, la persona humana empezó a sentir con obsesiva insistencia una censura a su gestión. El no hacer se establecía como norma de convivencia y seguridad; siempre existía alguien (persona, instituciones u otro organismo) más idóneo para realizar la acción. Esto fue produciendo un proceso de debilitamiento de la capacidad de gestión, que concluye inexorablemente en la Autocensura de la Gestión. Estado este en el que no cabe la autonomía en el nivel personal, profesional y mucho menos en cuanto a la participación ciudadana. Se realizan tareas sin trascendencia, por encargo de los que tienen el privilegio de monopolizar el gerenciamiento de lo público y aun en el nivel privado.

*) Profesor Asistente de Derecho de la Integración del Tercer Curso de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNA.

Segundo: la marcada tendencia a la inacción produce efectos directos en la capacidad individual y colectiva de la ciudadanía. Las contadas excepciones de rompimiento de esta autocensura eran sometidas a ejemplificadoras reacciones de parte de los censores oficiales, a veces el Estado y en otras particulares o instituciones a los cuales se le delegaba una parte de la cuota de poder de gestión. Este proceso fue deteriorando el sistema de reacciones del individuo y la sociedad, la que maniatada por su incapacidad de actuar, empieza a sentir un segundo cercenamiento de otra importante dimensión de su libertad, la expresión: sea hablada o escrita; como nunca la palabra era censurada, filtrada o simplemente abortada, si no distorsionada.

Muy pronto esta situación culmina, casi imperceptiblemente, con la Autocensura de la Palabra.

Tercero: luego de los dos estadios de censura y autocensura descritos, era absolutamente predecible que el vaciamiento experimentado por el individuo y la sociedad produjera la herida más grave y determinante de su condición de racionalidad y, por consiguiente, de su distintivo humano. El hombre, la sociedad y su propio pensamiento, sin necesidad de demasiada censura, fueron conducidos inercialmente a la Autocensura del Pensamiento, con una profusa manifestación de mensajes vacíos de contenido, cargados de liviandad y excedidos de intrascendencia. La casualidad sustituye a la causalidad, y el hombre paraguayo, junto a sus pares latinoamericanos, transita por un total voluntarismo, sin principios o ideologías propias; y aun las prestadas parecían genuinas de aquellos que por sus propias autocensuras reinterpretaban la señal de los tiempos de una manera antojadiza y a plena satisfacción de los censores del pensamiento, desde algún centro de poder nacional, por encargo internacional.

Sabemos que la cultura política es la mediación de las prácticas políticas y las experiencias sociales, y más precisamente: la producción y reproducción de las concepciones que elabora una sociedad acerca de los fines de la política y específicamente de la representación de la política frente a la sociedad.

Como en casi toda Latinoamérica, en nuestro país la cultura política es producto del autoritarismo excluyente, personalista, clientelista y estatista. No lo decimos exclusivamente con relación al Gobierno, como tal, sino respecto a aquella praxis que hace carne en la sociedad, y en el propio pueblo.

Desde esta perspectiva, buscaremos la relación causa-efecto entre la cultura política existente y el proceso sociopolítico que denominamos de las tres autocensuras,

A medida que las autocensuras: de la gestión, de la palabra y del pensamiento se fueron manifestando en el interior de la sociedad civil y las asociaciones políticas, como reflejo determinado de aquella, fueron permeabilizando su ideología, su estructura y su metodología, con sus voraces efectos destructivos.

El propio tejido de valores, ideales y doctrinas de los partidos políticos fue contaminándose de la gestión anodina, primero; de la expresión reprimida y distorsionada, después; y del vaciamiento de toda forma de pensamiento, para finalmente estar, hoy, en el país y en gran parte de Latinoamérica frente a una aguda crisis de empobrecimiento político, social y económico.

En el plano de la descripción de algunos de los “atributos” de la deficiente cultura política vigente, nos referimos también a la exclusión como faceta singular de la intolerancia, fundamentada en la separación del otro o los otros; de participar e incluso de tener derechos a hacerlo, desde la perspectiva del poder; los excluidos pueden integrarse sólo a condición de aceptar las reglas que el poder dictamine que, en última instancia, significa dejar de ser diferente.

El personalismo en lo político se entiende como: una tendencia a enfatizar las cualidades individuales del líder y a desatar la confianza interpersonal por sobre la ideología abstracta o la adhesión a doctrinas específicas. Esto fomenta la formación de gobiernos autoritarios y refuerza la idea de que la mejor forma de servir al interés nacional es a través del liderazgo paternalista (Roett & Menéndez, 1979).

En este contexto, el clientelismo y el personalismo se identifican en el caudillismo donde el líder posee el control absoluto y directo de los recursos que los obtiene para sí y sus seguidores, a quienes exige lealtad personal a cambio del patronazgo.

Finalmente, la ideología o cultura estatista refuerza el rol del Estado o gobierno como centro dinámico de la sociedad, con la pasividad de la sociedad civil.

Esta somera descripción de una cultura política, en vías de extinción, más por causas de necesidad de cambio, que por voluntad política, dibuja a cuerpo entero los efectos de la cadena enlazante de las tres autocensuras que sutil y pertinazmente fue fagositando las facultades fundamentales del hombre, como ser político: la de pensar, como diseño y orientación de la libertad; la de expresarse, como manifestación de su racionalidad; y la de actuar, como atributo de su capacidad de intervenir positivamente sobre la sociedad.

Para la búsqueda y constitución de una cultura política diferente, se deben considerar algunos requisitos, o “tomas de conciencia”. Ellas son: conciencia de largo plazo; reconocimiento de la participación política y la educación cívica como extrañas a lo cotidiano; que son la distorsión de conceptos fundamentales y el autoritarismo predominante.

Divisando las líneas maestras del proyecto contracultural al de las autocensuras, la cultura que deseamos y necesitamos es democrática y consiguientemente participativa, de un amplio pluralismo, sin jerarquías; deberá tener como una de sus principales tareas reelaborar el pasado y evitar la excesiva ideologización, buscando por el contrario ser instrumento para facilitar y apoyar o consolidar una apertura y transición definitiva hacia una cultura democrática.

Concluimos afirmando que estos tres estadios evolutivos (o involutivos) analizados conforman un tejido que sólo por efecto de un proceso cultural y de la educación, como compromiso de todos, se puede revertir. Esa reversión sólo es posible construir gradualmente, a escala humana y en sentido inverso a su propia construcción como fenómeno sociocultural en un proceso de construcción y reestructuración cultural. Esto es, desde la recuperación del pensamiento, como diseño de la expresión de libertad; pasando por la palabra, como manifestación de la racionalidad; hasta concluir con la capacidad de gestión, como demostración del potencial creativo y de intervención positiva sobre la sociedad y su entorno.



HOMENAJE A GERMAN J. BIDART CAMPOS*

Por Domingo García Belaúnde (Perú) **

Señor Rector, señor Vice-Rector Administrativo, señor Decano de la Facultad de Derecho, señores autoridades, profesores, señores y señoras:

Nos reunimos el día de hoy en ocasión propicia, para hacer un acto de estricta justicia: la imposición del doctorado honoris causa al eximio maestro argentino, Germán J. Bidart Campos. Y digo esto por cuanto pocas son las veces que una presea de tal magnitud, es entregada a una persona que está unida a nuestro claustro, a nuestros profesores y a nuestros alumnos, desde hace más de veinte años. Pues en este país y en esta Casa de estudios, ha dejado una huella honda e imperecedera con su magisterio, con su ejemplo, y con sus colaboraciones desperdigadas en multitud de publicaciones, no sólo de Lima, sino también de provincias.

Y por si esto fuera poco, nuestro homenajeado ha construido una sólida visión teórica en el ámbito del Derecho, y en especial del Derecho Constitucional, teniendo como vigas maestras las enseñanzas de la fe, su fervorosa adhesión a la Iglesia Católica y su diaria comunión con el mensaje pontificio en las diversas áreas en las que el Jefe de la Iglesia ha dejado estampada su opinión, no ahora, sino desde hace décadas. Homenaje que hace nuestra Pontificia Universidad Católica del Perú a uno de los suyos, que lo es desde siempre, y en la práctica, desde hace muchos años.

*) Discurso en el acto académico en el cual se distinguió con el Doctorado Honoris causa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, al profesor Germán J. Bidart Campos (Lima, 11 de abril del 2000).

**) Profesor en el área de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

La triple identidad de Germán J. Bidart Campos con nuestra Universidad, -identidad en la fe, identidad en el estudio e identidad en la tolerancia-, hace que esta distinción que hoy se le brinda, tenga, por así decirlo, una justificación plena. A diferencia de otros homenajes en los cuales se rinde pleitesía sólo al talento o a la producción intelectual, en este caso, se aúna, en perfecta síntesis, el homenaje a quien además de su valía intelectual es, en el buen sentido de la palabra, un compañero de ruta, de inquietudes y hermano en la fe.

La actividad de nuestro homenajeado es múltiple, y no puede describirse en toda su amplitud en esta oportunidad, por inevitables limitaciones de tiempo. Actividad que se da en el periodismo académico, como lo demuestra su larga presencia en el diario jurídico “El Derecho”, y hoy en los suplementos especializados de “La Ley”, así como en artículos breves que escribe para publicaciones de larga circulación. Actividad en la docencia, como lo acreditan los cargos que ha ocupado en el mundo universitario, como autoridad en distintos niveles, como Decano de la Facultad de Derecho o Vicerrector de Universidad, hasta el que hoy ocupa, como Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas “Ambrosio Gioja” de la Universidad de Buenos Aires, uno de los más prestigiosos de su país. Actividad en la docencia, en donde ha dictado multitud de cursos vinculados con la problemática política, institucional, histórica y filosófico-política. Y esto sin contar con sus numerosos trabajos, un total de 70 volúmenes, que cubre un aproximado de 45 obras, sobre los más variados temas.

Y aquí es quizá donde más debemos detenernos. No sólo por la amplitud de la obra, fruto de un trabajo serio, disciplinado y constante, sino por la dimensión de los temas abarcados, Germán J. Bidart Campos, aparte de su numerosa obra académica, ha escrito manuales de colegio, poesía, libros sobre temas religiosos y de liturgia, que aquí no vamos a considerar.

Pero lo importante es que es uno de los poquísimos constitucionalistas del siglo que acaba, que ha tocado todas las aristas de la disciplina. Así, tenemos:

a) Su libro sobre Derecho de Amparo, que publicó por vez primera en 1861, y que luego reeditó, en forma más completa y elaborada, en 1968. Este es uno de los libros pioneros, fundadores del amparo argentino, de tanta influencia en el resto de nuestros países. Al lado de él podríamos colocar, quizá, el de Lazzarini y el de Carrió. Hay otros que han venido luego, pero estos son los que podríamos llamar fundacionales del Amparo. Y decimos del Amparo,

porque es un instituto procesal muy amplio, que en cierto sentido completa lo que protege otro instituto más que centenario, como es el Habeas Corpus.

b) Su Derecho Político, o como más adelante lo llamé, Lecciones elementales de política, con numerosas reimpressiones, que es un vasto panorama que muestra en todas sus facetas, el Estado a la altura de nuestro tiempo. Breve y compendioso, trata con singular rigor los problemas que la doctrina clásica, y también la contemporánea, han tocado con maestría.

c) En forma más extensa y, con grandes concesiones a la realidad política en general y, en particular, a la realidad argentina como latinoamericana, son los dos volúmenes titulados Derecho Constitucional, publicados en 1963, y que luego serían completados y notablemente ampliados, en los dos tomos que publicaría en 1967, con el sugestivo título de Derecho Constitucional del Poder.

Con lo anterior, brindó un gran panorama de la problemática contemporánea del Estado, tanto argentina como occidental. Unió en ellos la doctrina con la dogmática y con la práctica, como consecuencia del magisterio, no negado, del insigne Werner Goldschmidt.

Aspecto no menos importante, pero no ahondado, es el hermoso volumen titulado Filosofía del Derecho Constitucional, que seguramente es el que más gusta a su autor, en donde precisamente reflexiona sobre los principios del constitucionalismo contemporáneo. El título para mi gusto, es equívoco, pues no refleja fielmente lo que quiere su autor, que es precisamente, sentar las bases del Derecho Constitucional en nuestros días. Se trata de una investigación de largo alcance, que nuestro autor lamentablemente, acosado por otras urgencias, no ha podido desarrollar, y en donde ataca el grave problema de los fundamentos de nuestra disciplina.

No menos sugestivo es el panorama que ofrece sobre la historia política y constitucional argentina, que cubre un muy amplio espectro, desde principios del siglo XIX, hasta prácticamente nuestros días. A diferencia de otros, no parte de la legislación indiana, ni tampoco se detiene en épocas pretéritas, si no que ofrece todo un desarrollo lineal, de lo que en rigor es una vívida y sugestiva historia constitucional argentina hasta nuestros días.

Y ya en fecha reciente, ha replanteado toda la problemática del constitucionalismo finisecular, en una obra soberbia: El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, que hay que calificar como lo más original que se ha producido en los últimos tiempos.

Naturalmente, esto no agota su amplia producción. Cabe llamar la atención que aparte de estos trabajos globales y magistrales, Germán J. Bidart Campos ha dejado su huella en temas de palpitante actualidad, y sobre los cuales ha hecho sentir su palabra, para participar en un debate al cual muchos rehúyen. Esto es, estamos ante un constitucionalista que sin estar en el debate político, lo ha observado y lo ha analizado, y sobre él ha emitido su opinión, para que quede constancia de que no rehuyó su responsabilidad como intelectual comprometido. Esto está diseminado en multitud de ensayos, artículos, monografías y folletos, de los cuales rescato ahora los relacionados con los siguientes temas:

- a) Teoría general de los derechos humanos.
- b) La reforma de la Constitución, sobre la cual ha escrito ampliamente, desde que ésta se produjo en 1994, y que tantos contradictores tuvo.
- c) Los tribunales militares y la Constitución.
- d) Marxismo y Derecho Constitucional.
- e) Las élites políticas.
- f) Grupos de presión.
- g) Gobiernos de facto.
- h) Derecho de los Derechos Humanos, en especial el relacionado con el Sistema Interamericano que nace del Pacto de San José.
- i) Derecho Constitucional Comparado, que es una de sus más recientes inquietudes.
- j) Jurisdicción e interpretación constitucionales.

De esta suerte, todo el panorama del Derecho Constitucional y su problemática quedan cubiertos, en libros, folletos y ensayos que tratan la política, la historia, los fundamentos, y los principales problemas del día de hoy. Y todo esto en una prosa ágil y cuidada, con originalidad en el enfoque.

Si hacemos un ligero recorrido de cuántos en nuestro tiempo y sobre todo en nuestra lengua, cubrieron campo tan amplio, creo que nadie iguala a

Germán J. Bidart Campos, ya que no sólo trabaja la dogmática (como casi todos) o analiza los hechos (como hoy hacen los franceses) sino que lo completó con un amplio abanico de referencias, que permiten pensar que estamos ante un jurista integral.

Pero si hacemos un esfuerzo, podríamos pensar en una figura afín, como fue la de Adolfo G. Posada, cuyo magisterio iniciado a fines del siglo XIX, cubrió las primeras décadas del siglo XX. Pero eso ocurrió en otras épocas y en otras circunstancias, pues Posada fue, además, traductor entusiasta y abarcó un cúmulo de actividades, que ni en la misma España, nadie lo ha podido imitar.

Sin embargo, por encima de este currículum impresionante, es necesario acercarse al hombre que vive a despecho de estos datos y de esta larga lista de actividades y de publicaciones. Germán J. Bidart Campos no sólo es un gran jurista, un gran maestro y un pensador original que se expresa en una limpia prosa. Es, sobre todo, un gran amigo del Perú, amigo de esta Facultad y amigo de esta Casa.

En lo personal, conocí a Germán hace 25 años en la ciudad de México, con motivo de la celebración del “Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional”, organizado por la Universidad Nacional Autónoma de México, cuando dedicarse a esta disciplina parecía algo divertido, en un continente jaqueado por dictaduras del más diverso pelaje. Desde entonces, lo traté y descubrí su gran calidad humana y su gran bondad. Pronto lo vinculé a la comunidad constitucional peruana, y desde entonces nos ha acompañado en muchos eventos y en todos nuestros Congresos Nacionales y ha sido el espaldarazo para todas nuestras pretensiones. Germán J. Bidart Campos se ha prodigado sin retaceos, y todos somos testigos de ello.

Por eso, este homenaje que hoy le brinda nuestra Universidad, lo hace al amigo, al maestro, al gran constitucionalista, al hombre de incommovible fe católica, al creyente en el Derecho Natural y en los derechos humanos. Al honrar a Germán J. Bidart Campos, nosotros mismos nos honramos.



LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO CULTURAL DE LATINOAMERICA*

Por Pedro J. Frías (Argentina)

Sumario: 1. Introducción. II. Las tradiciones iberoamericanas. 2.1. La construcción política de Bolívar. 2.2. El presidencialismo barroco. 2.3. Recapitulación: valores, consenso y gobernabilidad. 2.4. Lo ibérico y lo anglosajón. III. Transiciones políticas. 3.1. El sistema político. 3.2. Ahora, la consolidación. IV. El Estado de derecho, novedad del siglo XX. 4.1. El tiempo de los derechos. 4.2. Orden en los derechos. 4.3. Asignaturas pendientes: los derechos económicos y sociales. 4.4. Las interrogaciones pendientes. V. Epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos se desarrollan siempre en una cultura política. Para comprenderla se han de examinar su sustento jurídico y desde luego su conciencia moral. La reconstrucción que intento privilegiará algunos aspectos y sin ser conjetural, es opinable. Pero la creo significativa para conocer su historia e indagar su porvenir.

He sido siempre un “optimista sin ilusiones” (Pascal). Por eso trataré los derechos desde la óptica de la Ciencia Política y Constitucional, pero en el contexto sociológico ineludible. Examinaré las tradiciones políticas, las transiciones cumplidas y concluiré con diez tesis abiertas al futuro.

(*) Este artículo interrelaciona fragmentariamente reflexiones publicadas en diversos tiempos y medios.

II. LAS TRADICIONES POLÍTICAS IBEROAMERICANAS

El cientista política argentino Mario Justo López advertía que la democracia pluralista supone diálogo y oposición, así como la democracia requiere consenso. Sin consenso fundamental, el diálogo resulta imposible, sin pluralismo resulta innecesario.

Las dos tradiciones políticas del siglo XVIII que han reptado hasta ahora, son el despotismo ilustrado y la democracia “jesuítica” de Francisco Suárez.

El despotismo ilustrado se apoyó en la incipiente cultura política de los pueblos iberoamericanos y en la praxis monárquica de los Borbones. Las enseñanzas del Obispo de Córdoba San Alberto justificaban este poder que no era responsable ante los gobernadores aunque actuaba a favor de ellos. “Por el pueblo, para el pueblo, sin el pueblo” era su síntesis.

La democracia jesuítica de Francisco Suárez, el Doctor Eximius de Granada, enseñaba otro principio de legitimidad: “Dios crea la autoridad, la deposita en el pueblo, que la delega en los gobernantes”.

Si en algunas áreas prevalecía el germen democrático del suarismo, en casi todas era el despotismo ilustrado el que daba su tono a la “praxis”. Fue la tradición política que prevaleció cuando se trataba del ejercicio del poder, por el conjunto de hábitos interrelacionados que formaban parte de ella. Cuando las nuevas ideas insinuaron lo que con el tiempo sería un poder limitado en el Estado de Derecho, quisimos arrancarnos la careta. Pero la máscara estaba pegada a la cara.

Hay tres clases de problemas de comportamiento político que no hemos resuelto todavía. Procuraré resumirlos ahora:

1. El poder no es una cualidad sino una relación: A tiene poder sobre B si influye sobre él.

Bajo la monarquía, esta relación se fundaba en la convicción de que el monarca recibió de Dios la facultad de “gobernar los pueblos con equidad, justicia y tranquilidad”.

Al secularizarse la relación, deja al poder vacilante entre el consenso y la coacción, y por esto el discurso liberal busca persuadir:

a) Convertir la autoridad que exige sumisión en una relación que exige asentimiento;

b) Hacer perceptible el servicio del cargo por los gobernantes a una comunidad descreída de sus gobiernos;

c) Asociar al ciudadano a la empresa política.

2. La decisión exige un previo momento unificante (la comunicación entre gobernantes y gobernados, incluso a través de élites incipientes), y éste se obtiene por articulación social o por dominación política.

a) La primera es democrática aun antes de la democracia;

b) La segunda es la autoritaria o carismática.

Autoritaria: el poder se hunde verticalmente en la sociedad (este poder que es relación influyente).

Carismática: la sociedad se eleva hasta el carisma.

3. También había que ejercer el poder por autoridad propia (y no vicaria), localizada en el espacio americano. Y empezar a controlar ese poder incluso “sobre el vértice”, es decir el de las autoridades mayores, lo que solo puede hacerse dentro de los gobiernos mismos.

En resumen, con la independencia era necesario:

a) Estrenar la lealtad del ciudadano en vez de la fidelidad del vasallo;

b) Había que basar el poder en una articulación de la comunidad, y no ya en la dominación de un soberano que busca consenso pero no depende de él;

c) Había que ensayar el control del poder desde dentro de los gobiernos mismos para evitar su desviación;

d) Había que reconciliar las nuevas dimensiones de la libertad con la igualdad por hacer, pero sobre todo había que lograr la convivencia de las libertades civiles y políticas con la nueva autoridad; y

e) El problema era pues instalar un poder digno de la libertad. Instalar una autoridad era crear, casi de la nada, una correa de transmisión entre la sociedad incipiente de notables y los órganos de poder. Instalar órganos de poder era imaginar un régimen que vacilaba entre la monarquía –paradigma de la época- o las nuevas repúblicas de Estados Unidos y Francia. Optar por la república era inevitable casi –dada la incertidumbre de legitimar una dinastía- pero suponía la movilización permanente y la fragmentación de sus intereses.

El conflicto de la libertad con la autoridad no era, entonces, más que un conflicto de la realidad consigo misma; la sociedad tenía que hacer crecer sus interacciones y ordenarlas republicanamente –no de cualquier modo- en el mando y la obediencia: un mando fundado en la articulación política y una obediencia prestada a la ley.

2.1. La construcción política de Bolívar

Paso a un segundo momento de nuestra cultura política. El libertador Simón Bolívar nos ofrece un ejemplo de cómo la independencia trató de desprenderse la máscara, dejar la tradición autoritaria y encolumnarse con la incipiente democracia.

Bolívar era hombre de la Ilustración, maestro de la palabra, formado en Europa, pero no sólo “reflejo”, sino “reflexión”. Fue elocuente para describir el vasallaje americano.

Para esta interrogación hecha al pasado, Bolívar ofreció sus proyectos constitucionales. Si en vez de responder a las necesidades de su tiempo respondiera a las del nuestro, quizás sus propuestas asumirían otras formas. Lo importante es confrontar su instinto de moderado con el régimen político que podía adoptar la América Española. Cuando ahora proponemos competición política y participación política, Bolívar coincidiría: sí, pero... Sí, pero en una sociedad consolidada. Y así como nuestro Alberti quería “La república posible antes de la venidera..”. Bolívar pensaba en la república imperfecta pero perfectible. La transición política latinoamericana planteaba a los libertadores dos preguntas: ¿por qué? y ¿para qué?

Hombres menos responsables que Bolívar y San Martín podrían haberse conformado con contestar a la primera: ¿por qué? Pues bien, muy simple: independizarse porque se ha agotado la sustancia moral del vínculo de dominación.

Pero y la segunda el ¿para qué? obsesionaba a los dos; reenviaba a otro interrogante: ¿qué serán nuestros pueblos? La libertad es el camino del ser. Pero el ser..., la viabilidad... Bolívar no era ingenuo. Es preferible traducir su escepticismo sobre la capacidad política de proyectar en común y sobre la calidad ética del ejercicio político como una reflexión crítica del hombre de la Ilustración en matriz americana. Lo he dicho ya, pero hay que insistir. Insistir en que sus propuestas políticas son para la instalación no de un régimen definitivo sino de una transición.

Estos órganos eran la cámara popular, el senado hereditario y la presidencia electiva y vitalicia: un órgano democrático y dos aristocráticos. Y todavía el areópag, el Poder Moral.

En su discurso de Angostura en 1819, Bolívar sintetiza muy concretamente: “El sistema de Gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social y mayor suma de estabilidad política”.

Las propuestas han sido objeto de innumerables comentarios. Desde los entusiastas como el olvidado maestro Bielsa (“La concepción política de Bolívar” en Estudios de Derecho Público, t. III, Arayú, Buenos Aires, 1952, pág. 591), a los aprobatorios de Salvador de Madariaga (Bolívar, Editorial Sudamericana, Bs. As., t. II, pág. 21). Y como es Madariaga el más crítico, es el mejor para la glosa, porque pone de relieve sin adulación el pensamiento de la transición.

Si “fue Sucre el sufrido artífice del nacimiento de Bolivia”, fue el liberador el que le dio su Constitución política. Enrique M. Barba ha evocado la visita de Bolívar al Alto Perú, que fue como una exaltación de su gloria (“Bolívar y el Alto Perú”, “La Nación”, 7/8/83). Yo lo veo sobre la cima del cerro de Potosí con su estado mayor, agitando –como él dijo– “el estandarte de la libertad, desde las playas ardientes del Orinoco, para fijarlo aquí, en el pico de esta montaña, cuyo seno es el asombro y la envidia del universo”.

Si el símbolo satisfacía a la gloria, exaltaba el carisma, representaba la fundación de un Estado, como un dato plástico para la posteridad, el haber aceptado dar la Constitución a Bolivia –la única petición cumplida entre todas las que se le hicieron– habla bien a las claras del empeño constituyente de Bolívar. Y no digo constituyente en el sentido de quien redacta la ley fundamental, sino de quien pone lo fundamental de las leyes. Es posible que como hombre de la Ilustración, creyera en la capacidad social conformadora de la

ley, pero su sentido de las realidades estaba por encima del prejuicio formal. El quería encarnar su proyecto de sociedad para que la autoridad sostuviera la libertad y la libertad convergiera hacia al autoridad.

“Creaba un Poder Ejecutivo en el que un presidente sería vitalicio con derecho para elegir a un vicepresidente que administraría el Estado y le sucedería en el mando. Ponía el acento, y no era éste un recurso de circunstancias, en principio de libertad e igualdad; sin ella perecen todas las libertades, todos los derechos”. En verdad, Bolívar era consecuente con la legislación que él mismo había dictado al hacer al indio ciudadano de la república, con igualdad de derecho y responsabilidades que los blancos y mestizos. Decretó la cesación del peor de los caciques ricos y poderosos que explotaban a sus hermanos” (Barba, cit.).

Podríamos remitir toda la obra constitucional de Bolívar a un pensamiento estampado en la Carta de Jamaica en 1815: “No siéndonos posible lograr entre las repúblicas y monarquías lo más perfecto y acabado, evitemos caer en anarquías demagógicas o en tiranías monócratas”.

Para ello desechaba los copiadore serviles, pero proponía modelos. Desechaba también las especulaciones sin correspondencia con la realidad. En el manifiesto de Cartagena de 1812 había dicho: “Los códigos que consultaban nuestros magistrados no eran los que podían enseñarles la ciencia práctica del gobierno, sino los que han formado ciertos visionarios, que, imaginándose repúblicas aéreas, han procurado alcanzar la perfección política, presuponiendo la perfectibilidad del linaje humano. Por manera que tuvimos filósofos por jefes, filantropía por legislación dialéctica por táctica, y sofistas por soldados. Con semejante subversión de principios y de cosas, el orden social se resintió..., y desde luego corrió el Estado a pasos agigantados a una disolución universal, que bien pronto se vio realizada”.

Hay que señalar por lealtad que este reproche alcanza al propio Bolívar cuando propone su cuarto poder o Poder Moral. “El Poder Moral de la República reside en un cuerpo compuesto de un presidente y cuarenta miembros, que bajo la denominación de Areópago, ejerce una autoridad plena e independiente sobre las costumbres públicas y sobre la primera educación”. La instrucción y la ética social son las áreas de esta corporación de raíz grecorromana, que se llama moral porque hace a la interioridad del hombre. Lo que recogió la Constitución boliviana fue considerado antes impracticable por el Congreso de Angostura.

El juicio de Angostura era benévolo. Más que impracticable era riesgoso dos juntas: un riesgo para la república atribuir un control regulador más que moderador sobre la opinión moral. Pero aun esto que digo debe relativizarse: quizás los “prudentes” del Areópago no hubieran exagerado su ministerio; quizás la opinión moral quedaba sin el Areópago en medio de comunicación no mejor inspirados. Pero lo que quiero decir en definitiva, es que Bolívar se definía por sus propias palabras de reproche como “un visionario... de la perfección política”.

Para ubicarnos en el siglo XIX, hay que recordar que era frecuente la preceptiva moral en las constituciones. El último ejemplo que he encontrado entre los muy numerosos, es el art. 92 del proyecto de Constitución de Fray Mamerto Esquiú, cuando dice: “La mediocridad de fortunas y la falta de industrias propiamente dichas en la providencia, y no es esplendor y lujo de otros estados, son la verdadera base de leyes justas y equitativas”.

2.2. El presidencialismo barroco

Otro caso de aplicación, que esta vez secunda a la tradición del “despotismo ilustrado”, es el barroco presidencialista iberoamericano. El barroco iberoamericano se proyecta sobre nuestro presidencialismo, como una disipación casi siempre vistosa, con su exceso de energía, con su carga instintiva más que ejercicio de la razón. La vinculación entre presidencia y barroco la intentó un ilustre constitucionalista colombiano, Carlos Restrepo Piedrahita. Siendo Embajador en Italia, hubo de improvisar sobre las instituciones políticas, justamente cuando el Instituto Italo Latinoamericano exhibía el barroco de nuestra tierra. Tomado de sorpresa, Carlos no vaciló: encontró en el presidencialismo latinoamericano una versión del barroco, desenvuelto, quizás arrogante, artificioso.

Nuestro amigo Restrepo adujo pruebas, he aquí algunas. En la novelística más reciente merecen mención las obras *El Otoño del Patriarca*, de Gabriel García Márquez, *El Señor Presidente* de Miguel Angel Asturias, *El recurso del método* de Alejo Carpentier, *Yo, el Supremo* de Roa Bastos y *Oficio de difuntos* de Uslar Pietri. En otras dos obras ya clásicas de sociología política, *Los caudillos bárbaros* de Alcides Argüedas, y *La América bárbara* de Rodríguez Mendoza, se diseñan las semblanzas y las andanzas caudillescas de Juan Manuel de Rosas, del Dr. Francia, de García Moreno, de Morales, de Melgarejo y otros de tal especie. En la pintura moderna, el colombiano Fernando Botero en su famoso óleo, hoy en el Museo de arte moderno de New York, “*La Familia presidencial*” nos muestra en los trazos espectacularmente

ampulosos de la técnica de este incisivo pintor, no solamente el aire hierocrático sino también la opulencia hastiante de lo que ha sido el caudillismo presidencial latinoamericano. Verdad es por otra parte, que con el paso del tiempo, con los progresos de la cultura general, en algunos de nuestros países ha ido mutando la escenografía tradicional y se advierten tendencias hacia un estilo de ejercicio del poder con signos más prometedores de despersonalización y “desacralización”.

Precisamente, “desacralización” es una palabra clave en la transformación de este presidencialismo barroco. Es la usada generalmente en México. Si hablamos de estilos arquitectónicos, podría imaginarse que la presidencia del Estado constitucional se adscribe al dórico, en que un estilo nítido sin “estados de alma” cumple su servicio austeramente. Pero la personalidad puede agregar el capitel corintio por su elegancia.

2.3. Recapitulación: valores, consenso y gobernabilidad

Hablé de una empresa política inacabada. ¿Y ahora? La década de los años ‘80 de este siglo fue perdida para el desarrollo económico, pero no para el desarrollo político. El despotismo ilustrado –más bien no tan ...ilustrado- bajo las formas burocrático-autoritarias perdió consenso social por sus efectos de demostración negativa. La democracia incipiente –por la índole de sus liderazgos y por su falta de voluntad de negociación- va transcurriendo hacia la democracia inevitable. ¿Inevitable? Sí, inevitable con la relatividad de una vida social en transformación, porque la sociedad vuelve a ser abierta, porque privilegia la negociación, porque acepta el pluralismo, porque se descentraliza, porque emprende una relectura del Estado social de derecho, para conjugar la libertad con la igualdad.

Si volvemos atrás a indagar la cultura política que se expresa prioritariamente en cada uno de esos momentos latinoamericanos, observamos que traducen la necesidad del consenso, de los valores y de la gobernabilidad del sistema político. La enseñanza de las universidades jesuíticas sobre la democracia, privilegia el consenso. En la delegación que hace el pueblo se articulan las prioridades para las políticas públicas, a veces expresadas en un programa, pero muchas más encarnadas en liderazgos efímeros o consistentes.

En el Aréopago de Bolívar toman altura los valores. La democracia se formaliza si no hunde sus raíces en el ethos, es decir los valores vividos en la vida emotiva de la gente. Lo que viene a decir Bolívar es que la sociedad no es adulta y que es bueno ayudarla a madurar. “Moral y luces... nuestras primeras

necesidades”: así había repetido la Ilustración y así dejó escrito Bolívar. En ese espíritu, San Martín redactaba los consejos para la educación de su hija y Bolívar las instrucciones para la formación de su sobrino. Y en el mismo espíritu de una responsabilidad educativa del que engendra, sugería a Bolívar las instituciones fundamentales. Pero más allá del reproche que el mismo Bolívar se inculpa cuando se define como “un visionario de la perfección política”, y que nosotros podemos oponer a su Areópago, hay que rescatar los valores necesarios a la experiencia de la democracia pluralista.

En tercer lugar, en el despotismo ilustrado y en la presidencia barroca, ¿hay algo para rescatar? Sí y sólo la gobernabilidad del sistema político, comprometido por las demandas de la sociedad y por la participación si es desordenada. He tratado este tema más extensamente y soy cauto para no ser mal interpretado. La sensibilidad de la izquierda descubre en la gobernabilidad de la democracia un punto débil para ella y para la derecha. Porque, en efecto, en el primer extremo, el “estado de asamblea” lleva al caos y las restricciones indebidas a la participación, conducen al poder hegemónico. Ni el despotismo ilustrado ni la presidencia barroca son buenas muestras de gobernabilidad, porque son experiencias de poder personal, pero nos indican un problema. Creo que recién cuando en la democracia pluralista se cultiven conjuntamente los valores, el consenso y la gobernabilidad, América Latina habría logrado su cultura política. Pero hay que estar prevenidos. Como en el canto de Guillén: “el agua corre al mar y el río queda”.

2.4. Lo ibérico y lo anglosajón

Para profundizar en nuestra identidad, abordo una cuestión muy opinable. ¿Se caracteriza nuestra cultura iberoamericana por una inmovilidad que la distancia de la dinámica anglosajona? La polémica no es de ahora pero sigue pendiente. El historiador chileno Claudio Véliz acaba de renovarla, con la fábula del zorro y del erizo. El erizo somos nosotros, el zorro los anglosajones. En definitiva, nosotros venimos de la Contrarreforma y los americanos de la revolución industrial. La que ha triunfado es la revolución industrial.

Lo que caracteriza al erizo es la resistencia al cambio, el énfasis en el orden y la unidad, el centralismo, la simetría, la organicidad, la tradición y el barroco. Lo que caracteriza al zorro es la movilidad, el cambio, la descentralización, la asimetría, la diversidad, lo inorgánico y lo gótico. Para el erizo existe una sola verdad fija y eterna, para el zorro existen muchas verdaderas cambiantes. Erizos y zorros, por lo tanto, “representan constituyentes esenciales definitivos de las tradiciones culturales dominantes en el Nuevo Mundo”.

De acuerdo con Véliz, todos los aspectos de la conquista y la colonización de América Latina por los españoles y portugueses llevan el sello del erizo: la construcción de un sistema centralizado de control político, el monopolio comercial, la imposición de la lengua española y la religión católica. La unidad de propósito debía manifestarse en todo: un solo Dios, un solo monarca, una sola economía, un solo ancestro. Todo lo que fuera “diversidad, heterogeneidad, adulteración y discontinuidad, en cualquier forma, era considerado enemigo de la unidad sin faltas, exigida por este elevado propósito”. España jugó un papel central en la contrarreforma y la renovación tridentina de la iglesia católica. La creación de la Compañía de Jesús, la ascendencia definitiva del tomismo como la “filosofía perenne”, la organización y liderato del Concilio de Trento, la introducción de la Inquisición, del arte barroco y el rechazo a la idea luterana de la salvación por la sola fe son todos aspectos en que el protagonismo y la participación de los españoles fue crucial.

Los anglosajones viven mejor en la incertidumbre, en el cambio, en la adaptación. La diferencia podría ilustrarse con los códigos de nuestra tradición jurídica y el “Common Law anglosajón. En el debate está presente la dialéctica entre catolicismo y protestantismo. Max Weber dijo que el capitalismo era hijo del protestantismo. Yo creo más bien, después de haber vivido en Bélgica, que es fruto del frío. Sin ahorro, sin capitalización, nadie puede sobrevivir, pero es cierto que el protestantismo privilegia el éxito.

Lo que me permito señalar es que nuestra cultura tradicional puede ser preciosa en la hora de la globalización. No para la globalización misma, que se hará bajo el signo del zorro, la movilidad, pero sí para lo que he explicado muchas veces: tendremos que ser provincianos y cosmopolitas a la vez. Provincianos para arraigar en un medio; cosmopolitas para el intercambio de paradigmas y bienes. Estaremos pisando en diagonal, con las piernas abiertas: una en nuestro campanario, otra en cualquier parte que nos requiera. No se trata de repudiar nuestra identidad. Se nos preparó para contemplar la realidad; ahora se nos pide transformarla; se nos preparó para los cambios de tiempo; ahora hay que prepararse para los cambios de clima.

Cada día tiene su afán...

III. Transiciones políticas

Si no hubieran pasado ya muchos años, la página introductoria de nuestro análisis hubiera podido resumir los prólogos que Manuel Fraga Iribarne puso a los estudios constitucionales de nuestro subcontinente.

Era una lectura penetrante de sociología y política, ennoblecida por un compromiso que su vida ha mantenido con Iberoamérica. Una introducción más reciente de Juan Maestre Alfonso(1), privilegia algunos rasgos en la descripción. Los 21 países (con Puerto Rico) acogemos diferencias étnicas: 32 millones de indios, 14 de negros, 15 de mulatos y 42 de mestizos. Sin hacinaamiento, salvo en las ciudades de urbanización salvaje, la población es cuatro veces mayor que la de 1920. A pesar de esfuerzos deliberados por asumir pautas de comportamiento de sociedades más avanzadas, el crecimiento económico es insuficiente, y la sanidad no impide la muerte por males curables.

¿Y el sistema político? Casi siempre está a prueba. La Constitución es un ideal a veces irrealizable: un blue sky laws; un supremo reglamento del Estado y el ciudadano, pero también signo de soberanía y mimetismo formal hacia lo moderno. Más de 200 constituciones, con un promedio de 10 por país: Haití con 23, Venezuela con 22, Bolivia con 19... La Argentina es una excepción. En la visión de Maestre Alfonso, Iberoamérica vacila entre la revolución (México, Bolivia, Cuba) y la seguridad nacional. Pocas páginas explican mejor lo que es una transición que las de Carlos Floria(2), que me permito transcribir:

“Instalarse en una sutura es tener probabilidades de penetrar algún secreto de creación” (Jean Guitton, 1985). Es necesario, parece, asomarse al trabajo de los geólogos cuando observan con cuidado infinito dos capas yuxtapuestas. Eso da sentido a la frase de Guitton. Las transiciones, las suturas, los pasajes en que una cosa deja de ser como era para ser distinta, los períodos de metamorfosis, son desconcertantes y sustantivos”.

“Tomar en serio la transición política, entenderla no sólo como una empresa mayor difícil pero interesante para la sociedad y los hombres concretos que la hacen, sino como la sutura deliberada que permite descubrir algún secreto esencial de un hombre o de una sociedad en un tramo de su biografía - personal o nacional- es una proposición para tiempos de crisis pero sobre todo para tiempos de génesis”.

“El pensamiento político argentino (la idea puede extenderse a casi toda América latina y otras zonas del mundo en vistas de la crisis del imperio sovié-

1) Constituciones y leyes políticas de América latina, Filipinas y Guinea Ecuatorial v. I, Comisión V Centenario.

2) “La turbulenta transición de la Argentina secreta”, en Boletín Informativo Techint, N° 262, marzo - abril de 1990.

tico), está necesitado tanto de la perspectiva que Rustov llama genética, como de la funcional. No es que el punto de vista desde el cual se estudian los funcionamientos de los regímenes y sistemas políticos sean desdeñables –se advertirá que dicho punto de vista es fundamental- sino que la actitud y la actividad intelectual son distintas cuando se piensa desde un régimen que funciona, y se trabaja para mejorarlo, y cuando se reflexiona a propósito de la génesis de un régimen político que normalmente no significa un retorno a una suerte de edad de oro que se dejó atrás”.

“Parece obvio que la transición social evoca el cambio de régimen y no sólo de gobierno, y que su ocurrencia supone una empresa política compleja y necesitada de inteligencia, convicciones, astucia, ejemplaridad y... suerte. Y en ese sentido no sugiere sólo una cierta estrategia por parte de los principales actores políticos sino la solución completa o suficiente de dilemas que en cada sociedad nacional se presentan con sus diferencias según cuestiones persistentes, estilos y tradiciones”.

“Sea por medio de la reforma o de la ruptura, de la continuidad relativa o de la discontinuidad –y aun de la continuidad en la discontinuidad-, la transición como forma de cambio político tiene un punto de partida y una zona de llegada, y es esta zona de llegada donde se afirma el proceso de consolidación”.

Hay que agregar que en sentido propio, la transición política se ajusta a estas conclusiones de Artemio Luis Melo(3).

1. La transición política es un proceso de transformación profunda cuyo resultado expresa un camino del mismo orden, es decir político.

2. El cambio emergente de la transición política se registra a nivel de régimen político y no de sistema ni de Estado.

3. La determinación del nivel de cambio operado por el proceso de transición, que es de régimen político, implica transformaciones en las reglas y procedimientos formalizados o no, y en las estructuras de autoridad.

4. El cambio que implica el proceso de transición es de signo positivo cuando lleva la impronta del desarrollo político.

3) La transición política argentina, 1982-1983, Universidad Nacional de Córdoba.

5. La transición es un fenómeno de la realidad política que se da en las dimensiones de espacio (transición histórica definida) y de tiempo (no existe transición sine die, indefinida o permanente). Su no distinción no oscurece el análisis teórico al subsumir otros estados del régimen político en el continuum del más amplio proceso de cambio político.

6. Es útil y necesaria la distinción analítica de los procesos de transición, instauración y consolidación política.

7. Las modalidades del proceso de transición política definen sus condiciones de historicidad y singularidad sin desmedro de la posibilidad de generalización teórica.

3.1. El sistema político

Cuando uno habla de sistema político alude al conjunto de las fuerzas significativas en el gobierno del país. Es hora, pues, de preguntarse por el sistema político iberoamericano. Me interrogo e interrogo a todos:

- ¿Es flexible a las mutaciones socioeconómicas? Entonces debe dar prioridad a la reestructuración del Estado.

- ¿Tiene capacidad para la solución de conflictos? Entonces debe ganar consenso para realimentar su fuerza disuasiva y su habilidad en la negociación.

- ¿Se encapsula sin reconocer los protagonismos emergentes, se oligarquiza? Entonces debe incorporar los liderazgos compatibles mínimamente con la cultura política que interpreta.

- ¿Reserva legitimidad suficiente para mantener a los descontentos en la legalidad? Entonces debe renovar las coaliciones sociales que dan sustento al poder.

- ¿Asegura el desarrollo con justicia? Entonces no hay que ser primero ricos para después ser justos, sino propagar el sistema de prosperidad.

- ¿Afirma la autonomía del gobierno sobre presiones sectoriales en la interdependencia inevitable? Entonces no favorecerá a una sociedad corporativa y se rehusará a ser él mismo una corporación.

Las respuestas de Iberoamérica a estas interrogaciones más, inspiradas por Manfred Mols, se están formulando. Sin hacerse ilusiones sobre la política doméstica, siempre contingente, muchos miran hacia fuera, hacia el pueblo-continente que somos, donde los particularismos existen.

3.2. Ahora, la consolidación

No pretendo hacer teoría sobre la consolidación, pero me aventuro a sugerir algunas reglas. Hélas aquí:

La consolidación es cuestión de sumas: los comportamientos de la transición deben asociarse a otras conductas de persistencia; es cuestión de espacios: ciertas realidades deben cederlos a otras más eficaces. En consecuencia:

- Las emociones deben ceder más espacio a la reflexión.
- La movilización que ocupa la calle, más espacio a las instituciones que operan el armisticio social.
- La política agonal que suma votos, mas espacio a la política arquitectónica que construye.
- Las tendencias concentracionarias que marginan, más espacio a la descentralización participativa.
- El carisma, más espacio a los mediadores habituales del quehacer político.
- Los que pueden, más espacio a los que saben.
- Las suturas de transición, más espacio a las estrategias de la persistencia. ¿Qué quiero decir?
- El Estado debe dejar más espacio a la sociedad.
- El gobierno gerente del bien común, más espacio al gobierno garante de las reglas de juego del orden social espontáneo.
- El pluralismo de todos aparte, más espacio al planeamiento social de las prioridades.

La consolidación democrática debe ser seguida de la persistencia del sistema político. Y la persistencia del sistema político de cada país latinoamericano debe abrirse a la nación única con la que soñaron nuestros libertadores.

IV. EL ESTADO DE DERECHO, NOVEDAD DEL SIGLO XX

Caídas las utopías revolucionarias, el Estado de derecho del siglo XIX sigue siendo la novedad del siglo XX. La economía planificada centralizadamente no ha producido crecimiento. El socialismo real no ha conjugado la libertad con la igualdad. El Estado de clases se ha demostrado hostil para todos, excepto para la “nomenclatura”.

El Estado de derecho se formó como réplica al capricho del soberano. Es la limitación del poder por el derecho, con garantías fundamentales de las libertades públicas, protección del orden democrático, ordenamiento jurídico, control de la constitucionalidad de las leyes. El Estado de derecho implica reglas constitucionales que se imponen a todos (Oliver Duhamel). En un primer nivel resalta el Estado de policía, pero no entendido como despotismo, sino como relación del Poder Ejecutivo, legalmente centrado en el derecho administrativo como derecho de personas desiguales, porque primero es necesario obedecer y recién después impugnar. El segundo nivel es el Estado legal, con soberanía de la ley y ya no de la regulación ejecutiva. Advierte la institución representativa, con el parlamentarismo grandilocuente entre las dos guerras.

La precariedad de esta construcción encontró remedio en el Estado constitucional, o constitucional pluralista, como lo definió Raymond Aron. Tenemos entonces la pirámide de normas que Kelsen construyó con tanta sutileza como fragilidad. ¿Por qué? Porque el Estado de derecho supone un juego político bajo reglas que lo mantienen en el dominio pacífico del arbitraje, del autocontrol; el vencedor no debe ir demasiado lejos. Emri (4), a quien sigo en apretada síntesis, vuelve a Aron o a Robert Dahl: la democracia pluralista, una lucha limitada. Tiene que mediar entonces consenso sobre esta limitación y esta condición necesaria vincula el tema con los procesos de comunicación social. El vínculo es jurídico y el meollo, opinión.

4) Claude Emeri, “L’Etat de droit: état de la recherche et problèmes actuels”, comunicación al XV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Ciencia Política, Buenos Aires, 1991.

El vínculo es jurídico –digo- y de naturaleza constitucional y por eso, por arriba de los actores cotidianos de la competición política, dada la rigidez constitucional. En tiempos de integración hay que tener en cuenta que por sobre el bloque constitucional nacional irá emergiendo el supranacional. Hay pues ya un Estado de derecho europeo que se impone a los Estados-miembros. Los garantes del Estado de derecho son los jueces: o el control de constitucionalidad de los americanos y de algunas Cortes latinoamericanas o el control concentrado en las Cortes Constitucionales. No faltan los “estados de alma” críticos para esta intervención de los jueces, pero felizmente para el Estado de derecho entre nosotros no es así. Podrá haber momentos de desconfianza en la institución judicial, pero nadie propone alternativas para su misión de contralor.

4.1. El tiempo de los derechos

Las degradaciones que el hombre ha sufrido en pleno siglo XX han provocado una reacción afortunada a partir de las experiencias totalitarias, las guerras subversivas y las represiones dictatoriales; las disciplinas del espíritu han consagrado los derechos humanos; más aún: se han universalizado e internacionalizado.

Que ha sido así es evidente a nuestra conciencia; menos claro puede ser el proceso histórico: primero, los derechos fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; luego los derechos sociales nacidos de la depresión junto con el constitucionalismo social; por fin los de tercera generación, adscritos a la sociedad post-industrial.

Los primeros -como el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad- se suponen anteriores al Estado, son operativos, reconocen sujetos pasivos constitucionalmente obligados; son derechos públicos subjetivos. Los segundos -derecho a la salud, a la vivienda, a la sindicación- no suelen ser directamente operativos, porque requieren alguna intermediación estatal; los terceros –derecho a la paz, al ambiente sano, al desarrollo- no sólo no son operativos, sino que son derechos por analogía, pues son expectativas humanistas confirmadas a veces por compromisos constitucionales.

No siempre los derechos son predicados para todos, crece el reconocimiento del derecho a la diferencia -minorías étnicas, lingüísticas, sexuales- y aun otras diferencias más sutiles que Guy Sorman ha descrito pintorescamente en el marco de algunas universidades americanas.

Los debates no son tan simples ni de fácil pronóstico. Por ejemplo, ¿tienen algún fundamento los derechos humanos? Aquí se entrecruzan las convicciones: muchos acudirán a la entraña misma del ser humano para recordar que fue creado “a imagen y semejanza de Dios”. Pero los positivistas no concuerdan, como es sabido: un distinguido filósofo analítico ha escrito que ese fundamento es imposible porque Dios no tiene derechos humanos... En El tiempo de los derechos, Norberto Bobbio(5) dice que nacen de la experiencia histórica. Pero este debate –por importante que sea- pertenece a la Filosofía Política, no al Derecho Constitucional, que ya bastante tiene que poner orden.

4.2. Orden en los derechos

El primer atributo de ese orden lo expresa de este modo Bidart Campos(6): Un derecho subjetivo debe estar formulado así: 1) a favor de quién se reconoce, es decir quién es el sujeto activo titular; 2) contra quién resulta oponible, o sea el sujeto pasivo; 3) cuál es la obligación que grava el sujeto pasivo; de omitir, de dar o de hacer; 4) cuál es la vía de ejecución del derecho.

El segundo atributo de ese orden es una asignatura pendiente: suponer que hay titulares de derechos que no reconocen un sujeto pasivo, un deudor.

El tercer atributo es la universalización que acompaña como su sombra a la tendencia de universalización del modelo de Estado constitucional democrático.

El cuarto atributo es la internacionalización, formalizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el Pacto de San José de Costa Rica, y cuya experiencia es ilustrada en libros diversos, como los de Héctor Gross Espiell, canciller del Uruguay y Hortensia Gutiérrez Posse.

Si quisiéramos sintetizar –no sin riesgo- la fase actual de este tiempo de derechos, diríamos que universalizados e internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional. Como escribe Juan Fernando Segovia, se trata del derecho a tener derecho(7).

5) Editorial Sistema. Madrid, 1991.

6) Entre otras obras de Bidart Campos: Constitución y derechos humanos, Ediar, Buenos Aires, 1991, p. 61.

7) “Aproximación al estudio de los derechos constitucionales”, en Derecho Público Provincial I, Depalma, Mendoza, 1990, p. 329.

4.3. Asignaturas pendientes: los derechos económicos y sociales

La economía social de mercado ha precedido en los hechos a las constituciones. Se ha impuesto el efecto de lo público que ha caracterizado al período 1930-1989 con el fracaso del socialismo real. O hay economía social de mercado o hay socialismo de mercado según el modelo escandinavo.

La clase política ha dejado la marca de sus vacilaciones en las leyes fundamentales más recientes. Dudo de adscribir las nuevas constituciones de Brasil y Colombia a la economía social de mercado, pero los hechos van titubeantes en esa dirección. No es que la función social tenga tanto relieve como la propiedad privada, sino que es la opacidad de la iniciativa privada la que despierta mis dudas. La mayoría de las reformas de doce constituciones provinciales argentinas hacen economía social de mercado sin decirlo, como aquel personaje de Molière que hablaba en prosa sin saberlo.

En la transición entre el ciclo de lo público y el ciclo actual de lo privado, los conceptos de subsidiariedad del Estado y de economía de mercado han sido ocultados. Es un pudor inevitable pero mal entendido. Algunos no lo han tenido. Cuando Michel Rocard asumió la jefatura del gobierno francés, dijo: “Je suis un gauchiste de marché libre”. Y cuando Felipe González debió girar recordó a Weber: “Hay que pasar de la ética de los principios a la ética de las responsabilidades”. Y cuando el Presidente argentino Menem transformó las líneas del justicialismo optó por la economía de mercado. “Marx ha muerto, la revolución ha muerto y la social-democracia no se siente demasiado bien”. Esta descripción es provisoria y resulta más útil plantearse las cuestiones disputadas.

4.4. Las interrogaciones pendientes

Hay pues un ordenamiento económico-social. ¿Pero todas las prescripciones son normas jurídicas vinculantes? El debate puede sintetizarse así. Para algunos no son todas normas jurídicas, porque no son una orden, mandato o prohibición o no delimitan derechos y deberes entre sujetos. Para todos son mandatos imperativos, con proposiciones finalistas o de resultados para los poderes públicos, imponiéndoles un estándar de actuación cuya determinación no está siempre en la norma, sino que se atribuye a los órganos habilitados.

Y sin resolver el debate, se insinúa otro: ¿son programáticas o directamente operativas? ¿Son completas o incompletas? Según la Constitución de Salta son directamente operativas; según la de Córdoba, lo son si no requieren

legislación complementaria; otras han preferido una redacción de finalidad programática. Me parece atinado lo que dice la Constitución española de los “principios rectores” de la economía: “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, pero bien entendido que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

¿Y si el poder público no desarrolla las normas para que los titulares de derechos puedan ejercerlos? La inconstitucionalidad por omisión podría autorizar a los tribunales a integrar el orden normativo o a fijar indemnización si no es posible. ¿Pero es oportuno acosar a un sector público ya exhausto por sus promesas incumplidas?

¿Y hay un modelo? Uno está pensando en la economía social de mercado. ¿O las constituciones son neutras? Si hay interrelación entre los protagonistas y los factores de producción, hay sistema. Y si hay sistema, el modelo está cerca. Hablará más bien de la economía libre como paradigma de explicación de las relaciones. Aun en los “paraísos artificiales!” que inventa la Constitución de Brasil, tan voluntarista, tan ingenua, quizás tan utópica.

No quisiera que estos debates de derecho indujeran al pesimismo. Si se plantean es porque las aspiraciones humanas buscan la eficacia de las normas. Pero cuando el grado de desarrollo o la mala asignación del gasto público o la falta de solidaridad no permite satisfacerlas, los derechos económicos-sociales son seguridades que, paradójicamente, aumentan la incertidumbre.

Por último, los delitos contra la humanidad discuten su jurisdicción territorial. ¿Sólo en el país en que se cometieron? Mientras el funcionamiento de una Corte Internacional está pendiente, la “Jurisdicción transnacional” prosigue desarrollándose al ritmo impuesto por demandas que, en su origen, se plantean en tribunales nacionales (Natalio Boana).

La reforma constitucional argentina de 1994 enumeró Tratados de derechos humanos ratificados por la República en el art. 75, inc. 22 con “jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”. Las interpretaciones diversas coincidirían en que tienen la misma validez de la Constitución. Estos Tratados no vinculan sólo a los Estados sino a las personas que están bajo la jurisdicción de cada Estado parte. No sólo el Estado sino la persona es sujeto de derecho (Jorge Aja Espil).

V. EPÍLOGO

Los hechos históricos de este fin de siglo no han modificado el constitucionalismo occidental, pero lo han universalizado con las sabidas excepciones. Pero la globalización tendrá influencia. En diez tesis me atrevo a sintetizar las pulsiones del constitucionalismo finisecular, en cuyo seno se desarrollan los derechos:

1. Si la sociedad está en cambio, también cambiará el Derecho Constitucional, pero las transferencias no son automáticas. El derecho –todo derecho– puede acelerar, retrasar o despreocuparse de los cambios sociales.

2. El Estado de Derecho, la novedad del siglo pasado, es también la novedad del siglo XX, una vez caídas las utopías revolucionarias. Porque las sociedades prefieren un juego político que el Estado de Derecho mantiene en el dominio pacífico del arbitraje, del autocontrol, de la lucha limitada. Y debe agregarse que el Estado de Derecho ha reabsorbido las convulsiones siempre posibles de la democracia mayoritaria de Rousseau. Se prefiere el consenso, pero si es necesario acudir a la mayoría, se piden excusas y se invoca a la democracia y a la Constitución.

3. Vivimos en el tiempo de los derechos: los fundamentales del hombre de las revoluciones liberales; los sociales a partir del año ‘30; los de tercera generación, por fin, que nos prometen paz, desarrollo y ambiente sano. Sintetizando no sin riesgo, la fase actual de este tiempo de derechos, diríamos que universalizados o internacionalizados, algunos derechos se corresponden con obligaciones constitucionales y otros son expectativas humanas, pendientes de políticas postuladas para el Estado y la comunidad internacional.

4. Los derechos económico-sociales son asignaturas pendientes, no en cuanto sean catálogos de ilusiones, sino por el debate no concluido sobre su naturaleza de normas y su operatividad. Aunque deban inspirar toda gestión pública, parece preferible que no pueden ser invocados ante la jurisdicción sino cuando hayan sido desarrollados legislativamente.

5. Los valores que nutren la educación y la cultura nacen de una confluencia muy sometida a los “estados de alma” de la sociedad, en que se entrecruzan creencias y secularización, ciencia y conciencia crítica, derechos de los padres y Estado docente. Interpretando la cultura de la post-modernidad, el Tribunal Constitucional de España dijo que hay que “relativizar las creen-

cias”. Por mi parte, creo que no hay que relativizarlas sino ponerlas en diálogo. El futuro se juega entre estas dos actitudes.

6. El régimen político vacila entre el presidencialismo y el parlamentarismo. Mientras en la Argentina se postula un sistema presidencial moderado, como sería la introducción de un ministro coordinador nombrado por el Presidente pero posible de destitución por los diputados, en Italia el Partido Socialista pugna por la república presidencial de los franceses. En México el Ejecutivo ha sido “desacralizado”. En todo caso, el cesarismo barroco suscita resistencia.

7. Es recurrente la atención que se presta en todas partes al sistema electoral, y no siempre por descontentos de coyuntura; las correcciones de cosmética al Poder Legislativo; cierta insatisfacción sobre el Poder Judicial, sobre sus sistemas de designación, su independencia y su eficacia. Pero habría que reconocer que todo sistema electoral tiene efectos no deseados; que el Parlamento es una asamblea y las asambleas no tienen concentración de decisión del Ejecutivo y que, finalmente, las sociedades han transferido demasiados conflictos al Poder Judicial.

8. El control se va insinuando como función y como poder dentro del Estado mismo. El proceso gubernamental se proyecta como asesoramiento, decisión, ejecución y control más responsabilidad. Pero el control se instala con más fragilidad que la ejecución.

9. A fines de este siglo, el Estado se manifiesta demasiado pequeño para ciertas responsabilidades y demasiado grande para otros. En el primer caso, crece la integración regional y continental, que requiere transferencias de decisiones a órganos supranacionales. En el segundo caso, la descentralización es una palabra clave, para bajar las obras y servicios hacia las bases sociales. Crece la autonomía del municipio, los espacios homogéneos se organizan en regiones y el federalismo proporciona sus formas para cada situación, en la plenitud o en la adversidad de cada Estado.

10. La herejía del siglo XX fue el totalitarismo. ¿Y el siglo XXI? No desearía anticiparme. Si el pluralismo degrada en relativismo y el éthos, o sea los valores vividos en la vida emotiva de la gente, lo construyen la televisión y las tecnoestructuras, podemos temer un agotamiento de la democracia, o al menos una formalización.



PARA NO SACRALIZAR ERRORES POLITICOS

Por Carlos S. Fayt*

1.- A diferencia del mundo físico, en el campo político, la entropía, la degradación de la energía, deja de ser inasible. Se capta, se hace evidente, no tanto en la cristalización de la dirigencia como en su desgaste. En el abandono de los frentes de lucha, en refugiarse en zonas de armisticio, perdiendo los atributos lúdicos de la conducción de los acontecimientos políticos. Más allá de que pueda existir un eclipse de partidos, el político es necesario, indispensable, imprescindible. En rigor, nada suple al político de carrera, al técnico altamente capacitado para el quehacer político: ni el empresario, ni el gremialista, ni el burócrata o el tecnócrata.

2.- El campo sobre el que opera la política es la realidad de la vida social que se desarrolla en el Estado. Lo real es lo que existe, lo que corresponde a la naturaleza de las cosas. El político debe tener sentido de esa realidad, saber qué debe hacerse ante una circunstancia dada en un momento determinado, obrando con criterio y habilidad sobre lo que es conveniente y oportuno, proporcionando la solución útil y posible de los problemas planteados por la lógica de cada situación. Saber lo que debe hacerse significa conocer el problema, poseer el conocimiento y la información sobre sus antecedentes y consecuencias directas e indirectas previsibles y la inteligencia, sagacidad y carácter necesarios para dar la solución e imponerla a los demás. El dominio mental del problema es la clave del acierto en la solución, pues en política no debe obrarse por intuición o adivinación.

3.- La realidad que está incrustada en la acción política práctica no es la que queremos que sea, sino la que es, tal como las cosas son y se presentan, impuestas por los hechos y las condiciones. La lógica de cada situación con-

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

vierte a la acción política en oportuna o inoportuna, útil o inútil, conveniente o inconveniente, hábil o inhábil, en la medida en que guarda correspondencia con la solución práctica y concreta a problemas también concretos y prácticos. La base del buen sentido político es un sólido sentido común. Frente a determinado problema, la valoración de lo que debe hacerse depende tanto de que se lo conozca, plantee y solucione correctamente, como de la elección de los medios adecuados para conciliar el propósito con el resultado. Y esa valoración implica contar, pesar y medir la acción y muy especialmente la reacción, esto último distingue al político del estadista, que es quien pone el acento de su pensamiento en las consecuencias de cada acción. No va a la zaga de los acontecimientos, presionado por las condiciones y circunstancias, sino que utiliza las circunstancias y condiciones para crear o intentar crear otras nuevas. No se limita a negar lo que otros hacen, lo que en algún caso puede ser útil, sino a obrar positivamente. Es productor de actos y de hechos políticos, fuerza activa en el proceso dinámico de las relaciones de poder.

En perspectiva, si nos dejamos llevar por los deseos, la imagen del estadista tiene el rostro de la genialidad histórica. Debe reunir condiciones de patriotismo, honradez, prudencia, bondad, talento, destreza y suerte en grado superlativo. Poseer una inteligencia sobresaliente servida generosamente por la habilidad y el acierto. Además sólidos valores morales y una fuerte dosis de sentido común elevado a la enésima potencia.

4.- Cuando el político y el estadista acceden al Poder integran la dirigencia política del Estado. Esta, en tanto grupo estatal, tiene a su cargo el ejercicio del poder del Estado. Son los gobernantes, los mandatarios, los que tienen a su cargo la determinación de las decisiones políticas, su ejercicio y control. En su conjunto constituyen el Gobierno. Jurídicamente son los órganos de la voluntad del Estado. En la distinción entre los órganos-instituciones y órganos-individuos, los primeros aseguran la permanencia funcional de la organización política, los segundos el cambio en el ejercicio de las funciones.

El Poder Ejecutivo, el Congreso, el Poder Judicial, son órganos-instituciones. El Presidente, los diputados y senadores, los jueces son órganos-individuos. Son lo variable, lo reemplazable mediante técnica de nominación, designación e investidura, en el ejercicio concreto de la actividad estatal. En nuestro sistema su selección y nominación se encuentra a cargo de los partidos políticos, su designación e investidura a cargo del cuerpo electoral y los requisitos para su investidura emanan de la Constitución Nacional como órganos representativos de la Nación, el pueblo o las Provincias. Tienen el carácter y la jerarquía de órganos constitucionales del Estado. Los demás órganos tienen

carácter secundario, dependiente o subordinado. Son los funcionarios y los empleados, incluso sujetos auxiliares del Estado.

5.- La reglamentación de las condiciones de idoneidad, es decir de aptitud, no ofrece objeción ni dificultad constitucional respecto de los órganos secundarios, dependientes o subordinados y de los órganos o sujetos auxiliares del Estado que desempeñan los empleos administrativos o de asesoramiento, integran el complejo del servicio civil, la burocracia y la tecnocracia. Acceden a los empleos sin otra condición que la idoneidad y tienen reconocido su derecho por imperio del artículo 16 de la Constitución Nacional. En efecto, cuando la Constitución Nacional establece que todos los habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad, no hace otra cosa que reconocer el derecho a que no se admitan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de los que se concede a otros habitantes en iguales condiciones, garantizando a todos los habitantes el derecho a tomar parte de la administración pública. Según la ciencia y el espíritu de la Constitución, los empleos en la administración pública no son el privilegio de una clase ni de un sector de la sociedad argentina. Todos los habitantes tienen derecho a aspirar a los empleos públicos, si tienen condiciones de capacidad o las aptitudes que la ley puede exigir para cada función.

Pero no ocurre lo mismo con las funciones de decisión, acción y sanción propia de los órganos constitucionales respecto de los cuales la Constitución Nacional ha establecido requisitos en sus artículos 48, 55, 89 y 111. Se trata de la dirección política del Estado y se exigen condiciones de edad, de ejercicio de la ciudadanía, de nacimiento o residencia y de ingresos. Para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia se requiere, además, ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio.

No se puede reglamentar la idoneidad de los órganos constitucionales. No sólo porque lo impide la Constitución sino porque, aun en el caso de autorizarlo, no habría órgano de aplicación. Por lo demás: ¿qué habrían de reglamentarse? ¿Las aptitudes políticas, la voluntad de dominación, la energía, el coraje, el sentido común, el dominio de las cuestiones sobre las que habrá de decidir el político o el estadista? La idoneidad de los órganos constitucionales no es una cuestión jurídica sino fáctica. No se crean políticos ni estadistas por decreto. La dominación legal cubriría, como la cáscara al crustáceo, el hecho de la prevalencia de uno o más individuos sobre los demás. El liderazgo, la jefatura política, la vocación del político y la configuración del estadista enraizan en aptitudes psicológicas básicas, sobre las que el medio social, cultural, político y económico adiciona condiciones y circunstancias objetivas de

relación con el conflicto y la integración que constituyen los elementos claves de la política. Lo que puede y debe hacerse es crear condiciones objetivas para que en igualdad de oportunidades, asuman sus roles, en plenitud, el político y el estadista. Garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la cultura y a la educación en todos los grados y la capacitación cívica y política, creando los institutos, escuelas y facultades de ciencia política y de la administración. Asegurar el principio democrático en la organización y funcionamiento de los partidos políticos, consagrando el derecho y el deber de los ciudadanos a afiliarse a los partidos y participar en el proceso de selección de candidatos mediante alguna forma de primarias abiertas; aumentar la participación y el poder de representación y de decisión del cuerpo electoral a través del sufragio y permitir las candidaturas fuera del marco de los aparatos partidarios. Del uso que el elector haga de su voto depende que el régimen de partidos no se transforme en partidocracia. Del uso que los afiliados hagan de sus derechos depende que los partidos no se aparten de la ortodoxia democrática, su estructura interior deje de ser autocrática y oligárquica y desaparezca la cooptación y la cristalización de la dirigencia política.

6.- La vida política tiene como condición la tolerancia y el acuerdo para no estar de acuerdo. A partir de allí la lucha por el poder se nutre de factores individuales y sociales e impone sus propias reglas la competición de las tendencias psicológicas que impulsan a unos a prevalecer sobre los otros. De la competición surgen los más aptos para el gobierno, los más capaces, los mejor dotados de inteligencia, energía, fuerza, astucia, capacidad de trabajo. Esto nada tiene que ver con el concepto de élites en su versión conservadora, que la confunde con la aristocracia, en tanto casta hereditaria, a la que adscribe al dominio de la tradición y de la vocación de servicio. Rescata en cambio la teoría de la circulación de las élites en el sentido de Pareto, en cuanto aclara el mecanismo de formación de las oligarquías interiores de los partidos y la tendencia a la cristalización de los dirigentes y a su cooptación brindando un dato de la mayor significación para lograr su ajuste a la ortodoxia democrática.

7.- El análisis psicológico de las aptitudes individuales descifra su naturaleza interna. Nos proporcionan su etiología y a un nivel profundo, los motores de la actividad individual y social. No se trata sólo del instinto de dominación como tendencia básica del político y del estadista, sino del aporte que proporciona el psicoanálisis a la explicación de las aptitudes y comportamientos políticos y la base psicológica que subyace en los antagonismos políticos. La disyunción entre el principio de realidad y el principio de placer, con su precipitado en frustraciones que elaboran mecanismos de desplazamiento, sustitución o sublimación; el crecimiento de la voluntad de dominación, agresivi-

dad y violencia y la lacerante necesidad de lograr el poder como vía de afirmación de la personalidad o de compensación de la debilidad o la inseguridad. La estructura psicológica de los individuos que buscan la estabilidad del orden social, o por lo contrario, desestabilizarlo, como los estudios de la personalidad autoritaria y las influencias de la introversión o la extraversión, las psicopatías y las sociopatías son elementos claves para la comprensión de la interioridad humana y de su proyección respecto del Poder.

Este escrutinio de las causas psicológicas del obrar político no puede desdeñarse cuando se trata de fijar criterios objetivos a la idoneidad, es decir, a las aptitudes individuales.

8.- Considerar inaceptable o impropia la reglamentación del artículo 16 de la Constitución Nacional en relación con la idoneidad requerida para acceder a los puestos de dirección política del Estado no significa desconocer la necesidad de proveer por todas las otras vías posibles el más alto grado de capacitación de aquéllos a quienes sus aptitudes llevaron al gobierno y a la conducción del Estado. Esa necesidad es el resultado de la creciente complejidad de la estructura, las funciones y los medios de acción del Estado, su sistematización progresiva y el impacto tecnológico sobre el orden político, y en nuestro país, de la consolidación de la democracia gobernante. La proliferación de órganos secundarios con diversos grados de autonomía y autarquía, la formación de entes y empresas de índole diversa en los que operan a nivel de gestión administrativa, consejos, directorios y juntas y la actuación de cuerpos de asesores al servicio de los órganos constitucionales exigen al político y al estadista el dominio de una perspectiva más generalizada del proceso gubernamental y administrativo.

Esa mayor extensión y complejidad del Estado conduce a la sistematización a la que Arthur D. Hall define como el fortalecimiento de las relaciones existentes entre las partes, el desarrollo de relaciones entre partes previamente no relacionadas, la gradual adición de partes y relaciones al sistema, o alguna combinación de estos cambios.

El impacto tecnológico sobre el orden político ha hecho suponer la posibilidad de la configuración de un nuevo tipo de Estado, calificado como funcional, en el que la dominación legal sería sustituida por la dominación de los sistemas sobre las personas y las cosas. En rigor, la dominación de las personas a través de la disposición de las cosas. El análisis de sistemas y la investigación operacional permitirían reducir a un modelo científico de sistema los complejos problemas de dirección y gestión de hombres y cosas, gobierno y

administración, incorporando medidas de valores de probabilidad y riesgo a fin de predecir decisiones alternativas y en consecuencia determinar científicamente las políticas y acciones de gestión. La reducción de los conflictos y antagonismos sociales al automatismo de un termitero manejado por tecnócratas es una hipótesis alternativa en el análisis prospectivo de las sociedades posindustriales, en particular referida a la estructura de poder cerrada de la autocracia marxista, aunque también se la considera como una posibilidad para las sociedades con democracia pluralista. Precisamente porque la teoría de los sistemas se reduce a un modelo teórico vacío de contenido institucional, político e ideológico y se convierte, en la realidad, en instrumento del inmovilismo político tanto capitalista como marxista. Este producto de ciencia ficción que imagina al gobierno como un gigantesco sistema cibernético requiere como condición convertir al pueblo en objeto de la dominación tecnológica y aniquilar la libertad individual. Pero por paradójico que resulte, no puede prescindir del político para cubrir las áreas de decisión en correspondencia con los fines asignados al sistema.

9.- Al margen de la concepción sistemática o funcional del Estado, lo cierto es que tenemos conciencia de la configuración dentro del Estado social contemporáneo de un modelo tecnodemocrático en el que los cambios tecnológicos, científicos e intelectuales han producido modificaciones en la estructura y relación funcional entre los órganos del gobierno, acentuando la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre los parlamentos y congresos, la amplificación del ámbito funcional del poder y la emergencia de un pluralismo de organizaciones estatales o paraestatales, en el que se encuentran interseccionado lo público y lo privado.

En este modelo tecnodemocrático la clase política no ha sido substituida por el estamento tecnocrático. Los políticos y los estadistas siguen siendo los titulares de la decisión por grande que sea la cuota de participación de la tecnocracia, el feudalismo de los departamentos administrativos y el de las concentraciones de poder privado (Morgentau).

La vida política tiene, así, una etapa preliminar de carácter tecnocrático, de elaboración de alternativas que opera en una esfera cerrada y privada, en grupos pequeños integrados por tecnócratas; y una etapa política propiamente dicha de toma de decisiones en un ámbito abierto y público, con participación del pueblo como instancia final de la decisión política. De este modo se guarda fidelidad a la ortodoxia de la democracia.

10.- En América Latina, como consecuencia de la endemia subversiva, la entropía política, el grado de perturbación social acumulado, la inestabilidad política e institucional, la ilegitimidad intrínseca de la mayoría de los gobiernos, la falta de cohesión, las dictaduras mesiánicas, la glorificación del pasado como dulcificador del presente, el síndrome de la vida que no se vive y la necesidad de alcanzar la modernización y el desarrollo económico, se han producido procesos de anarquía, de anomia colectiva, de caos económico y social, que obligan a meditar profundamente sobre la necesidad de un auténtico esfuerzo de todos y cada uno de sus ciudadanos, para mantener y mejorar la democracia, como forma de vida. En realidad, como la única forma posible de vivir con dignidad, justicia y libertad.



PRACTICAJE: PROYECCION LEGISLATIVA FRENTE A LA HIDROVIA PARAGUAY-PARANA*

Por Santiago Adán Brizuela Servín**

1.- INTRODUCCION

Tengo el alto honor de haber sido invitado a participar de esta trascendental actividad universitaria, permitiéndome así compartir tan importante foro con un renombrado grupo de Académicos de la Materia Derecho Marítimo, a nivel nacional e internacional, en estas “Primeras Jornadas Paraguayas del Derecho de la Navegación por Agua del Siglo XXI”, para referirme a un tema de importancia superlativa para la navegación por agua, sea ella marítima, fluvial o lacustre, y que es el PRACTICAJE Y/O PILOTAJE; al cual daremos una consideración en general y en particular lo relacionado al PRACTICAJE CON RELACION A LA HIDROVIA PARAGUAY-PARANA, vasta red de cuencas hídricas, dentro de la cual ocupa una posición central y geográficamente simétrica, nuestra patria, el Paraguay y donde están cimentados grandes intereses nacionales y regionales, que han dado origen a un Tratado Internacional de Integración entre cinco países, que forma parte de nuestra Legislación Positiva Nacional, según Ley N° 269, de fecha 13 de diciembre de 1993 “QUE APRUEBA EL ACUERDO DE TRANSPORTE FLUVIAL POR LA HIDROVIA PARAGUAY-PARANA Y SUS SEIS PROTOCOLOS ADICIONALES, SUSCRITO ENTRE LOS GOBIERNOS DE LA REPUBLICA ARGENTINA, DE LA REPUBLICA DE BOLIVIA, DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY Y DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY”.

*) Primeras Jornadas Paraguayas del Derecho de la Navegación por Agua del Siglo XXI. 22 y 23 de agosto de 2002.

***) Contralmirante y Abogado. Profesor de la Cátedra de Derecho Marítimo.

Para caracterizar y conceptuar al “Practicaje”, al “Pilotaje”, a los “Prácticos”, a los “Pilotos” y los “Baqueanos”, me permitiré utilizar, entre otros, las atinadas referencias que hace a esta figura el Prof. Dr. LUIS C. ROMERO BASALDUA, quien honra y realza con su participación estas Jornadas, en su obra “Derecho Marítimo”, Edición 1996, las que asimismo, con la correspondiente cita al autor he transcritto al desarrollar mi Tesis Doctoral sobre el tema “HIDROVIA PARAGUAY-PARANA: Aspectos Legales de la Navegación”.

II.- ANTECEDENTES

Desde la antigüedad, el hombre ha aprovechado las aguas superficiales o los acuíferos subterráneos para su supervivencia. Los usos hídricos se fundaban en el control de las aguas para el desenvolvimiento de la agricultura y la navegación, sea ella de los mares y océanos, de los ríos o de los lagos. Cada pueblo aplicó los recursos hídricos para la consecución de objetivos económicos y políticos en su área de influencia, así como en sus expansiones hacia otras regiones o subyugando a otros pueblos. El practicaje tiene una larga historia que se remonta a los días de Abraham, donde ya en Ur, puerto de Caldea, existieron los “Prácticos”, hace más de 4.000 años. Por ello decimos que acompañó este “servicio” y los singulares sujetos que lo prestan, la evolución del hecho técnico de la navegación. Los Roles d’Olerón, que ya en una de sus normas copiaba las leyes Rodhias, el Consulado del Mar, etc., regularon los servicios de “Prácticos”. En el siglo XVII, las Ordenanzas de Colbert, en la Francia de Luis XIV, regularon sobre los “Pilotos”, también las Ordenanzas de Bilbao, 1737, legislaban al respecto; en el siglo XVIII la ciencia náutica había avanzado lo suficiente como para establecer una diferencia entre los “Pilotos de Altura” y los “Pilotos Prácticos”, “Conocedores de Costa” o “Prácticos de Costa”. En Inglaterra, en el medioevo, fue privilegio de la “Dover Trinity House”, pilotear las naves que remontaban el río Támesis hacia Londres, cobrando un tributo y también en el egreso de ese estuario, manteniéndose en Leight, una agencia al respecto. Pero muchos puertos tenían ya (Hull, New Castle, etc.), un practicaje obligatorio, balizándose las vías navegables de acceso a diversos puertos ingleses, trazándose “cartas marinas” en tiempos de Isabel I. Igual cosa ocurrió en Dinamarca (Siglo XVI) y un siglo después se acordaron por cédula real, derechos exclusivos a ciertas “estaciones de prácticos”, etc.

Etimológicamente, el inglés “Pilot” es el “Práctico” del idioma castellano. En cambio el “Piloto” (personal de cubierta) es el inglés “Mate”. Se llamó

“Leman”, del holandés “Lootman”, o sea “hombre de la sonda”. En alemán, el “Práctico” es conocido como “Lotse”. En el historial del practicaje rioplatense, Morales señala que desde Solís hasta fines del siglo XVII, no se justificó un “practicaje” estable en el Río de la Plata, pero en 1679 el Alférez Manuel de Ojeda fue reconocido con esa misión de “practicaje”, siendo sucedido por el Capitán Pedro Gronardo, “Práctico del Río de la Plata”. En el libro “La Armada Nacional en la Historia” - editada en Asunción en 1972 se hace referencia a la fecunda obra de Ruy Díaz de Guzmán, quien asevera:

“Alvar Núñez Cabeza de Vaca, el Adelantado, navega río arriba de la Asunción, en 1543...en cuatro bergantines, seis barcas, veinte balsas, con más de doscientas canoas... Evidentemente, las balsas y las canoas eran de los guaraníes, intrépidos navegantes y absolutos dueños y concedores de los ríos del Continente”. En la misma obra de la Sección Historia de la Armada Paraguaya, en su página 116 se inicia un extenso artículo de la autoría del Teniente de Navío SIR Juan B. Gill Aguinaga, intitulado “La Batalla de Riachuelo, narrada por Prácticos incorporados a la Escuadra Brasileña”. En este interesante relato, se expone: “... Nos referiremos a la actuación de la Escuadra Brasileña, tomando como base, las narraciones de tres Prácticos, incorporados a aquella Escuadra, uno de nacionalidad argentina y dos italianos...”...el ilustre Barón del Pasaje, ... reclama para el Práctico argentino Bernardino Guastavino, la inmensa gloria de haber dirigido las maniobras en la tremenda batalla del 11 de junio de 1865. Muchas veces, la intrepidez del Práctico Guastavino, se hace notar por elogios, prodigados por el Almirante Barroso, en la Orden del Día...”. Otro de los informes, que se refieren al Combate de Riachuelo, es el del Práctico Capitán Antonio Valentino, italiano, quien recordaba que “la Escuadra Brasileña, estaba dotada de los mejores Prácticos de estos ríos, afirmando que ellos han salvado a la Escuadra en el Riachuelo, y en varios otros momentos difíciles, como el pasaje de Humaitá...”. El Práctico Santiago Giudice, italiano, propietario del barco mercante “María”, gran conocedor de nuestros ríos informa que “el Río Paraná estaba con aguas suficientes para el desplazamiento de la Escuadra Brasileña, cuyos principales buques, tenían mucho calado, para la navegación con pasos difíciles...”. Durante la Guerra del Chaco, nuestro país tuvo asentado el apoyo logístico de las tropas del frente de combate, principalmente a través del río Paraguay, con su Flotilla de Guerra, que también constituía un formidable elemento de disuasión, y asimismo con un fluido tráfico a través de convoyes, conducidos por aguerridos Oficiales y Marineros Mercantes, y los avezados “Prácticos” y “Baqueanos”, que coadyuvaron a dar gloria a nuestras tropas en campaña.

III.- DEFINICIONES

El “Practicaje” es una actividad tan antigua como la navegación; nació con ella y la misma no podría existir ni evolucionar sin esta institución organizada en todos los puertos y países del mundo. Dicen Chorley and Giles: “Cuando un buque regresa de alta mar, y en manera especial cuando entre en puerto, es esencial el conocimiento de las aguas locales para evitar accidentes. Con este fin cada autoridad del puerto tiene el poder de emitir reglamentos para el tráfico de su jurisdicción”. Naturalmente, un Capitán de buque no puede conocer las particularidades, canales, obstáculos, corrientes, etc. de cada acceso portuario, o de ciertas zonas costeras o encrucijadas de tráfico naval, ni de su propio país, pues la actualizada información de obstáculos, fondos, mareas de cada punto, varían. Manuel Ossorio, en su “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, afirma que el “Practicaje”: “Es un servicio que, en los puertos, se presta por medio del Práctico habilitado a tal efecto y cuya finalidad es el asesoramiento y ayuda a los Capitanes de buques para la entrada en los puertos y para las maniobras de atraque”. Por “pilotaje” entiende: “Es la ciencia y arte de un piloto, el de una nave sobre todo. Derecho de práctico que se paga en algunos puertos de entrada o salida dificultosa”. Al “Piloto de buque” define como: “Segundo jefe de la nave, que tiene a su cargo la derrota y lleva, además, el cuaderno de bitácora”. Del “Práctico” dice: “En la navegación, conocedor diplomado de un paraje que ofrece dificultades a los barcos”. Jaime Carvallo Soto, en su obra “Derecho Marítimo Chileno”, expresa: “En la Armada de Chile hay Prácticos de Bahía y de canales. Estos últimos son en la realidad prácticos de alta mar y habría una mala denominación. El Práctico es responsable administrativamente por deficiente asesoramiento del Capitán. En el hecho se le revoca el nombramiento o se le suspende cuando da consejos equivocados al Capitán. Nada libera al Capitán de sus deberes de buena dirección de la nave. Puede aceptar o rechazar los consejos de su Práctico a bordo”.

Puede caracterizarse al Práctico como: a) asesor técnico de la navegación, en ciertas zonas del tráfico naval, colaborando con los Capitanes, quienes jamás delegan el “mando”. b) delegado de la autoridad marítima local, cuando se desempeñen guiando buques extranjeros.

Obligaciones de los Prácticos: a) Embarcarse a bordo del buque que debe pilotear y permanecer en él hasta la salida de su zona de practicaje, o hasta que sea amarrado o fondeado en el lugar asignado; b) Sugerir la ruta y las maniobras necesarias para la debida y segura conducción del buque; c)

Asesorar al Capitán en todo cuanto le sea requerido a los efectos de la navegación, ruta, gobierno, maniobra y seguridad del buque en su zona; d) Dar directamente órdenes referentes a la conducción y maniobra, cuando sea autorizado por el Capitán y bajo su inmediata vigilancia o la de su reemplazante reglamentario; e) informar a los Capitanes de buques extranjeros acerca de las reglamentaciones especiales sobre navegación en la zona; f) Vigilar y exigir en los buques extranjeros el cumplimiento de la leyes y reglamentos vigentes; g) Dar cuenta de inmediato y por el conducto más rápido, a la Autoridad Marítima más cercana, de todo acaecimiento extraordinario y de toda infracción a las leyes y reglamentos vigentes que se cometen a bordo del buque que pilotea o por otros que navegan en la zona”. Aun cuando lleve un Práctico a bordo, el Capitán del buque es el único responsable de la conducción, maniobra y gobierno de la nave. Por consiguiente, conservando el mando sobre el buque, el Capitán no se ve desplazado ni subrogado por el Práctico. El Capitán puede permitir al Práctico que directamente haga al Timonel las indicaciones que crea convenientes para la dirección y maniobras, pero en cualquier momento puede intervenir para oponerse a una indicación que no considere oportuna o crea peligrosa. No hay delegación alguna de responsabilidad, ya que el Práctico tan sólo desempeña el papel de consejero, no de Capitán.

La naturaleza jurídica del contrato que celebra con el armador es la de locación de obra. “El Capitán aun cuando está obligado a utilizar los servicios de un Práctico, es el directo responsable de la conducción, maniobra y gobierno del buque, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde al Práctico por su defectuoso asesoramiento. La autoridad del Capitán no se subroga a la del Práctico”. “Todas las maniobras para entrar, amarrar o salir de puerto, se efectúan bajo la responsabilidad directa del Capitán del buque, a cuyo efecto todos los que colaboren en ello deben obedecer sus órdenes e instrucciones. Esto significa que desde el punto de vista de la responsabilidad civil por los daños causados a terceros, por ejemplo en un abordaje, el Armador del buque será siempre responsable.

Baqueanos Fluviales: Los llamados “Baqueanos” desempeñan en la navegación fluvial las tareas de Piloto de Ruta de los buques en que navegan y si el buque es extranjero sus funciones son las mismas que las de los “Prácticos” (asesores del Capitán en cuanto a ruta y maniobra y delegados de la autoridad pública a bordo). El “Baqueano” es sólo conductor de ruta y generalmente figura en el rol de la tripulación.

IV.- TRATAMIENTO DE LOS TERMINOS “PRACTICAJE” Y “PILOTAJE” POR LA ORGANIZACION MARITIMA INTERNACIONAL (OMI) Y OTRAS AFINES

La “Organización Marítima Internacional” (OMI) y la “Red Operativa de Cooperación Regional entre Autoridades Marítimas de Sudamérica, Cuba, México y Panamá” (ROGRAM), en 1996 establecieron con respecto a este tema, lo siguiente: “Prácticos y Pilotos: 1) En el análisis de la situación actual referente al servicio de “Practicaje” y “Pilotaje” en la región se encontraron los siguientes aspectos: 2) El uso y costumbre de los términos de “Practicaje” y “Pilotaje” en general para la región es el mismo y corresponde para el primero la actividad en radas y puertos y para el segundo lo correspondiente a canales y ríos. 3) Tanto el “Piloto” como el “Práctico” son asesores del Capitán, quien en todo momento mantiene la responsabilidad por la seguridad de la nave. 4) La mayoría de los países cuenta con reglamentaciones propias que se ajustan a criterios internacionales y de la OMI. 5) La mayoría de los países contemplan las condiciones físicas, con énfasis en niveles de agudeza visual, capacidad auditiva, facultad del habla y no tener limitaciones en miembros superiores e inferiores, para ejercer esta profesión y experiencia a bordo en el desempeño de las funciones propias del puente y navegación. 6) Se encuentra consenso en la región sobre la necesidad de regular la edad máxima para el desempeño de estas tareas, así como de requerimientos de profundo conocimiento náutico-profesional respecto del área, zona o puerto para las cuales será habilitado. 7) El empleo de “Pilotos” y “Prácticos” es obligatorio para naves según determinados portes y/o arqueos especificados en normativas de cada país. 8) La mayoría de las administraciones permite el ingreso al escalafón de “Pilotos” y “Prácticos” a Oficiales de la Armada con determinada experiencia y Capitanes y Primeros Oficiales que hayan cumplido tiempos de embarque y experiencia adecuados, aprobando el entrenamiento práctico establecido que en términos generales incluye un mínimo de tiempo y número de viajes o maniobras. Sin embargo hay excepciones en cuanto a requerir esta titulación marítimo-profesional para obtener este empleo. 9) Es unánime la exigencia de la aprobación de un examen de capacidad profesional que incluya siempre el dominio del idioma inglés técnico-marítimo.

V.- EL “PRACTICAJE” Y EL “PILOTAJE” EN LA LEGISLACION POSITIVA NACIONAL

El Código de Comercio, promulgado por Ley del 29 de agosto de 1891 y sus modificaciones, fue derogado por el Código Civil Paraguayo, en vigencia desde el 1° de enero de 1987, con excepción de su Libro Tercero “De los dere-

chos y obligaciones que resultan de la navegación”, el que por tanto, está aún vigente. En los artículos 970 a 976 (Título IV) se legisla sobre los “Pilotos”, junto con los “Contramaestres”. Se refiere al “Práctico” y su responsabilidad, la que no cede el Capitán, sucediéndose normas de tipo administrativo y reglamentario en cuanto al sistema de organización del servicio.

La Ley N° 476/57 “Código de Navegación Fluvial y Marítimo” estipula una sinonimia en su Título VII ,Capítulo III “De los Prácticos o Pilotos” (artículo 73 a 85), donde entre otras disposiciones establece: “Para ejercer la profesión de “Práctico” o “Piloto”, se requiere: a) Ser ciudadano paraguayo (nativo o naturalizado); b) Tener título habilitante; c) Haber cumplido 22 años de edad; d) Haber cumplido con la ley del Servicio Militar Obligatorio; e) Poseer los documentos personales exigidos por las leyes; f) Poseer certificado de buena salud expedido por el Servicio Médico de la Armada. En la Marina Mercante habrá cuatro zonas de practicaje, que determinará cuatro categoría de “Prácticos”: a) Prácticos del Norte (Asunción - Puerto Caballo); b) Prácticos del Sur (Asunción - Confluencia); c) Prácticos del Río Paraná (Pto. España - Confluencia); d) Prácticos de Asunción a Río de la Plata. El “practicaje” en aguas jurisdiccionales de la República es obligatorio para todas las embarcaciones con propulsión propia, de más de 220 toneladas de arqueo total. Asimismo, las embarcaciones con propulsión propia menores de 220 toneladas de arqueo total que remolquen en convoy chatas, gabarras y otros, embarcarán el o los “Prácticos” correspondientes para su navegación, cuando la suma de los tonelajes de arqueo total de los componentes del convoy sobrepase las 440 toneladas de arqueo total. Los “Pilotos” o “Prácticos” son auxiliares técnicos del Capitán a los efectos de la navegación, en calidad de consejeros de rutas y maniobras, lo cual no altera la responsabilidad del Capitán en el gobierno de la embarcación. El “Piloto” o “Práctico” más antiguo será considerado Primer Oficial a bordo”.

El Decreto N° 6984/59 “Por el cual se reglamentan las disposiciones del Código Fluvial y Marítimo”: Se refiere a la navegación y el “Practicaje” en los artículos 2° al 6°, donde, entre otros aspectos considera: “La navegación por los ríos Paraná y Paraguay es libre para todas las embarcaciones de pabellón extranjero, debiendo tomar “Prácticos” de nacionalidad paraguaya cuando lleguen a aguas de jurisdicción nacional. Las embarcaciones de pabellón extranjero tomarán igualmente “Prácticos” nacionales cuando deban entrar y salir de un puerto del litoral, si no dispusieren de dicho personal a bordo”.

El Decreto 13.399/60 “Por el cual se aprueba el Reglamento de Trabajo y Rol de Funciones del Personal Embarcado de la Marina Mercante Nacio-

nal”: En su Título I - Capítulo II “De los “Prácticos” o “Pilotos” (artículos 23 a 28) define al “Práctico” o “Piloto”, su escalafón jerárquico a bordo y sus funciones, mencionando entre otras cosas que: “El “Práctico” o “Piloto” es el profesional que dirige la embarcación en su navegación o maniobra, en un paraje o lugar que le es conocido y en el cual ejerce sus funciones. Los parajes donde ejerce sus funciones son: Las zonas portuarias y sus accesos, los estuarios y rías de los ríos y lagos, los ríos y sus afluentes navegables. Llevará un libro rubricado por la Prefectura General de Puertos en el que anotará la altura del río en los pasos, situación y estado de las boyas y demás señales de navegación y cualquier otra novedad que pueda interesar a la autoridad fluvial, copia de la cual pasará a la Dirección General de la Marina Mercante”.

La Ley N° 269, de fecha 13 de diciembre de 1993 “QUE APRUEBA EL ACUERDO DE TRANSPORTE FLUVIAL POR LA HIDROVIA PARAGUAY-PARANA Y SUS SEIS PROTOCOLOS ADICIONALES, SUSCRITO ENTRE LOS GOBIERNOS DE LA REPUBLICA ARGENTINA, DE LA REPUBLICA DE BOLIVIA, DE LA REPUBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY Y DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY” está en vigencia y cuya consideración en detalle se hará a continuación.

VI.- EL “PILOTAJE” Y EL “PRACTICAJE” EN LA CONSIDERACION DEL “ACUERDO DE LA HIDROVIA PARAGUAY-PARANA”

El “Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná o “Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra”, se refiere en su artículo 20 y concordantes a los servicios de “Practicaje” y “Pilotaje”, estableciendo entre otros tópicos que: “Los países signatarios adoptarán las medidas necesarias para crear las condiciones que permitan optimizar los servicios de “Practicaje” y “Pilotaje” para las operaciones de transporte fluvial realizadas por las embarcaciones de los países que integran la Hidrovía”.

El “Protocolo sobre Navegación y Seguridad” establece las condiciones de seguridad que deben reunir los buques en lo referente a la carga, el transporte de mercaderías sobre cubierta, mercaderías a granel, seguridad del personal, el “Pilotaje en la Hidrovía”, comunicaciones, balizamiento y señalización, dimensión de convoyes y establece las normas generales para la navegación, así como la permanencia en puertos de las embarcaciones e incidentes de contaminación de las aguas por los buques. En general, en lo relacionado con

este Protocolo Adicional, se hallan consensuados o en tratamiento, sin mayores inconvenientes, los reglamentos respectivos.

El “Glosario Uniforme de los Servicios Portuarios de la Hidrovía Paraguay-Paraná”, con respecto a las figuras “sub-examine” establece: “Pilotaje: Asesoramiento en ruta y maniobra en pasos, ríos y canales principales a los Capitanes de los buques”. “Practicaje: Asesoramiento en ruta y maniobra en puertos y canales secundarios a los Capitanes de los buques”; adoptándose así la terminología específica recomendada por la OMI.

El “Régimen Uniforme para ejercer el Pilotaje en la Hidrovía Paraguay-Paraná fue aprobado por el CIH (Comité Intergubernamental de la Hidrovía), el 26 de noviembre de 1999; no fue aún protocolizado por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); consta de 19 artículos; un Anexo “Guía para la aplicación del Programa de entrenamiento y evaluación para la habilitación de aspirantes para ejercer el pilotaje en la Hidrovía”, con un Apéndice “Planilla de cumplimiento del programa de entrenamiento y evaluación para la habilitación de aspirantes a Pilotos en una determinada zona”. Define al Título de la siguiente manera: “Es el documento que certifica la capacitación profesional para ejercer pilotaje según lo establecido en este Reglamento”; la Habilidad “es el acto administrativo por el cual se otorga al Piloto el documento de habilitación para desempeñarse como tal a bordo de las embarcaciones de la Hidrovía, procediéndose a su respectivo registro”. Establece las condiciones para la obtención del Título; evaluación, divulgación, entre otras. La internalización de este Reglamento de preponderante importancia para la óptima utilización de la Hidrovía Paraguay-Paraná, podrá ser viable, posterior a la protocolización por la ALADI, vía Decreto del Poder Ejecutivo, o por Ley de la República, para darle el mismo nivel jerárquico de la Ley 269/93.

VII.- CONCLUSION

“AD AUGUSTA PER ANGUSTA” es una premisa latina interpretada como: “NO SE LLEGA AL TRIUNFO SINO VENCIENDO MIL DIFICULTADES” ó “SE LLEGA A RESULTADOS GRANDES POR VIAS ESTRECHAS”. Nada más apropiado para caracterizar el trabajo de los “Prácticos” y “Pilotos”, en el ejercicio del “Practicaje” y el “Pilotaje”; importantísimas figuras del ámbito náutico, que hacen posible el inicio y la culminación, la zarpada y el atraque, la navegación en canales de acceso y de salida de los puertos, las maniobras en radas y la navegación en ríos, lagos y canales naturales y artificiales.

Al culminar este breve repaso sobre estos servicios específicos del Derecho Marítimo y sobre la actividad denodada de estos grandes e insustituibles ayudantes del Capitán de un buque, considero oportuno transcribir las expresiones del ilustre Práctico Paraguayo de la Cuarta Zona (Asunción-Río de la Plata), de la Zona Norte (Asunción-Corumbá) y del Río Paraná, Capitán Gustavo Maldonado, durante el lanzamiento de su importante obra “Río Paraná-Carta de Navegación de Paso de la Patria a Puerto Presidente Franco”, tanto en impreso como en el presente C.D.”. El dice: habiendo adquirido buena experiencia en mi profesión de navegante, tanto como tripulante, en diversas categorías, como Práctico de todas las zonas de nuestros caudalosos ríos, con el sistema empírico por largas jornadas y con los modernos sistemas de navegación actuales, decidiendo en ocasiones con urgencia, para evitar accidentes, me permito presentar esta compilación de mis observaciones e investigaciones, para cooperar en la mejor navegación de nuestro bravío Río Paraná y al mismo tiempo recomiendo a todos los compañeros navegantes de la Cuenca del Plata, a capacitarnos cada vez más en el uso de los elementos electrónicos de navegación y otros equipamientos náuticos modernos, que si bien no podrán suplir la inteligencia y la destreza del “Práctico”, del “Piloto” o del “Capitán”, ni vencer sin obstáculos a las coyunturas, harán sí, más efectiva y óptima su labor como marinos”. Al mismo tiempo, considero pertinente parafrasear a L. J. Lebret, quien en “Principios para la Acción”, editado por la Escuela Nacional de Náutica de la República Argentina dijera: “Temo al especialista de una sola especialidad. Compadezco al hombre culto que solo ha estudiado en los libros... No hay pleno equilibrio si no se ha trabajado con las propias manos, si no se ha viajado, si no se ha luchado, si no se ha creado”. Hoy rindo un homenaje sincero a todos los “Prácticos” y “Pilotos” de la “Hidrografía Paraguay-Paraná”. Además y conforme al análisis efectuado sobre los aspectos legales de la navegación en la misma, debemos enfatizar que: La navegación de los ríos Paraguay y Paraná es de interés regional por las posibilidades que ofrece para el traslado de la producción de vastas áreas económicas. Asimismo, reviste interés como elemento coadyuvante de la integración a que aspiran los Estados de la Cuenca del Plata. En nuestro país, la amplia y dispersa cantidad de Leyes, Decretos-Leyes, Decretos, Resoluciones y otras disposiciones reglamentarias de la actividad fluvio-marítima en el Paraguay, ponen de manifiesto la necesidad de actualizar la legislación pertinente, con carácter prioritario. Entendemos que sería conveniente revitalizar e impulsar el estudio, actualización, sanción por el Congreso y promulgación por el Poder Ejecutivo, de los Proyectos de “Código de la Navegación” y “Ley General de la Navegación por Agua”, actualmente en proceso de análisis y actualización por la Comisión Nacional de Codificación. Con ello se reduciría el amplio espectro de legislación fluvio-marítima, con disposiciones en ocasiones

contradictorias y ya obsoletas o incompletas y se tendría una legislación moderna, pragmática y a la vez abarcante de todos los aspectos inherentes al ámbito fluvio-marítimo. Los Reglamentos del Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná, y entre ellos el “Régimen Uniforme para ejercer el Pilotaje en la Hidrovía”, a medida que sean protocolizados por la ALADI, deberían ser internalizados por nuestro país, a fin de entrar a formar parte de la Legislación Positiva Nacional. Ello posibilitará la actualización de las normativas nacionales en la materia, tendiendo además a la mayor capacitación del personal embarcado y a la modernización de las embarcaciones, comercio fluvial y a la navegación en la vasta cuenca hídrica de la región”.



CONDICIONES DE VIDA Y TRABAJO A BORDO PUNTO DE VISTA DEL PERITO NAVAL⁽¹⁾

Por Alain Pasquier*

El siguiente trabajo está orientado a mejorar las condiciones de vida y trabajo del personal embarcado en los buques de la región. Necesariamente, mejorará la seguridad del buque, de la carga, de la navegación, de las vías navegables y del medio ambiente.

La promulgación de la Ley de Riesgos de Trabajo en la Argentina, dejando de lado ciertas falencias que le son reprochadas, ha realmente puesto en boca de la opinión pública el tema de la Higiene y Seguridad en el Trabajo. La creación de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo y de las ART, independientemente de la pregunta: ¿qué administran mejor, los seguros de accidentes de trabajo o la prevención de los riesgos del trabajo?- permitió que la legislación técnica (Ley de Higiene y Seguridad 1975, su decreto reglamentario 351/79 y otros) empiece a ser aplicada por los empleadores y por sus asesores, los Servicios de Higiene y Seguridad y de Medicina Laboral.

Las dos leyes mencionadas tienen alcance nacional, para todas las actividades, en todo establecimiento, explotación, predio, lugar de trabajo, puesto de trabajo y en todo sitio donde se desarrolle una actividad laboral. Esto quiere decir que la actividad del transporte por agua también es alcanzada y por lo tanto el personal embarcado y otras actividades relacionadas están sujetos a las normas de la Higiene y Seguridad laborales.

*) Capitán de Ultramar, Perito Naval en Navegación de la Asociación Argentina de Peritos Navales.

1) Trabajo basado en uno publicado en la Revista de la AAPN.

Internacionalmente, estas normas están fijadas en los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo - OIT -. Sin embargo, en el ambiente de la industria del transporte por agua y de la pesca argentinas, existe la idea general de que todo lo que se refiera al buque y al trabajo de los marinos, en navegación o en puerto, está en la órbita de la Autoridad Marítima(2). Incluso lo hemos escuchado de algunos abogados.

También existe una idea general de que del trabajo de los tripulantes se ocupan sólo los Convenios Internacionales (CI) de la Organización Marítima Internacional (OMI). Sin embargo, ni de las leyes y reglamentos que gobiernan a dicha Autoridad, ni de los CI de la OMI ratificados y por ésta aplicados, surge específicamente que también se ocupen de la higiene y seguridad en el trabajo y del bienestar de los marinos. En cambio, sí se habla de la “Salvaguarda de la vida humana en el mar”, de “Seguridad de la Navegación”, de “Seguridad de equipos”, de “Seguridad de procedimientos”, “Transporte de mercancías peligrosas”, “Formación”, etc.

En general, las normas OMI administradas por la Autoridad Marítima, parten de la seguridad del buque y de su equipamiento y de la seguridad de la navegación, para llegar a la salvaguarda de la vida humana en el mar. Ese era el concepto. Se parte de buque y navegación seguras y no de tarea segura que es el concepto de la Higiene y Seguridad. Y digo “era”, porque desde hace varios años la OMI también habla de la seguridad en la tarea del marino y de sus condiciones de vida y trabajo a bordo, acercándose, y trabajando con la OIT y otras organizaciones de armadores y tripulantes.

Lo expresado en los párrafos anteriores se muestra claramente en el Protocolo sobre Navegación y Seguridad, adicional al Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná en lo que se entiende por el término seguridad.

Efectivamente, encontramos en su Título II las Normas de Seguridad Relativas a las Embarcaciones y a la Carga; en su Título III las Normas de

2) Debe quedar claro que mi experiencia de ultramar me indica que desde hace décadas tanto la PNA como la Armada Argentina así como la mayoría de los armadores y tripulaciones argentinos mantuvimos nuestros buques con un alto cumplimiento de las normas de seguridad y bienestar. Pero en algún momento, a algunos se les ocurrió dejarnos sin marina mercante. Y la seguridad laboral de nuestros marinos pasó a depender de leyes (¿) de banderas exóticas.

Seguridad Relativas al Personal Embarcado; en su Título IV las Normas Relativas a las Vías Navegables; en su Título V las Normas de Seguridad Relativas a la Navegación Propiamente Dicha; en su Título VI las Normas de Seguridad Relativas a los Puertos. Régimen de Estadía en Puerto y, finalmente, en su Título VII las Normas para la Prevención, Reducción y Control de la Contaminación de las Aguas ocasionada por los buques, las embarcaciones y sus operaciones en la Hidrovía.

Si bien son reglas generales, encontramos expresamente adoptadas normas de la OMI como ser los Convenios: SOLAS 74, TONTNAGE 69, MARPOL 73/78, etc. Y también Códigos de Prácticas de Seguridad para el transporte de las cargas como ser: CCG, IMDG, CGrQ, CIQ, CIG, Anexos I y III del MARPOL. Si bien algunos de esos instrumentos contienen parcialmente ciertos tópicos que hacen a la seguridad en el trabajo y detallan y controlan riesgos, mayormente son indicaciones técnicas referentes a la construcción y operación del buque y sus equipos, a la peligrosidad, manipuleo y estiba de las mercaderías transportadas y a la prevención de la contaminación desde los buques.

Ahora veamos cuáles son las Normas de Seguridad Relativas al Personal Embarcado que el Protocolo aplica en su Título III. En su capítulo I habla de los Pilotos y Capitanes y de Conocimiento y Habilitación por Zonas para el pilotaje; el capítulo II lo hace respecto a la Dotación de Seguridad. O sea, seguridad de la navegación y del buque. De la persona, nada.

El personal embarcado, como cualquier trabajador, se cae, tropieza, se golpea, es golpeado, se corta, se pincha, sufre del calor y del frío, se intoxica. Es decir, no sólo navega el buque si no que trabaja en él. Y además, come, duerme y vive largo tiempo en él.

En una comunicación a sus socios, un Club de P & I(3) expresaba respecto a los accidentes de los tripulantes que la mayoría ocurre durante tareas de rutina y no en circunstancias excepcionales (generalmente se cree que los tripulantes sólo naufragan). La razón más frecuente es no cumplir con reglas básicas como ser:

- a) no usar equipo de protección personal;
- b) levantar un objeto pesado en forma incorrecta o sin ayuda;
- c) entrar a un espacio confinado (tanque, cofferdam) sin permiso o sin previa verificación;

3) WEST OF ENGLAND.

- d) operar equipos sin tener claro el campo visual;
- e) mal armado de escalas, planchadas, escaleras, andamios;
- f) no usar arneses de seguridad;
- g) no volver a colocar cubiertas de protección en las maquinarias;
- h) estar mal posicionado respecto a los cabos de amarre, remolques, maniobras, bajo tensión;
- i) no armar barandillas de seguridad;
- j) trabajar o circular con mala iluminación;
- k) no limpiar cubiertas con grasa, aceite, hielo, etc.;
- l) no usar chalecos salvavidas

A lo anterior hay que sumarle los ataques a la salud y los accidentes que pueden ocurrir por el manejo de herramientas y máquinas herramientas, equipos de soldadura y corte, uso de productos de limpieza, contactos con la electricidad, el calor, el frío y con las cargas dañinas, etc. Y por supuesto, con la calidad de sus alojamientos en lo que se refiera a instalaciones, ropa blanca, calidad y cantidad de la alimentación, agua potable, sanitarios, ruidos, ventilaciones, entretenimientos, comunicaciones con la familia, etc. Y también y muy importantes, el aburrimiento y la fatiga. Es decir, lo que la Organización Internacional del Trabajo llama: **CONDICIONES DE VIDA Y TRABAJO A BORDO**. Y que el Protocolo mencionado nada dice al respecto.

A mayor abundamiento la Sociedad Española de Medicina Marítima indica como componentes variables de las Condiciones de Trabajo la formación de los trabajadores, la carga de trabajo, los aspectos sociales, la tecnología de a bordo, las características de las operaciones y las cargas, el estado del buque, la ergonomía, higiene y seguridad, la empresa y el armador, la ruta del buque y la climatología.

En general se tiene poco conocimiento de los Convenios de la OIT - ratificados o no por la Argentina- y, sobre todo, que la OIT decidió desde sus inicios que el trabajo en el mar del marino y del pescador (gente de mar) merecía ser diferenciado de las otras actividades laborales y por lo tanto, a la fecha, ha emitido unos 32 convenios exclusivos para la gente de mar sobre un total de 182. Y en esos convenios se habla de “horas de trabajo”, “Inspección del trabajo”, “Bienestar gente de mar”, “la prevención de accidentes”, “Alojamiento de la tripulación”, “Alimentación y servicio de fonda”, “Protección de la salud y asistencia médica” y, en los últimos convenios, “Condiciones de vida y trabajo”.

Y así como los Convenios “marítimos” de la OMI se hacen extensivos a lo “fluvial”, los propios de la OIT pueden ser adoptados pues podemos hablar de “personal embarcado” sin distinguir la geografía.

En el caso de Argentina el administrador de los CI -ratificados- de la OIT es el Ministerio de Trabajo de la Nación. En ninguna parte de la Ley 19587 de Higiene y Seguridad o de la Ley 24557 de Riesgos del Trabajo o en sus decretos reglamentarios o en resoluciones de la SRT, quedan eximidos los marinos o es nombrada otra autoridad de aplicación que no sea el MT o la SRT. Por lo tanto quedan sujetos a ser asegurados, capacitados e inspeccionados por las ART en todo lo que se refiera a la higiene y seguridad en el trabajo. Lo mismo que en cualquier otra actividad en “tierra”.

Incluso al referirnos a algunos Convenios o a algunos Códigos, los asignamos sólo a la OMI cuando son frutos de una tarea conjunta OMI / OIT / FAO como la Convención para la Seguridad de los buques pesqueros, 1977/1993 y los Códigos de Seguridad para buques pesqueros que se ocupan de: A) Prácticas de la seguridad e higiene y B) Prescripciones de seguridad e higiene para la construcción.

La OMI al aprobar el Código Internacional de Gestión de la Seguridad (IGS), 1993 -Resolución A.741(18), involucra directamente a los armadores en la administración de la seguridad a bordo (de igual manera que lo hacen nuestras las leyes con los empleadores), y entre los objetivos pone unos párrafos interesantes:

1.2 Objetivos.

1.2.1 Los objetivos del Código son asegurar seguridad en el mar, prevención de daños o pérdida de vida de personas.

1.2.2 Establecer prácticas de seguridad en las operaciones del buque Y UN MEDIO AMBIENTE DE TRABAJO SEGURO.

La PNA asumió la responsabilidad de certificar a los buques de bandera argentina. otorgando la documentación correspondiente y de controlar su cumplimiento por parte de los buques extranjeros. Volviendo a la expresión “Establecer prácticas de seguridad en las operaciones del buque Y UN MEDIO AMBIENTE DE TRABAJO SEGURO”, se podría entonces entender que la PNA deberá inspeccionar lo que se relacione con el medio de trabajo incluidas la higiene y seguridad. Lo cual no es así, pues esa tarea le compete a la ley de Riesgos del Trabajo o sea a la autoridad laboral. Lo cual nos plantea una “zona gris” para la tripulación.

Como medio de mejorar la calidad y la seguridad en general de los buques marítimos, sus operaciones y el cuidado de medio ambiente, ha sido creado por la OMI un procedimiento de inspección llamado de Control por el Estado del Puerto -CEP- o PSC en inglés. No sólo controlan a los buques de bandera de los países adheridos a convenciones de la OMI, sino también a los que no lo están.

Parte de estos PSC se han organizado regionalmente o por intereses comunes y así tenemos:

- El MOU París, Memorando de Entendimiento de países europeos atlánticos y nórdicos más el Canadá y cooperación con el US Coast Guard.
- El MOU Tokio, Memorando de Entendimiento de países asiáticos del Pacífico, Australia y N. Zelanda y el Canadá.
- El Acuerdo Latinoamericano (Acuerdo de Viña del Mar) de Autoridades Marítimas de países latinoamericanos y por lo tanto a cumplir por la PNA en aguas argentinas y por el resto de los países de la Hidrovía.

En lo general los propósitos y tareas son las mismas en las tres organizaciones mencionadas. Sin embargo hay una diferencia muy importante:

- Los MOU París y Tokio inspeccionan el cumplimiento de los CI de la OMI más el cumplimiento del Convenio 147 de la OIT sobre Marina Mercante (Normas Mínimas), 1976 y su Protocolo 1996. Este convenio incluye otros como Alimentación y Servicio de Fonda 1946, Alojamiento 1949, Prevención de Accidentes 1970, Asistencia médica 1969, Seguro de Enfermedad 1936.
- El Acuerdo de Viña del Mar no contempla la inspección del cumplimiento de ninguna norma laboral y por lo tanto en los puertos de nuestro país y de los países vecinos, las Autoridades Marítimas, aplicando ese Acuerdo no controlan las Condiciones de Vida y Trabajo de la tripulación de los buques extranjeros(4).

De todas maneras, la Argentina no tiene mucha vocación de aplicar todos los convenios OIT. De los 182 emitidos a la fecha ha ratificado unos 70. Incluidos en ellos sólo 12 de los 32 destinados a gente de mar. Desde los 50, Argentina sólo ratificó en septiembre de 1991 los convenios para gente de mar Nrs. 163 sobre el Bienestar, 164 sobre la protección de la Salud y Asistencia Médica, 165 sobre la Seguridad Social (revisado) y 168 sobre repatriación. Quedaron en el camino una veintena incluidos aquellos muy importantes como Normas Mínimas 1976 y Prevención de Accidentes 1970. Por lo tanto se debe-

4) Brasil ratificó el Convenio OIT 147.

rían aplicar las normas generales de Higiene y Seguridad que administra la SRT y aplican las ART.

¿Qué dice el Convenio 147?. Brevemente y resumiendo, el Estado signatario se compromete a:

- Promulgar legislación para los buques de su bandera con normas de seguridad incluidas horas de trabajo y capacitación junto a condiciones de empleo y vida a bordo (también se puede hacer vía convenio colectivo).

- Ejercer control efectivo sobre los buques de su bandera respecto de las normas y condiciones mencionadas.

- Ejercer control efectivo sobre otras condiciones de empleo y vida a bordo sobre las cuales no tiene una jurisdicción efectiva.

- Asegurar que existan procedimientos adecuados para el enrolamiento en buques de la bandera y en buques de otras banderas y que exista un sistema de administración de quejas.

- Verificar que los buques de su bandera cumplan con los convenios internacionales de trabajo que haya ratificado.

- Informar a sus connacionales de los problemas que pueden suscitarse al embarcar en buques de otra bandera que no haya ratificado este convenio.

- La posibilidad de inspeccionar y corregir situaciones a bordo de buques de otra bandera que estén en uno de sus puertos si tiene queja o pruebas de que, a bordo, hay una situación de peligro para la seguridad o la salud de sus tripulantes.

Según nuestras leyes, los servicios de inspección de Higiene y Seguridad de la SRT y de las ART deben ser cubiertos por ingenieros y licenciados en la materia. Por lo tanto, las inspecciones de las “Condiciones de Vida y Trabajo” de la gente de mar son cubiertas por estos profesionales. Lo cual es legal y legítimo pero que nos parece insuficiente en el caso de la gente de mar o “personal embarcado” dado que creemos que sería conveniente el apoyo de personas con experiencia en la materia.

De las estadísticas que anualmente publica el MOU París, extraemos el detalle de los ítems a inspeccionar e inspeccionados. Sólo considerando a aquellos que atañen a normas específicas de la OIT o sea a la prevención de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y condiciones de vida, encontramos 11 grupos con unos 40 ítems. Todos ellos requieren de un conocimiento profundo de los buques, sus operaciones, su administración, su funcionamiento global y de las capacidades de sus tripulaciones, conocimiento que está más al alcance de un marino con mucha experiencia. Que además conoce también las normas OMI y su aplicación.

El Consejo de la Unión Europea en su Directiva 95/21/Ce del 19 de junio de 1995 le dio fuerza legal a la operatoria del MOU París reproduciendo toda su reglamentación. Extraemos algunos conceptos:

1- Cuando se habla de Convenios se debe entender que además de la documentación OMI se revisará el buque de acuerdo al Convenio sobre normas mínimas de la Marina Mercante, 1976 (OIT N° 147);

2- Se inspeccionarán la validez de certificados, condiciones del buque y condiciones de vida y trabajo a bordo;

3- Perfil profesional de los inspectores: Los inspectores que lleven a cabo el control del Estado del puerto no tendrán ningún interés comercial ni en los puertos ni en los buques en los que se efectúen inspecciones, ni estarán empleados por organizaciones internacionales, ni asumirán trabajos en su beneficio, que expidan certificados estatutarios o de clasificación o que realicen las supervisiones necesarias

4- Criterios mínimos para la selección de los inspectores:

a) estar en posesión de un título de capitán para buque de arqueo bruto mayor a 1.600 toneladas;

b) estar en posesión de un título de maquinista naval jefe para potencia superior a 3.000 Kw;

c) ser ingeniero naval o mecánico relacionado con el sector marítimo;

d) los tres, tener cinco años de experiencia;

e) tener una titulación universitaria reconocida y formación en una escuela de inspección de buques;

Los Acuerdos de Tokio y de Villa del Mar dicen substancialmente lo mismo respecto del perfil del inspector.

Del convenio OIT sobre la inspección del trabajo (gente de mar), N° 178, 1996 a ser aplicado por el Estado a buques de su bandera y que se refiere a la inspección de las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar, dice entre otros aspectos:

a) inspector: designa a todo funcionario u otra categoría de empleados públicos encargados de la inspección de cualquier aspecto de las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar, así como a toda persona debidamente acreditada que realice una labor de inspección para una institución u organización facultada por la autoridad central de coordinación.

b) por la expresión “condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar” se entienden condiciones tales como las relativas a las normas de manteni-

miento y limpieza de las zonas de alojamiento y trabajo a bordo, la edad mínima, los contratos de enrolamiento, la alimentación y el servicio de fonda, el alojamiento de la tripulación, la contratación, la dotación, el nivel de calificación, las horas de trabajo, los reconocimientos médicos, la prevención de los accidentes de trabajo, la atención médica, las prestaciones en caso de accidente o enfermedad, el bienestar social y cuestiones afines, la repatriación, las condiciones de empleo y de trabajo que se rigen por la legislación nacional.

c) La autoridad central. Puede facultar a instituciones públicas u otras organizaciones a las que reconozca como competentes e independientes para que efectúen en su nombre inspecciones de las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar.

También obtenemos información respecto de los inspectores de la gente de mar en la Recomendación 185 de la OIT sobre la inspección (Gente de Mar). En su artículo 7.1) dice:

- A reserva de las disposiciones de la legislación nacional en materia de contratación de los funcionarios públicos, los inspectores deberían contar con calificaciones y formación adecuadas para el desempeño de sus funciones y, siempre que sea posible, deberían poseer una formación marítima o experiencia de marino. Deberían tener un conocimiento adecuado de las condiciones de vida y de trabajo de la gente de mar y del idioma inglés.

Personalmente creo que nuestros países podrán tener marinas mercantes competitivas sólo si se unen sus armadores y su capital humano en empresas bi o multinacionales. Y que para mezclar tripulaciones uno de los primeros pasos es igualar las Condiciones de Vida y Trabajo a Bordo y con ello buscar su bienestar y lograr una mejora en la seguridad global.

Todo lo anterior se expresó pensando en la problemática de un país determinado. Pero esperamos que, dentro del esfuerzo integrador de tantos organismos como son el MERCOSUR, la Hidrovía, el ROCRAM, el Acuerdo de Viña del Mar, etc.. junto a sus distintos actores, públicos y privados, armadores y gremios, escuelas de formación náutica y a las autoridades laborales, estudien, propulsen y adopten iguales medidas de Higiene y Seguridad en el Trabajo para sus tripulaciones.

Como punto de partida se podrían adoptar o adaptar los Convenios y las Recomendaciones de la OIT para la gente de mar, elaborando reglamentos orientadores para la actividad como los que propone la misma OIT o similares a aquellos ya en vigor en algunas marinas mercantes.

Y pensando en la “zona gris”, una de las posibilidades es que los Peritos Navales de la región, con sus experiencias de comando o de dirección de planta propulsora, debidamente capacitados en higiene y seguridad en el trabajo, sean considerados como colaboradores y consultores de las condiciones del buque, de las condiciones de vida y trabajo de la tripulación, de las operaciones en navegación y en puertos, etc. siempre desde el punto de vista de la Higiene y Seguridad en el Trabajo, pudiendo ser un puente idóneo entre las obligaciones que las Autoridades Marítimas y las Autoridades Laborales tienen sobre el personal embarcado como también sobre aquellos que, circunstancialmente, laboren a bordo en tareas de estiba, aprovisionamiento o reparación y mantenimiento.



HIDROVIA PARAGUAY-PARANA. EN DONDE ESTAMOS, HACIA DONDE VAMOS*

Por Mario A. Casanova

1. UNA NAVEGACIÓN “MARÍTIMA” Y OTRA “FLUVIAL”

La historia del Derecho que hace a la navegación por agua lo ha reconocido y denominado inicialmente como “Marítimo”, y no por una razón solo casual.

Desde las épocas más remotas el hombre navegó, es decir se desplazó sobre las aguas, y quizás con mayor facilidad que con la que pudo hacerlo sobre tierra. Antes que la humanidad conociera la rueda supo construir una embarcación o canoa que le posibilitara desplazarse sobre aguas fluviales, lacustres o marítimas.

Sería quizás temerario afirmar que la navegación practicada en los ríos se produjo con anterioridad a la realizada en el mar, o viceversa. O que el remo precedió a la vela, sobre todo si con una afirmación como ésta se pretendiera dar un dato uniforme en la historia de hombre vinculada con la navegación.

Sin duda las condiciones geográficas y las cercanías con las distintas vías acuáticas pueden haber incidido en la historia, y por tanto, cada lugar o región podría suministrarnos un dato distinto.

Sabemos sí que la navegación de los ríos fue uno de los medios de transportes que en primer lugar utilizó el hombre, y este dato puede remontarse a varios milenios.

*) Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Paraguayas de Derecho de la Navegación por Agua del Siglo XXI. 22 y 23 de agosto de 2002. Asunción, Paraguay.

El hombre accedió a la vía fluvial, y con el tiempo no sólo la utilizó en su estado natural, sino que inclusive la dominó en su estructuración creando canales primero, y luego remontando o bajando alturas mediante esclusas que supo construir.

Un ligero repaso de la historia nos demuestra que desde épocas inmemoriales el hombre navegaba en las cuencas del río Amarillo y Azul en la China, y supieron allí construir canales varios siglos antes de conocerse en nuestra civilización occidental.

En el período del Imperio Romano se conocen también proyectos para vincular mediante canalizaciones a distintos ríos de Europa, y a éstos con los grandes mares. Y si bien no se puede afirmar con certeza el origen de las esclusas, se puede suponer que éstas se originan en Europa en el siglo XIII, como una forma de superar las diferencias naturales de altura en el recorrido de sus ríos que surcan montañas o colinas, y con un impulso indudable a partir del año 1500 con la invención de un sistema de cierre de esclusa que se le atribuye a la inagotable capacidad e ingenio de Leonardo da Vinci.

El hombre así utilizó y dominó geográficamente las vías navegables interiores, distinguiéndose en muchos casos esta navegación que genéricamente vamos a identificar como “fluvial”, de la también histórica y conocida como “marítima”.

En una distinción muy primaria, podríamos afirmar que en tanto que el hombre accedió y llegó a dominar la NAVEGACION FLUVIAL, incluso desde su geografía -modificando o agregando cursos-, por otra parte ha debido aceptar las condiciones inalterables del mar con la característica de la peligrosidad que ese medio ambiente representa.

Este es un primer aspecto que nos ha de permitir ir perfilando cierta diferencia que para el caso convendrá destacar. Y ello aun cuando en lo referente a ciertas navegaciones fluviales esa diferencia no sea muy elocuente.

Los estudios que conocemos a nivel doctrinario, quizás sin quererlo y por cuanto la realidad así lo ha impuesto, se han limitado o al menos han priorizado la consideración de una sola de esas navegaciones: la denominada como “NAVEGACION MARITIMA”.

Sin restar importancia a otras muchas obras de significación en la materia, no se puede dejar de mencionar la “Collection de lois maritimes antérieures

res au XVIII siècle” escrita por Pardessus en el año 1828, la que significó para su época un reflejo fiel y concreto de las distintas leyes que habían regido y regían en las diversas cuencas marítimas del mundo.

En una época en la que todavía la vela era la fuerza de propulsión que guiaba a las embarcaciones a través de mares y océanos, Pardessus destaca comparativamente la “uniformidad de esas leyes marítimas en el espacio”.

Pese a la diversidad legislativa en análisis, las normas o las soluciones brindadas por éstas resultaban iguales o similares, y debido a que esas mismas normas eran de aplicación a una misma o equivalente realidad de la cual provenían y se aplicaban.

¿Cabe pensar que esa conclusión era de aplicación a todo tipo de navegación por agua?

La respuesta que se brinde a este interrogante tiene que ver con la tesis que nos proponemos sostener como parte de este trabajo.

A poco que se recorra la obra de Pardessus advertimos que las normas citadas tenían que ver con la “navegación en el Mar”. No se citan allí ni transcriben normas de navegación fluvial. Quizás por cuanto la navegación que se tenía en vista era sólo ésta, o bien por cuanto en esa compleja búsqueda por él realizada sólo encontró normas marítimas y no fluviales.

Creemos que la respuesta debería estar por la negativa.

Resulta difícil pensar que la navegación que se practica dentro de las distintas cuencas fluviales que se ubican en el mundo responde en todos los casos a similares características.

La dimensión y caudal de los ríos europeos difiere de los que entrecruzan nuestro continente americano, y a su vez existen diferencias entre los ríos de llanuras, con los que descienden de montañas o colinas, para mencionar sólo algunas de las singularidades que podemos llegar a advertir en un análisis geográfico de cada cuenca. Y ello sin tener en cuenta las incidencias de mareas cuando éstas ingresan al interior continental, etc.

Y si aceptamos que toda norma debe en primer responder a una realidad, la realidad que se pretende regular, deberíamos entonces concluir en que esa característica de “uniformidad de las leyes marítimas en el espacio” aplicada históricamente a la navegación en el mar, y sostenida en la actualidad

como la “internacionalidad” de las normas que hacen al Derecho de la Navegación no se extiende a la “NAVEGACION FLUVIAL” O al menos no se extiende en sus totalidad.

Puede sostenerse que así como el descideratum en materia de legislación marítima podría considerarse el contar con una única norma a regir en todos los ámbitos del mar de la esfera terráquea, cada cuenca fluvial debería contar con la propia, y en base a sus especiales características navegatorias.

La historia de la legislación marítima, -y la doctrina por consecuencia-, tanto interna como internacional, ha tenido en su vista la “NAVEGACION MARITIMA”. Todas sus normas se refieren a ellas, y ninguna o muy pocas se trasladan a la actividad fluvial.

Es más, si nos avocáramos a un análisis detallado de las normas acordadas a nivel internacional teniendo en cuenta los tratados o convenciones, anteriores y actuales, advertiríamos rápidamente que en más de una oportunidad se ha dejado fuera del tratamiento al conflicto o regulación que se puede dar dentro de la navegación fluvial o de aguas interiores. En oportunidades en forma expresa, y otras por medio de la limitación de considerar únicamente como objeto de la regulación a la embarcación que se la califica como “buque de mar”, excluyendo así al “buque o navío fluvial”, que se caracteriza justamente por practicar una navegación fluvial.

Podemos concluir en la existencia de un derecho particular que hace a la “NAVEGACION FLUVIAL”, y éste no participa del carácter de uniformidad en el espacio o internacionalidad que identifica a la norma reguladora de la navegación marítima, aun cuando puedan compartirse un número importante de instituciones.

Si en un intento de emular aquella obra cumbre de Pardessus, hoy nos tomáramos el trabajo de llevar a cabo un estudio comparativo de las legislaciones que regulan la navegación de los distintos ríos, lagos y canales navegables del mundo, seguramente esta anterior aseveración podría ser corroborada.

Es un dato claro a este respecto el que no todos los países han adoptado para su navegación interna (a veces calificada como “menor”) las mismas normas que tienen en vigencia para regular la navegación en el mar. Genéricamente podríamos establecer que cuando así no ha ocurrido o bien se ha equiparado la navegación o más precisamente el transporte fluvial con el transporte

terrestre, o bien se ha previsto el dictado de una norma específica, y por tanto distinta a la marítima.

Sostenemos, por tanto, que la regulación de la navegación fluvial es merecedora de normas específicas, y que además deben adecuarse a la zona, región o cuenca geográfica que corresponda.

El derecho de la navegación que históricamente hemos venido estudiando y aplicando merece así un especial aggiornamiento, pero no sólo en las instituciones que pueden considerarse como clásicas y que todos conocemos, sino también en otros aspectos que vamos viendo aparecer y que parecieran no haber tenido la dedicación merecida.

Así como la navegación deportiva o de placer hoy está requiriendo su estudio y regulación, así también pensamos que está pendiente de consideración una regulación de la actividad fluvial, que además deberá adecuarse a las circunstancias de la región o cuenca a la que se aplique.

2. HIDROVÍAS EN EL MUNDO

Hemos comenzado a denominar como “hidrovía” a un curso de agua interior en condiciones de ser navegado, y por tanto para ser utilizado por embarcaciones con el objeto de transportar personas o mercaderías.

Con ese simple y básico concepto, podemos advertir rápidamente que las hidrovías que surcan los distintos continentes son innumerables, y con características muy diversas. Podríamos calificarlas como interiores vinculantes, o de salida al mar; naturales o artificiales; nacionales, internacionales o internacionalizadas; de uso de buques de ultramar o simplemente por barcas; y seguramente otras alternativas más de diferenciación en la medida que entremos a observar las cuencas fluviales y la manera en que hoy se desempeñan para la navegación.

La trascendencia de estas vías de comunicación, históricamente ya importantes tal como al comienzo se ha expresado, adquieren en la actualidad nueva y seguramente remozada importancia frente a un mundo globalizado que nos vincula e intenta tenernos a todos un poco más cerca.

Su análisis y tratamiento forman parte de la política naviera de cada Estado, y de la región nacional o internacional que cubre su recorrido o cuenca.

Son las naturales vías que mueven el comercio físico de mercaderías en el interior continental y el punto de partida o de llegada que las vincula con el mundo por vía oceánica o marítima.

Son polos naturales de desarrollo, no sólo como vinculantes en la salida o llegada de mercaderías, sino por convertir a sus márgenes y zonas de influencia como lugares privilegiados para el asentamiento de nuevas industrias o emprendimientos de todo tipo y acordes con el lugar o región de que se trata.

Mucho se ha escrito y se ha expuesto respecto a esta importancia de las vías acuáticas contribuyendo al desarrollo de comercio en general, y no cabe por tanto aquí el reiterar conceptos ya muy conocidos.

Pero cabría destacar al menos señalando el porqué, a quién en realidad afecta o favorece, y por tanto le interesa.

Medios de transporte tenemos distintos: terrestres (ruteros y ferroviarios), aéreos, y también acuáticos, pero en un análisis comparativo y no muy extenso podemos llegar rápidamente a la conclusión de que existe una importante diferencia de costos a favor del medio acuático. Es decir que un flete acuático (marítimo o fluvial), es sustancialmente menor teniendo en cuenta la tonelada/kilómetro.

Y un menor flete afecta e interesa en primer lugar al cargador, ya que el precio de su producto está incidido en forma directa por el flete que debe abonar el producto hasta el mercado de comercialización a su lugar de consumo.

El logro de un desarrollo adecuado de la comercialización, tanto a nivel mundial como regional, parte de la base de un abaratamiento de costos de las mercaderías.

El flete compone inexorablemente la conformación del precio final de todo producto o mercadería.

El flete así conforma parte del precio del producto, por lo que también podemos afirmar que a mayor flete corresponde un mayor precio, y que con menor flete baja el precio del producto.

Y un menor flete que permite abaratar el precio del producto beneficia en forma directa al mismo productor o fabricante, ya que con él podrá mejor competir y llegar a mercados que de otra manera le serían inaccesibles.

De allí que más allá de otros importantes avances logrados por parte de la técnica del transporte, sea altamente recomendable la utilización de la vía acuática que representan los ríos y canales como una forma de lograr colocar productos que se elaboran o se obtienen generalmente en el interior de los continentes, y que de otra manera no podrían llegar a los mercados, o bien llegando no serían económicamente competitivos.

La importancia de la hidrovía es así manifiesta, y explica el extraordinario éxito y desarrollo de las que hoy podemos ubicar en el mundo, algunas de vieja data, y otras en pleno desarrollo.

Todas ellas tienen que ver con las comunicaciones y el transporte, y por tanto con el comercio. Por ello y siendo un destino de los pueblos el desarrollarse a través de su comercio, estas vías que logran abaratar los fletes se convierten en factores decisivos para que un producto pueda ser comercializado exitosamente.

Existen ejemplos a los cuales no podemos dejar de remitirnos, sin que ello signifique dejar de lado las grandes cuencas africanas, constituidas por los ríos Zaire, y el Nilo, o el río Murrumbidgee en Australia, y otros más sin duda de enorme importancia, como los que contamos en nuestra América del Sur. Pero para este trabajo hemos de referirnos a lo logrado ya entre Estados Unidos de Norteamérica y Canadá en relación a los Grandes Lagos y el canal San Lorenzo; al sistema de los ríos Rin y Danubio en Europa; y al río Mississippi en Estados Unidos de Norteamérica, integrado a los ríos Ohio, Tennessee e Illinois.

Sin perjuicio de las características geográficas, y otros datos en muchos casos apabullantes frente al movimiento de embarcaciones que se han logrado en esos sistemas que tomaremos como referencia, caben destacarse los miles de kilómetros de recorridos en cada uno de ellos, llegando hasta los sectores ubicados en los puntos más extremos de los puertos marítimos, y con una intensidad de tráfico que como en el río Rin y tomando un punto de referencia en la frontera alemana-holandesa puede llegar a computarse 25 buques por hora.

Sistema del Río San Lorenzo y Grandes Lagos

El sistema, que abarca ocho Estados americanos y dos provincias canadienses, es gobernado por una Comisión Mixta Internacional creada en el año 1911 y se encuentra copresidida por un representante del gobierno de Ottawa

y otro del Gobierno Federal de los Estados Unidos de Norteamérica. Y la Secretaría para la Utilización del San Lorenzo, creada en el año 1985 por el gobierno de Québec -como resultado de estudios originados en el año 1982 por intereses partícipes de la actividad navegatoria, marítima y fluvial- se encuentra destinada a organizar y coordinar las actividades de la región

La coordinación y participación interesada de las fuerzas políticas canadienses, así como de las fuerzas empresarias y cámaras de comercio, produjeron el fruto deseado por medio de esa Secretaría, la que a su vez ha dado origen a la Cámara de Comercio Marítimo que une a representantes de los puertos ubicados sobre el río San Lorenzo, municipios, cargadores, armadores y de otras entidades vinculadas con el tránsito y desarrollo de la hidrovía.

Por último, y siempre dentro de este Sistema, se creó en el año 1983 el Foro Marítimo del San Lorenzo y los Grandes Lagos. Este Foro está compuesto por 12 representantes de grupos empresariales y otros tantos funcionarios gubernamentales. La presidencia de este Foro se encuentra constituida por un representante de la Comisión de los Grandes Lagos -en la que se encuentran a su vez representados los ocho gobiernos de los estados americanos-, el subsecretario de transporte de Ontario, y por el Administrador de la Secretaría para la Utilización del San Lorenzo, asistidos a su vez por una pequeña organización administrativa.

La labor de este Foro ha dado resultados muy favorables, y se atienden problemas regionales con la participación de municipios ubicados en los márgenes del río San Lorenzo o de los Grandes Lagos.

Sistema de los ríos Rhin y Danubio

La historia de la navegación organizada de estos ríos se remonta al año 1815, oportunidad en que el Congreso de Viena adopta la libre navegación y del comercio, y reconoce recíprocamente la validez de los reglamentos navegatorios de cada Estado que se tienden a uniformar. Se dispuso así mismo la creación de una COMISION CENTRAL integrada por representantes de cada Estado ribereño como una autoridad común, y con el objeto de regular los intereses navegatorios, con decisiones que se adoptan por pluralidad de votos.

El río Rhin tiene su estatuto propio en el año 1868, en donde se recogen los principios aprobados por el Congreso de Viena.

El texto original, si bien ha sufrido algunas reformas, mantiene su estructura inicial, refiriéndose a cuestiones aduaneras, cargas y descargas en el río, régimen de patentes, crea un Tribunal para la navegación en el Rhin, y define las atribuciones de la COMISION CENTRAL. El texto principal se complementa con distintos anexos.

Nos detenemos en la COMISION CENTRAL del Rhin, con sede en la ciudad francesa de Estrasburgo e integrada por comisionados que representan a los distintos Estados Parte. Si bien en este caso las decisiones para lograr su vigencia deben ser adoptadas por unanimidad de los integrantes de la Comisión, cuando se logra una mayoría o bien un Estado ha hecho conocer su oposición a una decisión unánime, la decisión se tiene como una recomendación.

Hoy en día la labor de esta Comisión se encuentra vinculada con la conducción de la Unión Europea con una gran influencia sobre los temas atinentes con el transporte.

Por su parte el Danubio, y a partir del convenio firmado en el año 1949, con la participación de la ex Unión Soviética, Bulgaria, Hungría, Checoslovaquia, Rumania y Yugoslavia cuenta con la COMISION DEL DANUBIO, compuesta por un representante de cada Estado parte.

Por este mismo convenio los Estados ribereños se comprometen a mantener en condiciones de navegabilidad la sección del río que les pertenece, garantizando la libre navegación para todas las naciones, y sobre la base de un tratamiento igualitario en los accesos a puertos, reglas de navegación y transporte de mercaderías.

La COMISION DEL DANUBIO elige su propio presidente y fija el reglamento por el que se ha de conducir, y tiene a su cargo la administración del río, aprobando a su vez las normas que regulan su navegación. Recopila información y fija un presupuesto anual al que los Estados deberán contribuir en forma igualitaria, sin perjuicio del derecho que también tiene para imponer aportes especiales con destinos a trabajos que salen de lo ordinario.

El convenio también establece un sistema de solución de conflictos que se produjeran entre las partes intervinientes, lo que se encauza por intermedio de una Comisión de Conciliación, cuya resolución en última instancia se considera como firme y de obligado cumplimiento.

Sistema del río Mississippi

Contrariamente a lo que acontece en los casos anteriores, en este Sistema nos encontramos con un río de carácter nacional que tiene todo su recorrido dentro del territorio de los Estados Unidos de Norteamérica.

El sistema cuenta con un recorrido de aproximadamente 14.000 Kms., y se lo denomina como “Mississippi Intracostal Waterways Gulf System” ya que luego de cruzar diferentes Estados, se conecta a la altura de Nueva Orleans con un canal costero sobre el Golfo, vinculando por aguas interiores al Estado de Florida con el límite de México.

El sistema puede dividirse en tres sectores:

a) El primero denominado como Mississippi superior, ubicado al norte de la ciudad de Saint Louis, con calados entre 6 y 9 pies, que se logra por medio de un conjunto de esclusas.

b) Sigue luego el Mississippi medio, entre las ciudades de Saint Louis y Baton Rouge, con navegación de bajo calado y sin esclusas.

c) Por último, el denominado Mississippi inferior o “Corredor Profundo”, desde la ciudad de Baton Rouge hasta su salida al Golfo de México con acceso a los buques de ultramar, y desde ya también a los de bajo calado.

El Mississippi inferior se encuentra controlado por las principales autoridades portuarias que se ubican sobre los márgenes de este sector, considerándose la como una zona de transferencias de cargas.

Sin pretender exponer sobre la alta eficiencia lograda por el sistema, que ha logrado captar una elevada proporción del transporte fluvial del país, cabe destacar el importante aporte de la actividad privada incorporando alta tecnología que ha mejorado sustancialmente la eficiencia de la flota.

Se ha logrado gran resultado en las operaciones de carga/descarga/transferencia, no sólo en tierra, sino inclusive con equipos flotantes, y se utilizan los buques portabarcasas (BCV Barge Carrying Vessels), que transportan a las barcasas con su propia carga, las que son rápidamente descargadas o cargadas en el buque principal, denominado como “madre”, permaneciendo así en el muelle sólo la barcaza para las operaciones de carga o descarga.

Si quisiéramos extraer algunas conclusiones en base a estas experiencias, sin duda muy primarias, sobre todo teniendo en cuenta que nos hemos

limitado a plantear solo un esbozo de estos sistemas, y teniendo en cuenta las variantes de uno y otro tanto desde un punto de vista geográfico como territorial, quizás podríamos establecer:

a. Que necesariamente una hidrovía debe estar abierta a la libre navegación de buques de todas las banderas con igualdad de tratamiento para nacionales y extranjeros, salvo aspectos muy localizados que no afecten el interés internacional.

b. Existencia de una entidad, comisión o ente con participación de los Estados ribereños que se convierte como única y principal autoridad dentro del total de recorrido de la hidrovía.

c. Participación de los intereses privados ya sea dentro de la misma comisión, o ente, o colaborando en forma muy estrecha.

d. Existencia de normas reglamentarias propias que regulan la navegación de la hidrovía, así como el régimen de sus puertos, servicios de remolque o practicaje, o cualquier otro aspecto que hace a la seguridad y eficiencia de esa navegación.

2. La hidrovía Paraguay-Paraná

Sabemos que cuando hoy hablamos de la Hidrovía Paraguay-Paraná, nos estamos refiriendo a la cuenca hídrica compuesta fundamentalmente por los ríos Paraguay y Paraná, en sus recorridos desde Puerto de Cáceres (República Federativa de Brasil) hasta Puerto de Nueva Palmira (República Oriental del Uruguay) con un recorrido total de 3.442 Kilómetros, vinculando a los países de Argentina, Brasil, Bolivia y Uruguay.

Y si vinculamos ese recorrido con la conocida como Hidrovía Tieté-Paraná con posibilidades de su conexión vía Alto Paraná, estaríamos hablando de un recorrido aproximado de 6.500 Kilómetros.

Este trazado puede ser navegado desde su desembocadura en el Océano Atlántico vía Río de la Plata y hasta Puerto San Martín al norte de la ciudad de Rosario (Argentina) a 32 pies, y hasta puerto de la ciudad de Santa Fe (Argentina) con 22 pies y en una franja de 100 metros de ancho. A partir de allí, y hasta Corumbá (Brasil) es navegable por barcazas con un calado de entre 6 y 8 pies, con un pie de revancha bajo la quilla. Por último, y hasta el Pantanal, donde se ubica Puerto de Cáceres, las barcazas navegan con un calado de 6 pies.

Un debido trabajo de dragado podría llevar la navegación en su último tramo (Rosario al Océano) a 36 pies y algunos más optimistas hablan de hasta 40 pies; a 28 pies hasta Santa Fe, y asegurar el tránsito de barcasas a 10 pies hasta confluencia de los ríos Paraguay-Paraná.

Esta Hidrovía se ubica en el corazón del MERCOSUR ampliado (con la incorporación de Chile y Bolivia), con una superficie de 13.600.000 Kilómetros cuadrados, y con una escasa población de 240 millones de personas, dando así una densidad de casi 18 personas por Kilómetro cuadrado, frente a la de 330 en el Japón o de 180 en la Unión Europea.

Este dato negativo comparativo se agrava, si tenemos en cuenta que el asentamiento de nuestras poblaciones se ubican básicamente sobre la costa atlántica con una densidad de 91 personas por Kilómetro cuadrado, resultando para el resto un número apenas superior a las 11 personas, sin perjuicio de existir zonas vírgenes de la acción del hombre.

Otro dato que consideramos como negativo es el bajo valor unitario de la producción, constituido básicamente por productos agrícolas y mineros, a los que si tuviéramos que evaluarlo monetariamente, tendríamos un valor de la tonelada dentro de los 100 a 150 dólares, sustancialmente bajo si lo comparamos con el producto promedio de la Unión Europea o del Japón que-se calcula en cuarenta o cincuenta veces más.

Esta relación de producto-precio nos está indicando la importancia sustancial que reviste el transporte en nuestro MERCOSUR, y por tanto la necesidad de buscar sus formas de abaratamiento.

Y en esa búsqueda, dejando a salvo algunas diferencias que surgen en zonas, podemos estimar el costo del transporte por tonelada-kilómetro en US\$ 3.- el aéreo, de US\$ 0,04 el rutero, de US\$ 0,02 el de ferrocarril, de US\$ 0,0015 el marítimo, y de US\$ 0,008 el hidroviario o fluvial.

El simple enunciado de estos números nos está marcando la enorme importancia que tiene para la región el lograr una preponderante utilización de la Hidrovía (navegación o transporte fluvial) sobre todo otro medio de transporte.

Siempre en esta línea de exposición, no podemos dejar de evaluar los resultados económicos logrados ya y a la fecha, derivados de la utilización de

la navegación fluvial y marítima, y en base al mejoramiento de la navegación en la Hidrovía.

Hoy, y como consecuencia de haber logrado mediante un eficiente dragado el calado para la navegación de los 26 pies que tenía antes del año 1996 a los 32 ya expresados a partir de la zona de Puerto San Martín, muchos de los buques de ultramar que ingresan para cargar hasta esos puertos salen con sus bodegas llenas, evitando completar carga en puertos marítimos de Brasil o Argentina.

Y este hecho técnico ha permitido que el flete que antes estaban (vía Róterdam) en el orden de los 25 dólares/ton., se haya situado hoy entre los 16 y 20 dólares por tonelada. Si se dieran las perspectivas de llevar la profundización a los 36/38 pies, con posibilidad de cargar mayor cantidad de toneladas la baja cie fletes sería mayor.

La sola referencia de estos números nos está indicando lo significativa de la labor que estamos imaginando.

Estos datos que podemos extraer de la labor que lleva a cabo la Bolsa de Comercio de Rosario (Argentina), por intermedio de su Comisión de Transporte, no podemos dejar de destacar lo que esta obra ha significado para la producción en general, y para cada uno de los productores ubicados en la zona de influencia.

Se estima que aproximadamente los 80 millones de toneladas de productos que hoy circulan por el sistema en análisis se han visto beneficiados en por lo menos 4 dólares por menores fletes, lo que ha permitido un beneficio adicional de aproximadamente 320 millones de dólares.

Y esta realidad ha convocado en la zona a nuevas inversiones, radicación de empresas industriales, o de distintas empresas de servicios frente a las perspectivas de mayores cargas futuras.

El aumento de la capacidad de molienda de la industria aceitera, el despacho y recepción de minerales y fertilizantes, la reconversión de terminales de embarque, y el crecimiento de las empresas de transporte fluvial, etc. han provocado una inversión que se estima del orden de los 2.000 millones de dólares.

Desde la región que denominamos como del Gran Rosario, ubicada sobre la margen derecha del río Paraná, y a más de 400 Km. de su desembocadura en el río de la Plata, se han exportado durante el año 2001 más de 37 millones de ton. de granos, aceites y subproductos (sobre los 51 millones que exportó todo el país), y se vislumbra superar esos guarismos durante el corriente año atento al considerable aumento de los saldos exportables en la zona Rosafé.

El productor se ha beneficiado, ya que a los importantes esfuerzos de orden técnico y organizativo que lleva a cabo para acrecentar y abaratar su producción mediante inversiones y tecnología que agrega en el mismo lugar de producción, puede lograr una mejora de precio al poder utilizarse con mayor eficiencia la vía de transporte que le permitirá llegar a los mercados de consumo.

Una disminución del flete marítimo-fluvial determina en forma directa un aumento del precio FOB de la mercadería y, por consiguiente del precio que recibe el productor agropecuario, mejorando así la economía global.

Nuestra hidrovía Paraguay-Paraná tiene su marco legal, que como también sabemos, se encuadra en el Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra, firmado el 26 de junio del año 1992 en la localidad de Las Leñas, Mendoza, de la República Argentina, y entre los cinco países directamente afectados: Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay.

No corresponde, ni es mi intención el hacer aquí un esbozo de esta norma, y las dictadas en su consecuencia, ya que esa labor ha sido ya efectuada y con gran eficiencia por más de un autor que se ha referido al tema.

Sí nos proponemos exponer nuestra opinión con respecto al estado actual del problema, y desde una visión particular en vista de los distintos intereses que en forma muy directa se encuentran hoy afectados.

Toda labor, aun cuando criticada, merece el respeto por el esfuerzo realizado, y así debemos dejar a salvo el natural y debido reconocimiento hacia aquellas personas o instituciones que supieron desde hace ya algunos años dar el puntapié inicial para que hoy tengamos un marco legal antes inexistente.

Con ese espíritu, y creyendo que toda crítica efectuada de esta manera no debe ni puede ser sino bien interpretada, me permito afirmar que no hemos logrado mucho hasta el momento, y que lo hecho merece una sustancial corrección hacia el futuro.

El Acuerdo ya señalado que da origen legal a la Hidrovía Paraguay-Paraná tiene ya más de diez años de firmado, y no estamos lejos de que venza su plazo de duración (Art. 30). Pese a ello no creemos equivocarnos al afirmar que no ha rendido los frutos que se esperaban, pese a las buenas intenciones que lo conformaron.

Debemos tener presente que este Acuerdo, depositado en ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración) fue considerado en el marco de los Acuerdos Parciales del Tratado de Montevideo del año 1980, y ese mismo hecho está creando una falencia de base. Sólo Bolivia y Uruguay lo han aprobado por Decreto, y la Argentina lo ha ratificado por Ley 24.385 promulgada el 11.11.1994.

La importante labor llevada a cabo por el Comité Intergubernamental de la Hidrovía, en la elaboración de distintos reglamentos de gran trascendencia, y aprobados por la Reunión de Cancilleres de los Países de la Cuenca del Plata han sido motivo de cuestionamiento.

Buena parte de la doctrina ha cuestionado la potestad reglamentaria del Comité aludido, sosteniéndose que los reglamentos dictados no tendrían validez.

Se encuentra cuestionada la base misma del Acuerdo.

Pero eso, que no es poco, es sólo un aspecto a los problemas que hoy afrontamos.

Se ha cuestionado, y no con poca razón, que se hayan excluido a los ríos de la Plata, Alto Paraná y Uruguay, partícipes ellos también de la Cuenca del Plata.

Si bien declarativamente han sido consagradas una serie de libertades, como la de navegación y libre tránsito, y se ha dejado asentada la igualdad de tratamiento para las embarcaciones de los Estados partícipes, y esto es sin duda ponderable, existen a la fecha muchos temas pendientes y que originan si no conflictos, por los menos muy serias dudas que no deberían existir.

No tenemos una jurisdicción propia y única que resuelva las cuestiones que pudieran dar lugar a conflicto entre los particulares usuarios de la Hidrovía, importantísima para conformar criterios uniformes sobre las conductas a seguir.

No se ha logrado un acuerdo sobre el Practicaje y Pilotajes, creándose de esta manera problemas de orden económico, y que sólo han sido resueltos por acuerdos bilaterales.

No tenemos una determinación precisa con respecto a las características que deben revestir los armadores de la hidrovía, y sus embarcaciones. Y tampoco tenemos un acuerdo en lo referente a un registro operativo de las embarcaciones.

Tampoco se ha avanzado en los respectivos regímenes laborales y sociales de las tripulaciones, como para lograr una unificación entre los Estados Partes.

Pero lo que quizás, - y desde nuestro punto de vista-, pueda considerarse como de mayor gravedad, no hemos tenido avances específicos y propios en cuanto a la norma legal que debe regir la navegación en la Hidrovía.

Ya hemos hecho referencia, y lo hemos fundado, a que la norma navegatoria que conocemos como “marítima” que en su mayor parte se asienta en distintos Convenios Internacionales, no puede ser lisa y llanamente aplicable a nuestra navegación fluvial de la Hidrovía.

No se han realizado, o al menos no tenemos referencia al respecto, estudios serios y completos para incorporar normas propias que hacen al arte y técnica de la navegación fluvial que se corresponda con nuestros ríos Paraguay y Paraná, y que sabemos que existen.

Se ha preferido el aparente fácil recurso de recurrir a lo hecho, a lo existente, es decir a la norma “marítima”, cuando todos sabemos que no siempre esas soluciones se adecuan a la problemática “fluvial”

Insistimos así que en este tema estamos en deuda, ya que como lo he expresado, deberíamos lograr una unificación de la norma navegatoria que vincule a los Estados ribereños, y se adapte a la realidad de la navegación según sus diversos tramos.

Y no tenemos tampoco clarificados dos aspectos que nos atrevemos a calificar también como fundamentales para el debido desarrollo de la Hidrovía.

Nos estamos refiriendo en primer lugar al mejoramiento de las condiciones de navegabilidad, removiendo obstáculos, profundizando su cauce o modificando ciertos puntos críticos, que se convierten en verdaderas limitaciones físicas al uso de la Hidrovía.

Si bien la solución adoptada hasta el momento ha sido la de que cada Estado ribereño ha de soportar los costos en la relación a los tramos que se ubican en su propio territorio, esta solución no aparece como la más justa a criterio de algunos, y sobre el tema corresponderá profundizar los estudios.

Pero independientemente de ello, y adoptando la solución existente, también se está advirtiendo alguna disparidad de tratamiento.

Hoy por hoy cada Estado ha debido afrontar “su problema”, aun cuando la navegación sea la de todos. Así la Argentina ha buscado por la actividad privada, y mediante el sistema de peaje una debida adecuación de la vía desde el puerto de la ciudad de Santa Fe hasta el océano.

Y si bien los resultados al momento en cuanto a los trabajos realizados pueden considerarse como exitosos, se escuchan algunas críticas. Esas críticas tienen que ver con los costos del dragado (que luego se traslada al peaje), la información disponible, y sobre todo en cuanto a los controles. Y esta crítica tiene su sustento y justificación si tenemos en cuenta que por el sistema empleado de peaje éste afecta al flete e indirectamente al precio del producto, interesando al productor de la región

El tema pasa a revestir una mayor gravedad cuando como en el caso de Argentina, y debido a sus serios problemas presupuestarios, se corre el riesgo cierto de perderse el aporte del Estado en las tareas de dragado. Si esto ocurriera se podría dar también en forma muy cierta la posibilidad de que ese aporte se sustituya mediante un mayor peaje, lo que afectará al flete y al precio del producto.

Y todo ello sin que hasta el momento se haya logrado la constitución del Organismo de Contralor previsto por el mismo contrato de concesión, luego de casi siete años de encontrarse en ejecución.

Cada Estado, responsable de su tramo, por uno u otro motivo ve postergadas o conflictuadas las labores que debe llevar a cabo, ya sea por razones económicas, o de decisión política, y se termina así afectando a la navegación.

El otro aspecto -y más allá de las normas jurídicas ya tratadas- es la faz normativa, que mediante distintos obstáculos va creando un sobre costo operativo que se contrapone con la ventaja económica que caracteriza al sistema.

En este sentido, y sin perjuicio de problemas administrativos y aduaneros que son reales, se puede señalar la inexistencia de una coordinación entre las distintas reparticiones -y a veces de un mismo país- que ponen trabas a la navegación, o la hacen más dificultosa y costosa.

Y qué decir del tema del cabotaje y las normas de reservas de carga, aspectos estos ambos que quizás por históricas tradiciones atentan también contra una ágil y económica utilización de la Hidrovía.

Creemos, y esto lo dejamos planteado como un tema a debatir, que si bien ha existido una voluntad política de parte de los Estados que han conformado la Hidrovía, esta no ha sido suficiente, no existen órganos eficientes de decisión que permitan resolver los problemas antes apuntados, y se ha dejado de lado en muchas oportunidades a los reales y verdaderos interesados en el problema.

Pese a que se haya destacado, y con razón, el importante aporte de la actividad privada, básicamente por el apoyo constante de la Comisión Permanente de Transporte de la Cuenca del Plata (CPTCP) integrada por armadores y operadores que actúan en la Hidrovía, creemos que esta participación no es suficiente, y se ha dejado de lado la intervención de otras partes privadas y también interesadas en el tema, como son las distintas organizaciones de productores de todo tipo, y que constituyen a los cargadores, sin los cuales y con sus volúmenes de carga todo el esfuerzo que se haga para tener una vía económica y eficiente de transporte no sería posible.

Cada uno de los puntos rápidamente resumidos podría ser motivo de un mayor desarrollo, pero simplemente hemos querido destacar los principales cuestionamientos que se hacen, y sobre los cuales hoy no tenemos respuestas válidas, ni soluciones a la vista.

Por último, y en este enfoque crítico que pretende ubicarnos en el lugar en que nos encontramos, es posible que muchos de los problemas no sean expuestos y tratados con la realidad y urgencia que requieren, por cuanto son tratados en áreas geográficas que no siempre son las más adecuadas.

Los intereses que deben ser debatidos en las grandes capitales de nuestros Estados, por su diversidad, por su complejidad, y por muchas causas que son propias y reales, postergan o dejan de lado otros que aparecen como de menor jerarquía para el funcionario que se ve permanente presionado por el problema del día. Creemos que el eje de las decisiones no se ubica en el punto adecuado.

3. QUÉ PODEMOS PRETENDER. HACIA DONDE IR

Necesariamente hemos debido dejar expresado este análisis crítico, pero ello no significa que no seamos optimistas.

La toma de conciencia del problema es la única forma de intentar lograr una solución.

Con los años transcurridos, y pese a la preocupación demostrada, parecería que no se ha logrado un sistema realmente eficiente. Y si nos atenemos a los problemas vigentes, nos atreveríamos a vaticinar que por estos caminos no vamos a llegar al objetivo perseguido, o al menos en el tiempo deseado.

Pese a la sin duda importante preocupación que suponemos en el espíritu de gobernantes y funcionarios, los resultados no han sido los esperados, y estimamos que esto es un sentir aceptado.

Corregir lo hecho quizás tampoco sea lo prudente o aconsejable, ya que aunque poco, no deja de ser importante lo ya logrado. Entendemos que debería construirse sobre lo ya existente, y aprovechando la experiencia lograda.

Seguramente no debería ser sólo nuestra experiencia la que deberemos tener en cuenta, sino que sería conveniente el recurrir a la experiencia lograda en otras cuencas, y que las sabemos exitosas.

Y en esa línea lo que se nos aparece como en primer lugar es lograr una voluntad política muy clara y determinada en el objetivo perseguido.

Es decir, una voluntad política que diseñe y marque un plan general y ordenado dirigido a la utilización de la Hidrovía Paraguay-Paraná.

Esa voluntad política cuya ejecución corresponde a nuestros Gobiernos, debe nacer de todos los intereses vinculados con la región y su desarrollo.

No son sólo los armadores, tripulantes o propietarios de puertos los interesados, nos atreveríamos sostener que ellos son una parte –quizás esencial-, pero no la principal, ya que la vía por sí misma no se justifica, sino como una forma de mejorar -y en forma sustancial- la producción, el comercio y desarrollo en general de la región.

Son así las fuerzas de producción, los empresarios que con ingenio y visión pueden saber el enorme potencial que se esconde en la región, y vislumbran así proyectos que pueden llegar a materializarse en la medida que se den las condiciones esperadas.

Esas fuerzas deben impulsar esas políticas, que de ninguna manera son irrealizables, al punto que como ya expresara, se han logrado en otras partes del mundo.

Entre las conclusiones que extraíamos de ese ligero repaso de algunos de los aspectos organizativos de otras hidrovías en el mundo se mencionaba la existencia siempre de una Comisión, y con facultades muy especiales e importantes como para desempeñarse con total eficiencia.

Debemos requerir para nuestra Hidrovía algo similar. Debemos pensar en un ente, sobre cuya naturaleza y creación deberán pensar los especialistas, pero al cual deberá atribuirse una autoridad, y facultades tales que en base a los objetivos que se le fijen pueda lograr una ejecutividad que hoy no tenemos.

Sin duda que esta decisión significa por parte de los Estados el dejar de lado ciertos tabúes, o viejos conceptos sobre seguridad, cuando no de principios muy corporativos, y de allí la necesidad de contar con una fuerte voluntad política que pueda llevar adelante una tarea como la que imaginamos.

No siempre los órganos decisorios gobernantes, ya sea por desconocimiento, o por cuanto se encuentran muy lejanos de los acontecimientos de los hechos, ven con claridad el problema. O si lo ven, lo postergan o contrapesan con otras soluciones que pueden parecerles como más urgentes o necesarias.

Pensamos incluso que ese ente o Comisión deberá tener su asiento en zona equidistante o coyuntural de la Hidrovía, tal como ocurre también con otras hidrovías. Recordemos que la Comisión Central del Rhin tiene su asiento en la ciudad de Estrasburgo, lejos sin duda de las Capitales, pero en el corazón de la zona afectada por la hidrovía.

Y en ese ente o comisión sin duda se deberán de ubicar los representantes de los Estados partes, pero también deberán tener injerencia los grupos privados directamente interesados, quienes así podrán hacer llegar en forma directa sus inquietudes, y lograrán respuestas rápidas y eficientes.

Respetándose así las individualidades territoriales, este ente o Comisión podrá ir instrumentando soluciones a los problemas hoy ya conocidos u otros que se vayan planteando.

Se ha señalado también la carencia de normas o instrumentos claros para resolver los conflictos y éste es un tema que tiene la misma importancia que el anterior.

Juntamente con la creación de ese ente o Comisión deberá pensarse en Tribunales o sistemas alternativos de resolver conflictos, ya que la agilidad que pretendemos para el sistema requiere soluciones, y no sólo al nivel público, sino también de los particulares, que tiene que gozar la seguridad jurídica esencial para toda inversión y manejo de negocios.

Con un marco legal adecuado, con autoridades debidamente habilitadas y con capacidad ejecutiva suficiente, y con órganos o sistemas de solución de conflictos debidamente garantizados, los recursos económicos para llevar a cabo todo esto aparecerán inevitablemente, y seguramente no se exigirán mayores aportes de los Estados, o serán muy menores, ya que el mismo desarrollo y la participación de los particulares ha de contribuir al logro en todo lo que se refiere a la problemática o remoción de los obstáculos físicos.

Y en esa misma y amplia labor que deberá llevarse a cabo, y que tentativamente ubicamos dentro del diseño de facultades del ente o Comisión, deberá señalarse la elaboración de normas claras y propias que tengan que ver con la navegación y transporte en la Hidrovía.

Estas y otras ideas que podrán aportarse deberán ser motivo de análisis.

Sabemos de las grandes inquietudes que existen al respecto. Sabemos y tenemos prueba de ello, en el sentido de que cuando los trabajos se llevan a cabo, los resultados son de rápida concreción. Y sabemos así que puesta en marcha una organización como la que se propone, los resultados se verán con rapidez.

Los grandes proyectos parten muchas veces de ideas muy simples. Nuestra idea, que sin duda no tiene originalidad, pero que sí merece ser impulsada, es la de aglutinar voluntades.

Ningún gobierno puede oponerse ni ignorar la posibilidad de mejorar las condiciones de vida de su pueblo, y estamos convencidos de que por la vía que se propone, estaremos intentando un serio esfuerzo de transformar por vía del desarrollo y el comercio un gran sector de nuestro continente.

Parafraseando a un viejo y ya desaparecido político compenetrado con estos temas, podríamos afirmar que la emancipación de estas provincias de nuestra madre España se caracterizó por el célebre decreto de “libertad de comercio”, luego, las gestas de la organización nacional consagraron la “libertad de navegación”, estando todavía pendiente lograr la facilitación de la navegabilidad de los ríos, que equivale a proclamar la “libertad y la riqueza” de los países y la región.

Queremos, por último, cerrar estas palabras recordando también a otro ilustre rosarino, y autor de la historia de la ciudad de Rosario, el Dr. Juan Alvarez, quien refiriéndose a esa ciudad y su vinculación con el río, señalaba dos períodos, “con río cerrado al comercio exterior, pobreza y atraso; con río abierto, prosperidad y cultura”. Esto cabe también a nuestra región.

Sepamos abrir eficientemente nuestra cuenca fluvial, y logremos el progreso y prosperidad de nuestros pueblos.



LA REGLAMENTACION DEL TRANSPORTE MULTIMODAL INTERNACIONAL. PRINCIPALES INSTITUTOS, REGIMEN JURIDICO, DERECHO COMPARADO, PROYECTO DE UNCITRAL

Por Arturo Octavio Ravina*

Agradezco a la Cátedra de Derecho Marítimo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, la invitación que se me ha formulado. Represento al Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), institución que pugna por defender los intereses de Iberoamérica en los asuntos del transporte marítimo y fluvial. Hoy, estas Jornadas demuestran la capacidad de nuestras instituciones nacionales para llevar adelante un estudio serio y responsable sobre el transporte de mercancías, herramienta fundamental para el desarrollo del comercio y de la economía de nuestros países, como de la elevación del nivel de vida de nuestros pueblos.

INTRODUCCION

El Transporte Multimodal, entendido como el porteo de mercancías por más de un modo de transporte no es un tema nuevo. Existe desde la más remota antigüedad. Lo nuevo ha sido tratar de encontrar un sistema fundado en un

*) Profesor de Derecho de la Navegación en las carreras de grado y post grado en las Universidades Nacionales de Buenos Aires, La Plata y Córdoba. Preside el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) y el Instituto de Derecho del Transporte, de la Navegación Marítima, Aérea y Espacial del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Titular del estudio jurídico Ravina & Asociados, con sedes en Buenos Aires y Puerto Madryn; socio de Estudios Jurídicos Integrados de la Hidrovía Paraguay-Paraná y miembro del Comité Jurídico de la Comisión Permanente de Transporte de la Cuenca del Plata (CPTCP). Email: [estudioravina @ infovia.com.ar](mailto:estudioravina@infovia.com.ar).

solo contrato que vincule al cargador con el responsable del transporte en toda la cadena que va desde la salida de las mercancías hasta la llegada de las mismas a destino (door to door), contrato que, a su vez, tenga una reglamentación uniforme y que no afecte el interés de los países esencialmente cargadores (caso de los países de América Latina). En el presente trabajo revisamos los convenios internacionales y regionales, públicos y privados -expresión de la anarquía existente-, como la Ley Argentina N° 24921, con el análisis comparado de los principales institutos de la materia. En particular, el régimen de responsabilidad en el transporte multimodal. Sobre este punto, se incorporan las principales iniciativas del Proyecto del Comité Marítimo Internacional (10 de diciembre de 2001) que constituyeron la base del proyecto que examina la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

El desafío nacional y regional es encontrar fórmulas de uniformidad que permitan el desarrollo y el crecimiento de nuestras economías. De otro modo, la pretendida uniformidad se convierte en un esquema que favorece determinados intereses, no necesariamente asociada con el interés general, en particular de nuestros países (el régimen de responsabilidad y la jurisdicción en los casos de conflicto entre las partes del contrato de transporte).

Para ubicar axiológicamente nuestra posición, resulta necesario señalar el criterio sobre su eventual autonomía. La regulación del contrato de transporte multimodal carece de autonomía científica y participa de los caracteres del contrato de transporte, con un grado de especialidad que resulta del plexo de derechos y obligaciones de las partes, en particular del Operador de Transporte Multimodal, del régimen documentario (documento único), del sistema de responsabilidad y de los reclamos y acciones (régimen de prescripción), todo lo cual confiere un nuevo perfil al contrato de transporte donde intervienen dos o más modos de transporte diferentes. Algunos de estos conceptos han servido para elaborar en la Argentina varios proyectos de ley sobre Transporte Multimodal que finalmente sirvieron de fundamento a la Ley 24921 sancionada en 1998. Finalmente, valga añadir que el proyecto de reforma sobre la legislación civil y comercial en Argentina introduce en el proyectado código al transporte y al transporte multimodal, haciendo remisión a la ley aprobada(1).

1) Zucchi, Héctor, Ravina, Arturo O., Aguirre Ramírez, Fernando, Fresneda de Aguirre, Cecilia Transporte Multimodal, Ed. Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social, Buenos Aires, 1997, donde se trata el tema del autonomía con mayor extensión y justificación.

1. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS IRRUMPEN EN LA CADENA DEL TRANSPORTE. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La utilización de más de un modo de transporte (actualmente ferroviario, carretero, marítimo, aéreo, fluvial y por ductos) en el comercio entre los países existe desde la más remota antigüedad.

Según registra la historia, el templo de Salomón fue construido en el siglo X A.C. con materiales transportados por los fenicios en sus barcos hasta Sidón y acarreados desde allí a lomo de camello hasta Jerusalén; éste es un ejemplo típico del transporte multimodal internacional donde se combinan los distintos modos necesarios para cumplir el opus del contrato de transporte.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la necesidad de reconstruir los países devastados y de realizar máximos ahorros, así como también de maximizar la eficiencia en el transporte, llevó a imaginar novedosas soluciones en el acarreo de las mercancías. Se introducen los denominados sistemas de unitarización, paletas y contenedores, los que habrán de modificar sustancialmente todo el sistema del transporte tradicional. Aparecen nuevos tipos de buques (porta contenedores, multipropósitos, “Lash” o porta gabarras, “roll-on roll-off”, entre otros) que cambian las características de la industria marítima y de la legislación internacional.

El cierre del Canal de Suez, más tarde, completa la revolución iniciada con los sistemas de unitarización. En efecto, la idea del “puente terrestre” (land bridge) sostenido por los pilares que representan los grandes mares y océanos, significa universalizar la cadena del transporte simplificando la utilización de dos o más modos y adecuando los equipos de transporte a la nueva tecnología del contenedor. Ese corredor o puente al que aludíamos no es otra cosa que la combinación práctica y eficiente del modo de transporte marítimo con otro modo distinto, por ejemplo el ferrocarril. Así es que se desarrollan el “Transiberiano”, el “Delphi” (Alemania, Hamburgo, Bremen), el “Trans Australiano” (Sidney-Perth). Paralelamente, verdaderos cinturones carreteros en todo el mundo integran al camión con los restantes modos de transporte.

Los puertos, que no son sino estaciones de transferencia de las cargas de un modo a otro de transporte, debieron adecuarse a las nuevas tecnologías (grúas, muelles especiales, plazoletas, depósitos, equipos para desplazar paletas y contenedores, etc.) a riesgo de perder cargas que irían a aquellas terminales que contaran con aquellos elementos requeridos por las nuevas modalidades del transporte. Hoy es posible advertir que las plazoletas donde se deposi-

tan los contenedores pueden encontrarse a varios kilómetros del muelle donde fueron descargados. La tecnología informática que se aplica en la comunicación las brinda una nueva fisonomía a las terminales portuarias.

1.1. El contenedor

El contenedor es una pieza esencial en la moderna cadena del transporte multimodal. Erigido en un elemento de transporte como lo fue su antecesor el “pallet”. Permite acumular mercadería dentro del mismo, tal como lo hacemos en una escala doméstica al introducir distintos objetos en una caja de cartón, lo cual facilita su guarda y porteo. Sobre este tema incorporamos aspectos técnicos que han sido elaborados por Peter Brown, especialista en la materia(2).

Debe recordarse que desde el mismo comienzo de la utilización del contenedor como elemento para el transporte de mercaderías por mar, las Compañías Marítimas pregonaron, como argumento de venta, la gran seguridad que ofrecía el contenedor para la feliz llegada de las mismas a destino. Se disminuiría notablemente la avería de la carga, sea por roturas, mojaduras, faltantes o robos.

Para alcanzar ese resultado, el usuario debería tener en cuenta que el tipo de carga se debe adecuar al contenedor y viceversa. Hay distintos tipos de contenedores, de 20 y 40 pies de largo tipo “Box” (cerrados); estos se dividen en normales de 8 ½ pies de alto o “High Cube” de 9 1/2 pies; los hay de techo abierto (open top) que permiten la carga por arriba, también de 20 y 40 pies. Hay contenedores abiertos, tipo bandeja (“flat rack”) también de 20’ y 40’. Si la carga requiere refrigeración hay que utilizar contenedores “reefer”. También hay contenedores Tanque para cargas líquidas a granel. El exportador deberá considerar con su Forwarder (OTM) cuál es el tipo que más se ajusta a las necesidades de su mercadería.

Brown señala algunos aspectos relevantes relacionados con la seguridad: la condición o estado que presenta el contenedor, los elementos de cierre y los precintos(3).

2) Peter Brown, “Seguridad de los Contenedores”, en Quintas Jornadas Rioplatenses de Derecho Marítimo, Montevideo, marzo, 1999.

3) El contenedor debe ser revisado en detalle antes de iniciar la carga de las mercaderías. Se debe controlar el estado general del contenedor, en espe-

2. EL TRANSPORTE MULTIMODAL: UNA NUEVA MODALIDAD CONTRACTUAL

En el desarrollo de las nuevas tecnologías referenciadas en el punto anterior, la relación contractual entre el dueño de la carga y los distintos modos de transporte intervinientes (por ejemplo carretero, marítimo y ferroviario) tuvo, tradicionalmente, la siguiente configuración:

$$(C-T1) + (C-T2) +(C-T3)$$

C = cargador

T1= transportador unimodal (carretero)

T2= transportador unimodal (marítimo)

T3= transportador unimodal (ferroviario)

cial su techo para detectar la presencia de perforaciones u oxidaciones que puedan perforarse durante el viaje marítimo.

También debe controlarse el correcto funcionamiento de los elementos de cierre. En cargas delicadas, es necesario verificar que el contenedor no conserve algún olor de alguna mercadería transportada en viajes anteriores. En el ambiente cerrado de un viaje prolongado estos olores fácilmente pueden contaminar el producto transportado. Los elementos de cierre (que evitan los robos) lo constituyen las barras, manijas, alojamiento de precintos, remaches y tornillos, que son los lugares utilizados para alterar el estado del contenedor y consumir el robo, sin llegar a violar los precintos de origen. Esto se logra quitando el tornillo del pestillo del precinto; haciendo un corte en el pestillo; o removiendo el remache que une la manija a la barra de cierre. Al recibirse un contenedor para su llenado, se controle que todas estas partes estén sanas, intactas y de piezas originales. Lo mismo debe hacerse cuando se recibe el contenedor, o cuando pasa de la custodia de un transportista a otro.

En cuanto a los precintos, debe tenerse en cuenta que el objetivo primordial de éste no es tanto evitar que el contenedor sea abierto, sino delatar que hubo una violación. En este sentido, los precintos son fabricados para que se detecte a simple vista si existe una violación, además de cuidar el aspecto de la seguridad del contenedor. Ante el aumento en la frecuencia de robos en contenedores, en los últimos tiempos se han creado sistemas de herrajes que traban las puertas, uniendo ambas barras de cierre, y cerrados por un precinto numerado. Este sistema que lleva el nombre de NAVALOK ofrece mayor seguridad que el precinto habitual.

(C - T1), (C - T2) y (C - T3) representan los sucesivos contratos de transporte unimodales para llevar la mercadería desde el punto de origen hasta el de destino, “house to house”.

El cargador, entonces, debe ser parte de tres contratos, aunque en la práctica no se asuma tal carácter. En razón de la intervención de un “forwarder” o “transitario” quien actuará como su mandatario o agente para organizar el transporte y formalizar, en nombre de aquél, los respectivos contratos.

El contrato de transporte multimodal, en cambio, se configura del siguiente modo:

$$(C - OTM) = (OTM - T1) + (OTM - T2) + (OTM - T3)$$

donde:

C = Cargador; OTM = Operador de Transporte Multimodal y T1, T2 y T3 los respectivos transportadores unimodales.

Bajo esta expresión, existe un solo contrato celebrado entre el cargador y el OTM, siendo este último el que asume por cuenta y riesgo propio el transporte de la totalidad de la cadena que une los diferentes modos y la entrega en destino de la mercadería al consignatario indicado. A ese efecto, será él quien celebre los sucesivos contratos de transporte unimodales.

2.1. Consecuencias

Consecuentemente, el contrato se instrumenta en un solo documento que, entre otras ventajas, facilita la negociación de la carta de crédito abierta por el importador para pagar el precio de la mercadería adquirida en otra plaza. Anteriormente, el cargador - exportador debía esperar recibir el conocimiento de embarque (título del contrato de transporte de mercaderías por mar, emitido normalmente tras el embarque de los efectos a bordo, lo que puede producirse varios días después de la salida de la mercadería de su punto de origen), a fin de poder cobrar su crédito, todo ello con impacto en el costo financiero de la operación de compraventa.

Otra consecuencia del nuevo contrato resultan de la total responsabilidad que asume el nuevo personaje llamado OTM, por el resultado esperado por el cargador: que la carga llegue a destino y sea entregada -en el mismo estado en que fuera recibida por el primer transportador- al consignatario indicado.

Se ha simplificado, así, el cobro de una eventual pérdida, daño o retraso sufrido por las mercaderías, sobre todo cuando tales pérdidas, daños o retraso no pueden atribuirse fácilmente a uno de los modos de transporte intervinientes (daño no localizado). Si a esta circunstancia añadimos los diferentes regímenes jurídicos de cada modo de transporte, la idea de unificar el contrato bajo una sola normativa resulta a todas luces ventajosa.

2.2. Transportes sucesivos y transporte combinado

Los transportes sucesivos pueden definirse como aquellos que comienzan a ser prestados por un transportista, el cual, en uno o varios sectores del trayecto, es sustituido por otro u otros transportistas del mismo modo. Mohorade define el transporte sucesivo, combinado o no, como aquél en virtud del cual el cargador contrata con una pluralidad de transportadores el acarreo de mercaderías, en atención a que dicha obligación, cualquiera fueren las causas, no resulta asumida por un porteador único y aislado(4).

Intervienen más de un transportista para la ejecución del traslado de la mercadería, por ejemplo por vía aérea. Para las partes del contrato de transporte se trata de una operación única. La calificación de “sucesivos” se refiere al transporte y no al acto jurídico celebrado. Cada uno de los transportistas que cumplen las prestaciones convenidas se somete a las reglas contractuales inicialmente previstas y ocupa el lugar de parte en el acto respecto de las operaciones efectuadas en el sector a su cargo (5).

Los transportes combinados suponen el traslado de las mercancías por diversos modos de transporte. Videla Escalada sostiene que el principio fundamental consiste en que cada uno de los transportes parciales que los integran debe regirse por sus reglas específicas, ya que cada uno conserva su propia individualidad(6). Entre los transportistas intervinientes en primero y

4) Mohorade, Alfredo, “Transporte contemporáneo, la irrupción de los operadores”, Rey. L.L., T. 199 1-B, Secc. Doctrina, pág. 923. Destaca la complejidad que representa esta modalidad, con singulares implicancias económicas y jurídicas. V. Gómez Calero, Juan, “El transporte internacional de mercaderías”, pág. 148.

5) Videla Escalada, F. “Derecho Aeronáutico” T. III, p. 321. Para ello, expresa, “debe admitirse la existencia de una cierta representación, pues sólo así se entiende que puedan los transportistas sucesivos quedar obligados por el contrato celebrado por otra persona”.

6) Videla Escalada, F. ob. cit. pág. 326.

último término existe solidaridad, conforme el art. 292 de la Ley Argentina de la Navegación 20094. El cargador o el consignatario podrán accionar contra el transportador que recibió las mercancías o contra aquél que las entregó. Ello sin perjuicio de poder accionarse contra el transportador en cuyo trayecto se produjo la pérdida o el daño, probando su responsabilidad. Esta solución tiene reconocimiento parcial en el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo) en los artículos 10-4 y 11. Las Reglas UNCTAD-CCI, siguiendo el texto del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Multimodal Internacional tampoco introduce la solidaridad. En el régimen de la Ley de la Navegación Argentina, el documento del contrato es el “conocimiento directo”. El art. 306 de la misma establece que sus normas se aplicarán a la etapa del transporte realizado por agua(7).

3. EL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL

En el nuevo contrato de transporte multimodal, aparece un nuevo sujeto que el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercaderías (1980) denomina Operador de Transporte Multimodal. Según la propia definición que brinda el artículo 1 del citado Convenio, por OTM “se entiende toda persona que, por sí o por medio de otra que actúe en su nombre, celebra un contrato de transporte Multimodal y actúa como principal, no como agente o por cuenta del expedidor o de los porteadores que participan en las operaciones de transporte multimodal, y asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato”.

El OTM es, así, un empresario que asume la responsabilidad en forma directa y personal por la custodia de las mercancías entregadas y el transporte efectivo que se realiza a través de los diferentes modos.

Ahora no se trata del empresario que sólo asume la responsabilidad de llevar una carga de puerto a puerto, o de estación a estación de ferrocarril, o de esta última a la terminal de carga, o de ahí al cliente, empleando el

7) En el caso de faltante en el transporte sucesivo, el expedidor tiene acción contra el primer transportista, el destinatario contra el último, y ambos contra aquel en cuyo servicio se haya producido el daño, determinándose la responsabilidad solidaria de éste con el primer o último transportista según que la acción fuere deducida por el expedidor o el destinatario respectivamente (conf. CNCiv. y Com. Fed., Sala 2da. 23-8-91, “Cia. Arg. de Seg. La Estrella S.A. c/ Flying tigers y otros”, J.A. 1992 III, pág. 300).

autotransporte. Por lo tanto, es a éste y no al cargador a quien le corresponde entenderse con los porteadores y prestadores efectivos del servicio en cada segmento, conforme con las normas aplicables (leyes y convenciones específicas).

3.1. Diferencias con otros sujetos: el “forwarder” o transitario, el “common carrier” y el “non vessel operating common carrier” (NVOCC)

Ha expresado Hill que los freight forwarders (expresión utilizada en los países del “common law”) tuvieron desde sus comienzos las más amplias funciones. La mayoría de los exportadores usan los servicios de estos sujetos, los que normalmente actúan como departamentos de exportación de sus clientes. Son ellos los que hacen todos los arreglos para que la mercadería llegue a destino. Realizarán las gestiones propias del contrato de transporte marítimo, prepararán los documentos de embarque, incluso los llamados servicios adicionales como contratar el seguro de la carga, estipular el transporte local previo. Ocasionalmente, almacenarán embarques parciales(8). La expresión castellana de este sujeto es la de Transitario, término que utilizamos en los párrafos que siguen.

Cosentino los define como “la persona física o jurídica que por cuenta de terceros, con ánimo de lucro, proyecta, contrata, controla, coordina y dirige todas las operaciones necesarias para efectuar transporte de mercaderías por cualquier medio y demás servicios complementarios, haciendo de esta actividad su profesión habitual”(9).

De acuerdo con este concepto, la diferencia con el OTM está dada por la naturaleza de ambos sujetos. El transitario es un mandatario del cargador o expedidor. El OTM, en cambio, es el sujeto obligado a la ejecución de un contrato de transporte multimodal, obligación que asume por cuenta y riesgo propio. En las discusiones previas a la sanción de la “U. S. Shipping Act, 1984”, se eliminó una norma que tenía por objeto percibir que la Conferencia de Fletes bonificará al transitario con una comisión relacionada con un determinado porcentaje del flete. Consecuentemente, se puede advertir que el transitario cobrará de dos partes: del exportador o cargador que lo contrata y,

8) D. J. Hill, “Freight Forwarders”, Londres, 1972, p.4.

9) Cosentino, Eduardo, “Proyecto de ley destinada a regular al transitario”, trabajo presentado a la Asociación Argentina de Agentes de Cargas Internacionales.

eventualmente, del transportista. Esta circunstancia puede repetirse en el caso del OTM, lo cual sólo se puede eliminar mediante la publicación de tarifas por parte de las Conferencias de Fletes(10) o los transportistas individuales. Ello, toda vez que el beneficio del OTM debe tener su correlato en el beneficio del usuario. El transporte multimodal se ha expresado, abarata el costo del transporte. En esa dirección, la “comisión” (brokeragefee) encarece el valor del flete y, por tanto, aumenta dicho costo.

El “common carrier”, que puede traducirse como transportista común, es la persona que ofrece comercialmente sus servicios públicamente para proveer el transporte de carga o pasajeros. La U. S. Shipping Act, 1984 añade que asume la responsabilidad por dicho transporte desde el puerto o lugar de entrega de la carga hasta el lugar de destino y utiliza en todo o parte del transporte un buque oceánico. A su vez, el “non vessel operating common carrier” (NVOCC) que puede traducirse como el transportista no operador de buques, la misma norma lo define como un transportista común que no opera el buque por el cual el transporte oceánico ha sido llevado a cabo. Es un cargador en su relación con el transportista. Se trata de un sujeto que actúa como consolidador e intermediario entre el armador (u operador) del buque y el cargador. Es, también, un transportista que no tiene la disponibilidad del buque afectado al transporte en cuestión (11). La diferencia con el OTM resulta del compromiso que asume este último en cuanto a la ejecución del contrato de transporte, incluidos aquellos segmentos que no son marítimos. El OTM es un cargador en su relación con el NVOCC, del mismo modo que éste lo es respecto del transportista marítimo efectivo.

10) La Conferencia sobre el Comercio y el Desarrollo de las Naciones Unidas (UNCTAD), según la abreviatura inglesa, aprobó el 6 de abril de 1974 el Convenio Internacional sobre Código de Conducta de Conferencias Marítimas de Líneas Regulares. Entró en vigor el 6 de octubre de 1983. En dicho Código se establece la obligatoriedad de la publicidad de las tarifas que aplican las empresas navieras relacionadas a una conferencia de fletes. El Convenio trata de aumentar la participación de los países en desarrollo en el transporte marítimo internacional mediante una justa distribución entre la carga que generan y su transporte, garantizando el acceso a las conferencias marítimas (cartel de empresas que atienden un determinado tráfico o línea) que sirven ese tráfico.

11) “J. W. Mc Connell, Jr. “The U.S. Shipping Act of 1984”, Lloyd of London Press Ltd.1985, p, 67.

3.2. Actuación de los Operadores de Transporte Multimodal

Estos empresarios operan en todo el mundo, muchas veces son titulares de grandes consorcios de transporte de un modo determinado (empresas de transporte marítimo o de explotación de contenedores, por ejemplo la Sea Land Services Inc., Sea Containers Ltd. de Londres, Container Transport International de Nueva York, Contrans de Alemania). En EE.UU. los OTM han provenido de los armadores y de las empresas de explotación de contenedores; en Brasil han sido los transportistas por carretera quienes se han convertido en OTM; en Singapur, existe un consorcio internacional, constituido por la naviera nacional y otras de Hong Kong y Japón y una asociación de compañías belgas y francesas que cubren el transporte multimodal en Europa, Asia Sudoriental y el Lejano Oriente. En Argentina, la idea de llevar el servicio de transporte al interior del país lo cumplió -hace más de 20 años, nuestra naviera ELMA S.A. con la instalación de una terminal en la ciudad de Córdoba. Otros operadores privados (transporte terrestre) consolidan carga en el interior y la trasladan a puerto, aun cuando la inexistencia de un régimen legal todavía no los convierte en verdaderos OTM.

3.3. Reglamentación

Algunos países han reglamentado esta actividad y los OTM, deben acreditar aptitud y solvencia (en la India, en su ley de 1992 sobre Transporte Multimodal de Mercancías, se les exige demostrar un giro de doscientos mil dólares promedio en los últimos tres años); la nacionalidad y el domicilio de la sociedad o de sus integrantes, según los casos, (EE.UU., México, España y la CE, entre otros). En otros se exige el cumplimiento de determinados requisitos atendiendo al papel relevante que cumplen y las responsabilidades que asumen con los cargadores y con el interés del Estado en asegurar la mayor economía para el comercio exterior del país. La Ley 24921, según se verá en el análisis de su articulado, establece requisitos mínimos y una relativa solvencia frente

4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS QUE GENERA EL TRANSPORTE MULTIMODAL

Hemos visto las consecuencias ventajosas que aporta el revolucionario sistema de transporte de cargas unitarizadas, aprovechando la tecnología del contenedor y de los medios de transporte adecuados a dicha caja, en lo que se refiere a los aspectos contractuales. Existen, además, otras ventajas que se resumen en dos aspectos: a) la seguridad de la carga; b) mayor celeridad del transporte.

En efecto, el contenedor evita la manipulación de la carga por diferentes manos, lo cual se erige en un factor que disminuye las averías, sea la pérdida o el daño de las mercaderías. El menor riesgo, a su vez, disminuye el costo del seguro. Por su parte, se alcanza una mayor rapidez en el transporte de las mercaderías al abreviarse las estadías para la carga y descarga en los puertos y estaciones de transferencia. Esta circunstancia se encuentra vinculada con la utilización de medios mecánicos que excluyen la mano de obra de la estiba, todo lo cual también disminuye costos.

En el informe producido en la Cámara de Representantes de Estados Unidos(12), se expresó que pueden obtenerse reducciones singulares en los tiempos de transferencia cuando la carga permanece en una terminal hasta que el broker ha cumplido con toda la documentación exigida para sacar el contenedor y continuar con el subsiguiente modo de transporte. Bajo estas circunstancias, una tarifa multimodal autónoma, con un documento también autónomo, elimina automáticamente las interrupciones sobre los puntos de transferencia en el itinerario de la carga. Esta circunstancia y la reducción documentaria benefician al cargador. El documento, a su vez, puede ser utilizado ventajosamente con un propósito financiero, toda vez que -a diferencia del conocimiento de embarque- se recibe en el lugar de entrega de la mercancía, el cual puede encontrarse a una distancia considerable del lugar de efectivo embarque a bordo, lo cual implica evitar el tiempo que transcurre entre la entrega y el efectivo embarque en el puerto de partida(13).

Entre las desventajas, anotamos tres: a) el impacto económico; b) el impacto social y; 3) el debilitamiento del Estado en cuanto a su poder de regulación y aplicación de una política de transporte. Alan Branco(14) anota nueve desventajas, aunque en el balance -pensando en el Reino Unido, cuyo puerto de Tilbury se erigía en el futuro desafío para el desarrollo portuario en todo el mundo- el saldo es a favor de la nueva tecnología (Ed. Chapman and Hall, Londres, 1977, p.190 y ss.).

El primer desafío fue la adaptación a la nueva tecnología empleada que exige una infraestructura adecuada para compatibilizarla con los sistemas preexistentes (muelles, grúas pórtilco, elementos de movilización de los contenedores, buques, playas, etc.). Los costos que representa la adaptación a

12) House report Nro. 53, Part. 1; 98th Congress, 1st Session, Abril, 12, 1983, informe a cargo de Mr. Jones of North Carolina, B. Intermodalism, p. 12

13) V. punto 2.1. ut supra en coincidencia con lo expresado.

14) Branch, Alan, "The Elements of shipping", Ed. Chapman and Hall, Londres, 1978, p. 190 y sig.

las nuevas tecnologías, el menor valor o la obsolescencia que presentan bienes de uso que no han sido totalmente amortizados, constituyeron el mayor problema para los países en desarrollo. Una solución que se ha encontrado fue la de privatizar las terminales. Muchas de ellas operan hoy bajo el control de los grandes consorcios internacionales del transporte marítimo.

Normalmente, las frágiles economías de estos países no permiten una adaptación rápida y, de ese modo, se afecta su comercio exterior repercutiendo en las fuerzas productivas y en la economía en general. Por otra parte, el escaso volumen de tráfico de exportación de cargas unitarizadas (inversamente a lo que ocurre con los embarques de productos primarios, por ejemplo cereales) impide alcanzar economías de escala con el empleo de contenedores. Sin embargo, hoy es posible advertir el transporte de cargas tradicionalmente transportadas en bodega (en palets), que ahora se desplazan en contenedores, con un costo mayor de flete. El beneficio que recibe el productor disminuye en favor del transportista. Un reciente embarque de harina de maíz con destino a un país africano y puerto de desembarque en Durban, fue transportado en contenedores, con un costo que se aproximaba a más del treinta por ciento del valor de la mercadería. Si se trata de una empresa extranjera, ello implica un beneficio que no se integra en el activo de nuestra balanza de pagos. El retorno de los contenedores vacíos incrementa su costo. De allí la ventaja neta del transporte multimodal entre países desarrollados.

El impacto social lo han sufrido todos los puertos. El tradicional estibador ha sido desplazado y miles de trabajadores portuarios han engrosado la fila de los desocupados. Los requerimientos de las nuevas tecnologías exigen un trabajador altamente calificado, en un número sensiblemente inferior al demandado por los viejos modos de manipulación de cargas.

El último aspecto, probablemente resulta el más sensible. El OTM, normalmente una empresa subsidiaria de los consorcios mundiales, organizará el transporte conforme a sus intereses, que no son -necesariamente- paralelos o concurrentes con el del país que genera el comercio y el servicio de transporte relativo. La cadena del transporte será armada y efectivizada conforme a la iniciativa y el control de los medios que disponga el OTM. El histórico principio rector según el cual un país debería participar en el transporte de las mercancías que genera su comercio exterior con sus propios modos⁽¹⁵⁾, se encontrará,

15) Fue este criterio el dominante en las décadas del 60' y 70' en las Naciones Unidas (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo) cuyo fundamento era el desarrollo de los países emergentes.

prima facie, debilitado. La posibilidad de elección de aquellos por el cargador cedería en favor de los que, efectivamente, emplee el OTM cocontratante. De ello puede resultar, además, un costo mayor de los servicios que necesariamente afectará el comercio exterior de los países en desarrollo y la balanza de pagos.

Finalmente, otra consecuencia negativa asociada a la anterior, deriva de las condiciones de embarque que resultan del transporte multimodal internacional. En efecto, al trasladar al interior los puntos de origen y destino de la cadena del transporte, los OTM podrían perjudicar a los países en desarrollo donde normalmente se utilizan las cláusulas CIF para las importaciones y las FOB para las exportaciones. Dado que la elección del OTM corresponde al vendedor o comprador extranjero, los gastos adicionales a que dé lugar el transporte interior, que irán incluidos en la tarifa del operador, constituirán un elemento importante del costo total e irán, también, en perjuicio de la balanza de pagos. Lujos, estos, que un país con una abultada deuda externa debería evitar o, al menos, limitar.

5. LOS INTENTOS DE UNIFICACIÓN

El desarrollo del transporte multimodal internacional trae aparejado problemas jurídicos derivados de la aplicación de leyes y reglamentaciones, convenciones, normas procesales que difieren en los regímenes unimodales de transporte y que también tienen soluciones distintas en cada país. Se advierte, así, la necesidad y la conveniencia de una Convención que reglamente los numerosos y variados problemas que se presentan. Los antecedentes que preceden a la aprobación de esta Convención, que a la fecha no ha reunido el número suficiente de ratificaciones para entrar en vigor, nos demuestran la puja entre los países “cargadores” y los países “transportistas”, los países en desarrollo y los desarrollados, lo cual nos revela los intereses en juego y el modo en que se pretendió construir el andamiaje jurídico del nuevo contrato.

5.1. Antecedentes de la Convención de Ginebra de 1980. Intentos posteriores de unificación: Las reglas UNCTAD/CCI; PROYECTO DEL CMI presentado a UNCITRAL.

La primera iniciativa correspondió al Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), en 1965. Posteriormente, cinco años más tarde, por sugerencia de la Comisión Económica para Europa (CEE), se elaboró un proyecto tomando como base el proyecto anterior y las Reglas de Tokio, adoptadas en el Congreso del Comité Marítimo Internacional, en 1969.

A raíz de esas iniciativas, la CEE y la OMI prepararon un proyecto conjunto conocido como Convención OCM en cuya redacción, al igual que en las oportunidades anteriores no participó América Latina.

Por iniciativa del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, se decidió convocar a una conferencia conjunta a las Naciones Unidas y a la OMI sobre el transporte internacional en contenedores, en la cual se trataría el proyecto de Convención TCM. En función de esta reunión fijada para noviembre de 1972, se decidió: 1) convocar a un Grupo Preparatorio Intergubernamental; 2) preparar en la Secretaría de las Naciones Unidas un estudio sobre las consecuencias económicas de la convención, en particular para los países en desarrollo; 3) invitar a la Comisión del Transporte Marítimo de la UNCTAD, a las Comisiones Económicas Regionales y a la OMI para reexaminar el estudio de referencia.

Tanto en la UNCTAD como en las reuniones organizadas con la colaboración de la CEPAL (en Brasilia para los países de la Cuenca del Plata; en México y Centroamérica, y en Lima para el Grupo Andino), se adoptó una actitud común y definida en el sentido de considerar, de modo unánime, que el proyecto de Convención TCM era incompleto y no satisfacía las necesidades de los países en desarrollo en general, sin cuya participación fue preparado.

Se crea, entonces, un grupo intergubernamental integrado por 66 países, (de América Latina participan 11) encargado de elaborar un anteproyecto de convenio sobre transporte multimodal internacional, debiendo convocarse a una conferencia de plenipotenciarios cuando terminaran los trabajos del Grupo. Se comenzó a sesionar en 1973.

Después de seis períodos de sesiones en más de siete años de negociaciones(16), el Grupo Intergubernamental elevó su informe a la Conferencia de Plenipotenciarios que, en su segundo período de sesiones, aprobó el Convenio sobre Transporte Multimodal Internacional el 24 de mayo de 1980, con el voto de 83 países. Entrará en vigor a los doce meses siguientes, contados a partir del momento en que treinta Estados sean parte contratante.

El Convenio está precedido por un preámbulo, tiene 40 artículos y un Anexo. Su contenido se divide en ocho partes, que tratan los siguientes temas: Disposiciones Generales (Parte I); Documentación (Parte II); Responsabilidad

16) En la representación argentina se destacó el trabajo de la Dra. Marina Donato, distinguida especialista en Derecho Aeronáutico.

del operador de transporte multimodal (Parte III); Responsabilidad del expedidor (Parte IV); Reclamaciones y Acciones (Parte V); Disposiciones complementarias (Parte VI); Cuestiones aduaneras (Parte VII) y Cláusulas Finales (Parte VIII). El Anexo se refiere a “Disposiciones sobre cuestiones aduaneras relativas al transporte multimodal internacional de mercancías” (arts. 1 al 6).

El Convenio no entró en vigor y fue ratificado por solo siete países, Burundi, Chile, Georgia, Malawi, Mexico, Marruecos, Ruanda, Senegal y Zambia. Es muy probable que nunca entre en vigor. Esta circunstancia determinó que se inicien nuevas negociaciones entre usuarios y operadores, a fin de elaborar un documento tipo de transporte multimodal. En junio de 1991 se finalizó con las llamadas Reglas UNCTAD/CCI sobre los aludidos documentos. Regulan las obligaciones de las partes y la responsabilidad del OTM. Comenzaron a regir a partir del 1 de enero de 1992. Estas reglas juegan el mismo papel que, en su momento, cumplieron las Reglas de la Haya en el Transporte Marítimo: son reglas de aplicación voluntaria. En su elaboración intervino un Grupo de Trabajo que presidió el profesor Ramberg. Participó el sector privado, incluyendo armadores, cargadores y aseguradores. El texto final entró a regir a partir del 1 de enero de 1992 y, al mismo tiempo, fueron retiradas las antiguas Reglas de la CCI para Documentos de Transporte Combinado. Son de aplicación universal para el comercio y las aceptan los bancos, dada la compatibilidad con la última revisión de las UCP-500 (Reglas para Créditos Documentarios).

El régimen de responsabilidad que adoptan las Reglas UNCTAD-CCI es el de las Reglas de La Haya-Visby para transporte marítimo. Es aquí donde se encuentra el talón de Aquiles del sistema, aun cuando su aplicación depende de la voluntad de la partes.

Se ha señalado⁽¹⁷⁾ que la ausencia de un Convenio Internacional produce una dispersión normativa contraria a la uniformidad. En ese sentido, más de 20 países han decidido emprender su camino para regular el transporte multimodal. El esfuerzo de la comunidad internacional para alcanzar un sistema universal del transporte multimodal, hoy, se concentra en UNCITRAL y en los estudios del Comité Marítimo Internacional.

17) Alcántara, José María, “Estado de la Regulación Internacional sobre Transporte Multimodal”, disertación pronunciada en el coloquio sobre Transporte Multimodal Internacional, celebrado en Buenos Aires, 4 de marzo de 2002.

EL PROYECTO (BORRADOR) DEL CMI (11-12-01)

a) Se define el “contrato de transporte” con una clara connotación del modo marítimo, pero incluyendo las fases de porte anteriores o posteriores a la del transporte marítimo, siempre que tales fases de transporte estén cubiertas o comprendidas por un mismo y único contrato. Será aplicable, en consecuencia, a un transporte multimodal en el que la fase principal se lleve a cabo por vía marítima.

b) El ámbito de aplicación no se relaciona con el lugar de emisión del bill of lading o de otro documento de transporte equivalente (DT). Contempla el paper-less (EDI). En su art. 3.1 alude claramente al transporte puerta a puerta al marcar la aplicación del Convenio según el lugar de entrega y recepción de la mercadería.

c) El período de responsabilidad del porteador comprende el transcurrido entre el momento en que las mercaderías quedan bajo custodia del OTM hasta la entrega de las mismas en destino (art. 4.1.1). Según Alcántara(18), el carácter unitario del régimen de responsabilidad se fractura en los supuestos en que los otros tramos o transportes complementarios de la fase modal marítima están sujetos a otro Convenio Internacional que tenga aplicación obligatoria (mandatory) a dichos tramos de transporte. En este caso prevalecen los convenios unimodales que sean aplicables (sistema red, o network liability (art. 4.2.1). Se sigue el camino de las Reglas de Hamburgo sobre Transporte Marítimo.

d) Cuando ocurre el daño o pérdida de la mercadería y no se puede localizar el tramo donde se habría producido, el proyecto aporta una solución rigurosa consistente en situar la carga de la prueba de localización en la parte a la que le interese la aplicación del otro convenio modal y, en su defecto, se aplica el nuevo convenio. Esta fórmula de sistema red mínima, puede considerarse positiva por cuanto somete al futuro convenio cualquier reclamación por pérdida o daño cuya localización no se haya probado. Debe tenerse presente que se trata de una prueba de difícil producción para el consignatario.

e) El proyecto del CMI permitirá a los Estados que ratifiquen el futuro Convenio apartarse de su vigencia para transportes modales no marítimos mediante la ratificación de alguno de los otros Convenios (CMR, CIM-COTIF,

18) Alcántara, José María, citado en nota anterior, cuyo trabajo seguimos en el presente capítulo.

etc.); pero lo que el proyecto excluye es la desviación reguladora por vía de una ley nacional que pudiera ser aplicable al contrato de transporte, de forma que se salve toda la uniformidad internacional posible (art. 4.2.2).

f) La fórmula mínima del network liability servirá para evitar la aplicación del futuro Convenio solamente en materia de régimen de responsabilidad del Porteador, pero no evitará la acción del futuro Convenio en cuanto a todos sus demás epígrafes, aunque puedan afectar a la cuestión de responsabilidad (vgr. Jurisdicción), tema con alcance real en los países europeos ratificantes de los Convenios CMR y COTIF.

g) El proyecto admite una práctica frecuente en el tráfico de línea regular, como son los acuerdos connecting carrier. Así, permite que las partes pacten en forma expresa la realización de ciertas partes del transporte por otro porteador o porteadores. En estos casos, el transportista contractual pasará a ser agente del cargador y responde por la elección del transportista efectivo hasta el límite del uso de la debida diligencia (art. 4.3). El futuro convenio los denomina “contratos mixtos de transporte y reexpedición”.

h) El régimen de responsabilidad previsto se trata en los artículos 6 y 7. Contempla el del transportista marítimo (puerto-puerto) y el del transportador multimodal (puerta-puerta, con fase marítima). Combina principios de las Reglas de La Haya - Visby, de las Reglas de Hamburgo, del Convenio CMR y del Convenio de Budapest sobre transporte fluvial. El resultado es muy completo, ya que no solo incluye el catálogo de obligaciones del porteador (y del cargador en su sección correspondiente) sino también el principio de la culpa presunta y una lista concreta de exoneraciones o contrapresunciones.

i) El porteador, básicamente, responderá siempre por pérdida, daños y/o retraso en la entrega de las mercancías, siempre que el hecho haya ocurrido durante el período de responsabilidad, vale decir cuando estuvieron bajo su custodia, a menos que pruebe que ni él ni ninguna de las personas por las que debe responder tuvo culpa alguna en la causa, o con alcance contributivo, en la producción de la pérdida, el daño o el retraso. La regla encaja en el Art. 5.1 de las Reglas de Hamburgo y el art. IV(2)(9) de La Haya Visby, aunque el lenguaje difiere, pero tiene suficiente precisión. Debe tenerse en cuenta que no se ha contemplado el nuevo texto aprobado en Montreal (mayo, 1999) sobre transporte aéreo. En efecto, el citado Convenio contempla un doble sistema de responsabilidad: uno equivalente al tradicional del sistema Varsovia-La Haya y el otro -sin límite de responsabilidad- pone la carga de la prueba del daño en cabeza del reclamante.

En el proyecto del CMI, el transportador (presunto culpable), a fin de exonerar su responsabilidad, podrá probar alguna de las siguientes circunstancias:

1. Fuerza mayor, conflicto bélico, piratería, terrorismo, etc.
2. Restricciones de cuarentena, actos de gobierno, decisiones de autoridades públicas (incluso judiciales).
3. Actos u omisiones del cargador, el controlling party o el destinatario.
4. Huelgas, cierres patronales, restricciones laborales.
5. Salvamento, salvamento de vidas humanas y propiedades en el mar.
6. Vicio propio, defectos, naturaleza inherente a las mercancías.
7. Insuficiencia o deficiente estado del embalaje o marcas.
8. Vicios ocultos no posibles de descubrirse en un primer examen.
9. Manipulación, carga, estiba y descarga de la mercancía.
10. Actos del porteador o del performing party...en relación con sus facultades para destruir la mercancía a fin de evitar daños a las personas, a propiedades o al medio ambiente.
11. Desviación razonable.

La lista que precede, según se advierte, es demasiado amplia y aun está por decidirse si estas causas tendrán valor de contra presunción, es decir, de eliminar la carga probatoria del art. 6.1 o de auténticas exoneraciones, en cuyo caso nos aproximaremos mucho a las Reglas de La Haya-Visby, con la excepción de la supresión de la “falta náutica”. El tema será debatido en el seno de UNCITRAL, del mismo modo que el alcance de la responsabilidad por retraso y los cálculos de limitación de responsabilidad.

j) Para los efectos intermodales, interesa destacar que otros porteadores efectivos incluidos en la definición de performing party tendrán derecho a hacer uso de las mismas defensas y limitaciones que el porteador contractual tiene

bajo el proyecto para los supuestos de acciones dirigidas en vía extra contractual (Regla Himalaya).

5.2. El transporte multimodal en América Latina.

A partir de la década del 60 comienzan a insinuarse mecanismos de integración jurídica, asociados a proyectos de integración física. La formación de nuevos bloques regionales y subregionales constituye la dinámica de la época actual. Se desarrollan interconexiones bioceánicas como vinculaciones fronterizas e intrazonales que propenden a la integración de la cadena del transporte, vale decir al desarrollo del transporte multimodal. Consecuentemente, aparece la necesidad de contar con una legislación regional, susceptible de armonizar o reemplazar a las legislaciones nacionales mediante el proceso de unificación que se logra a partir de normas comunitarias.

Esta actividad se desplegó en tres foros: 1) Reunión de Ministros de Obras Públicas y Transporte de los Países del Cono Sur, transformada más tarde en la Conferencia de Ministros de Transporte, Comunicaciones y Obras Públicas de América del Sur; 2) en la Reunión de Ministros de Transportes, Comunicaciones y Obras Públicas de los países miembros del Acuerdo de Cartagena y; 3) en el MERCOSUR.

En noviembre de 1996, mediante Resolución 23 (III), la Conferencia de Ministros de Transportes, Comunicaciones y obras Públicas de América del Sur, aprobó el Acuerdo Regional. Los ministros asumieron el compromiso de realizar las gestiones pertinentes ante sus gobiernos para que ese acuerdo sea suscripto al amparo del Tratado de Montevideo de 1980, como acuerdo de alcance parcial (AAP) de ALADI.

En cuanto a la Reunión de Ministros de los países miembros del Pacto Andino, aprobaron dos resoluciones: V.90 Transporte Multimodal y VI.142 Apoyo al Transporte Multimodal en la Región. Se trataba de implementar políticas y acciones tendientes a mejorar, ampliar y modernizar la capacidad de la infraestructura y la prestación de servicios de transporte y comunicaciones cuya insuficiencia y altos costos actuales impedían la rápida y segura vinculación entre los centros de producción y de consumo, así como la eficiente circulación de mercaderías, afectando la competitividad del mercado subregional(19).

19) Acuerdo de Cartagena. Junta; Transporte Multimodal, JUN/dt 353, 26 de junio de 1992, Luraschi, Hugo: "El Transporte Multimodal", ALADI/

Por último, el Tratado de Asunción (MERCOSUR), durante la VII Reunión del Consejo del Mercado Común (CMC), se aprobó en Ouro Preto la decisión 15/94 cuyo contenido es el Acuerdo de Transporte Multimodal en el ámbito del MERCOSUR. El 30 de diciembre de ese año, los plenipotenciarios de los cuatro países signatarios protocolizaron en la sede de ALADI, en Montevideo, el citado acuerdo. A partir de entonces, el convenio se denominó Acuerdo de Alcance Parcial para la Facilitación del Transporte Multimodal de Mercancías.

6. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS PRINCIPALES INSTITUTOS DE LA CONVENCIÓN DE GINEBRA, DEL ACUERDO SOBRE TRANSPORTE MULTIMODAL DEL MERCOSUR, DE LAS DECISIONES 331 Y 393 DEL ACUERDO DE CARTAGENA Y DE LA LEY 24921.

Revisaremos, sucintamente, los principales institutos de la Convención sobre Transporte Multimodal de 1980 (la Convención), el Acuerdo sobre Transporte Multimodal en el Ambito del Mercosur (el Acuerdo) y la Ley Argentina 24921 (la Ley).

6.1 Disposiciones Generales

En el art. 1 de la Convención se dan las definiciones de los términos empleados en el Convenio. Así, la de “transporte multimodal internacional”, “operador de transporte multimodal”, “contrato de transporte multimodal”, “documento de transporte multimodal”, “consignatario”, “mercancías”, “convenio internacional”, “ley nacional imperativa” y “expresión por escrito”. También en el Acuerdo se dan definiciones equivalentes, y se añaden algunos conceptos novedosos: “destinatario”, persona a quien se le envían las mercaderías, a diferencia del consignatario que, según la definición dada en el mismo artículo, es la persona autorizada a recibir la mercadería del OTM. Solución, esta última, equivalente a la de la Decisión 331. Se trata de una distinción que puede generar confusión; “tomar bajo su custodia”, según la cual se trata del acto de colocar físicamente las mercaderías en poder del OTM, con la aceptación del mismo en transportarlas; “entrega de la mercadería”, el acto por el cual se ponen -por parte del OTM.- a disposición del consignatario, de conformidad con el contrato de TM y con las leyes y los usos y costumbres del comercio imperantes en el lugar de entrega; “Organismos Nacionales Competentes”, “Unitarización”, “Derechos Especiales de Giro” y

sec/Estudio 92, del 21 de febrero de 1992; Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, año IX, N° 129, lima, 11 de marzo de 1993, Decisiones 331 y 393.

“Consolidación de Mercaderías”, son los restantes términos y frases que se definen, a nuestro criterio innecesariamente.

En la Ley, se incorporan nuevos conceptos: “Estación de transferencia o interfases”, “Terminal de cargas”, “Unidad de carga” y “Bulto”. Son definiciones que, a nuestro criterio, pudieron omitirse por innecesarias.

El concepto de transporte multimodal internacional (art. 1 del Convenio) que, según se ha visto, es el porte de mercancías por dos modos diferentes de transporte por lo menos, en virtud de un contrato de transporte multimodal, desde un lugar situado en un país en que el operador de transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia hasta otro lugar designado para su entrega situado en un país diferente, es análogo al concepto que luce el Acuerdo y en la Decisión 331. Resulta válida la aclaración final según la cual “las operaciones de recogida y entrega de mercancías efectuadas en cumplimiento de un contrato de transporte unimodal, según se definan en ese contrato, no se considerarán un T. M. Internacional, aun cuando esas operaciones, incluidas las de consolidación y desconsolidación, almacenaje y manipulación pueden estar comprendidas dentro del contrato (la Ley, inc. a del Art. 2).

De este modo, si en un contrato de transporte marítimo se ha establecido que el transportador se hará cargo de tomar las mercaderías en un lugar determinado (p. ej. en una terminal ferroviaria, empleando camiones para dicho traslado), esta última circunstancia no cambia la naturaleza del contrato unimodal citado.

En cuanto al término “por escrito”, el Convenio especifica que queda comprendido el telegrama y el telex, expresiones del grado tecnológico circunstancial, superado por nuevos modos de comunicación electrónicos como el facsímil o fax, unido al empleo de sistemas computarizados o correo electrónico de extensión universal. El Acuerdo, en su art. 3 se limita a señalar que el documento se “emitirá por escrito”; en el mismo sentido del art. 1 y 3 de la Decisión 331 (autoriza la firma manuscrita, impresa en facsímil, perforada, estampada, en símbolos o registrada por cualquier medio mecánico o electrónico). En cambio, la Ley nada expresa específicamente al respecto (ref. art. 3º), Aunque en el art. 5º inc. o) introduce la obligación de insertar la firma del OTM. El art. 6º reitera la misma exigencia, lo cual no sería congruente si no se tratara de un documento escrito y remite a la reglamentación en cuanto a la oportunidad, condiciones y características para el uso de documentación electrónica, añadiendo una consideración innecesaria: que debe garantizarse la seguridad jurídica.

El Operador de Transporte Multimodal

La definición del Convenio sobre el OTM destaca dos características: a) que actúa como principal, no como agente o por cuenta del expedidor; y b) que es el obligado directo del cumplimiento del contrato. Es el criterio que sigue tanto la Ley como el Acuerdo. De conformidad con el Convenio (art. 4º), los Estados tienen derecho a reglamentar esta figura y controlarla en el ámbito nacional. En cambio, la Decisión 331 se limita a caracterizar a esta figura a partir de su obligación fundamental: que asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato, en calidad de porteador.

En oportunidad de analizarse el Proyecto, el Grupo Preparatorio Intergubernamental discutió el concepto del OTM. En aquella oportunidad (cuarto período de sesiones, noviembre de 1977), el Grupo de los 77 (países en desarrollo) sostuvo que “es la persona natural o jurídica, de carácter público o privado que, teniendo la necesaria capacidad técnica, comercial y financiera, se hace responsable de la organización y ejecución del transporte multimodal internacional, de conformidad con la legislación del país en que opera y con las disposiciones del presente Convenio” (conf. documento TD/B/ 682, pág. 17) y luego agregaba que éste actuaba como principal, no como agente del expedidor ni en representación suya ni de los porteadores que participan en las operaciones multimodales, y que asume la responsabilidad del cumplimiento del contrato.

La Ley, en el capítulo X, bajo el título de “Registro de operadores de transporte multimodal”, establece el deber de inscripción ante “la autoridad nacional competente, en el área de transporte”. Establece los requisitos para dicha inscripción, de modo análogo a la figura del “armador” en la ley argentina 20094, para lo cual debe estar domiciliado en el país o tener una representación legal en el mismo. Debe acreditar y mantener un patrimonio mínimo en bienes registrables equivalente a \$100.000. si se trata de una sociedad, estar inscrita en la Inspección General de Justicia y si es comerciante encontrarse matriculado. Se le impone estar inscripto como “agente de transporte aduanero” y como operador de contenedores, aunque podrá suplir dicha inscripción con la presentación de un apoderado general que ya estuviere inscripto. Por último, debe contar con una póliza de seguro que cubra su responsabilidad civil en relación a las mercaderías bajo su custodia (conf. Arts. 49, 50 y 51). Puede observarse que la exigencia patrimonial de bienes registrables, además de ser baja en relación a la responsabilidad que asume frente a los cargadores o expedidores, se establece en pesos, mientras que para determinar los límites de responsabilidad, se establece una unidad de cuenta (pesos argentinos oro,

conforme al art. 24). A su vez, el riesgo que traslada al asegurador es significativamente limitado. No se relaciona con su responsabilidad total como OTM, sino al valor del las mercaderías mientras se encuentran bajo su custodia. La Decisión 331 en su capítulo IV (modificada por la Decisión 393), establece los requisitos del OTM para el ejercicio de su actividad. Debe tratarse de una persona con capacidad legal de conformidad con el país donde solicita el registro, contar con representación legal suficiente y domicilio establecido en el país miembro como en los demás países miembros en los cuales pretenda operar⁽²⁰⁾. Debe contar con una póliza de seguro, “cobertura permanente de un club de protección e indemnización u otro mecanismo de carácter financiero que cubran el pago de las obligaciones por la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de la mercancías y mantener un patrimonio mínimo equivalente a 80.000 DEG u otorgar una garantía equivalente (conf. art. 31).

De acuerdo con el documento TD/B/682 citado ut supra, habría que tener en cuenta los siguientes elementos:

- a) la responsabilidad civil del OTM en el ejercicio de su profesión;
- b) La responsabilidad por el daño o la pérdida de la carga;
- c) La responsabilidad del OTM en relación con las obligaciones aduaneras y otras disposiciones del país en que opera (para hacer frente a sus responsabilidades ante la Aduana, el OTM deberá prestar una caución o fianza en el país respecto del cual tenga obligaciones potenciales de esta naturaleza); y
- d) La responsabilidad del OTM en relación con los daños ocasionados a terceros (se rige por la legislación del país en que tales daños puedan ocurrir).

Volveremos sobre algunos de estos aspectos al tratar el régimen de responsabilidad.

Ambito de aplicación

El ámbito de aplicación del Convenio queda reducido a que el expedidor o el consignatario haya entregado las mercancías en custodia al OTM o recibido

20) En la Decisión 393 se añade que cada país miembro deberá crear un Registro de Operadores de Transporte Multimodal en el que se inscribirán las personas naturales o jurídicas que hayan sido autorizadas. La inscripción en un país miembro autoriza a operar en los restantes.

la mercancía del OTM, respectivamente, en un Estado Contratante. Se advierte, así, que la circunstancia de haber formalizado el contrato en un país no contratante no obstaría a la aplicación del Convenio si la mercancía fue entregada al OTM en un Estado Contratante. Lo que es importante resaltar es que siempre debe tratarse de que el transporte multimodal se cumpla entre lugares situados en dos Estados (ref. art.2).

La Decisión 331 añade a su ámbito de aplicación a “todos los OTM que operen entre países miembros o desde un país miembro hacia terceros países y viceversa. Sin embargo, establece que tal criterio, bajo ninguna circunstancia, implica restricción alguna a las facilidades que los países se hayan otorgado o se otorguen entre sí, mediante acuerdos o tratados bilaterales o multilaterales. Nada más opuestos a la búsqueda de un criterio de uniformidad.

El Acuerdo, que sigue el mismo criterio que el Convenio, establece que será aplicable cuando el lugar donde el OTM recibe las mercaderías bajo su custodia esté situado en un país signatario o, cuando entregue las mercaderías al consignatario, también dicha operación se cumpla en un país del Mercosur (art. 2).

La Ley, en cambio, dispone que será aplicable cuando se trate de un transporte multimodal dentro de sus fronteras o “cuando el lugar de destino previsto contractualmente por las partes se encuentre situado en jurisdicción de la República Argentina” (art. 1). Resulta evidente, entonces, que existe un conflicto sobre la ley aplicable, toda vez que según el Acuerdo deberían aplicarse sus normas y, según la Ley, sería aplicable la norma argentina. Pensamos que la ley Argentina es aplicable cuando se trata de un transporte multimodal que opera fuera del Mercosur. No lo sería cuando el contrato se celebra en uno de los países del Tratado de Asunción, siempre que existiere en el documento de transporte multimodal la expresa mención que remite a sus normas, prescripto en el artículo 40 del Acuerdo. Se trata del principio de prevalencia de las normas que emanan de los Tratados, según la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22, según el cual, “Los Tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” y el inc. 24 del mismo artículo, que señala, entre las funciones del Poder Legislativo, “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicciones a organizaciones supra estatales en condiciones de reciprocidad e igualdad... Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes). Sin embargo, de acuerdo con el Protocolo de Ouro Preto, las normas del derecho comunitario no tienen aplicabilidad directa en los derechos internos de los Estados Parte. El art. 40 del Protocolo de Ouro Preto establece que una vez aprobada una norma

emanada de un órgano del Mercosur, “los Estados Partes adoptarán las medidas necesarias para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional”(21). Esta norma abre la polémica alrededor de la vigencia en nuestro país de la doctrina monista (incorporación automática al Derecho Interno) o de la dualista que requiere la decisión parlamentaria para su ingreso al derecho positivo. Si se entendiera que la incorporación del Acuerdo proviene de un órgano del Mercosur y que se adoptó como un acuerdo de alcance parcial de la ALADI, su jerarquía sería superior a la Ley y, por tanto, su artículo 1º opera en los contratos de transporte multimodal que se celebren fuera del ámbito del Mercosur y tengan lugar de destino previsto contractualmente en nuestro país(22).

21) Se ha expresado que la interacción del régimen jurídico propio de los Derechos Locales y del Mercosur tiene significativa importancia para las partes de un contrato. Alterini señala con acierto: “Todos tienen necesidad de conocer de qué facultades disponen como tales; cuál es su capacidad para celebrar actos jurídicos; qué influencia tiene el estado civil; cuáles son las derivaciones jurídicas de sus contratos; en qué circunstancias y con qué consecuencias están en situación de hacer negocios o inversiones, enlazar relaciones asociativas, ser prestadores o dadores de trabajo o de servicios, comprar o vender, tomar o dar suministros, otorgar derecho a la distribución de mercaderías, conferir franchising, contratar factoring, pedir garantías, contratar seguros, emplear títulos de crédito, transportar, transferir tecnología, responsabilidad fiscal, etc., etc.. Un principio de solución, agrega, resultará naturalmente de la armonización de las distintas legislaciones nacionales”. Es, precisamente, lo contrario de lo que se ha establecido en el artículo 1 de la ley 24924 (v. Feldstein de Cárdenas, Sara L. “Jurisdicción Internacional -en materia contractual-”. Prologado por el Dr. Anibal Alterini, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 18). Con relación a la vigencia del Acuerdo, también nos remitimos a lo expresado en la segunda parte de este trabajo (parágrafo 2 y nota al pie de página).

22) Este criterio lo abona el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, al establecer que las normas emanadas del Mercosur (decisiones del Consejo del Mercado Común, resoluciones del Grupo Mercado Común y directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur) tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país (V. Aguirre Ramírez, Fernando y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, en ob. cit. nota 1, pág. 50).

El Convenio -en caso de encontrarse en vigor- es de cumplimiento obligatorio cuando se ha celebrado dentro de las premisas que comentamos en el párrafo anterior. Sin embargo, ninguna disposición del Convenio afectará el derecho del expedidor a elegir entre el transporte multimodal y el transporte segmentado (ref. art. 3), solución innecesaria por obvia. A su vez, el art. 28 dispone el carácter de orden público de sus cláusulas y la nulidad de aquellas que transgreden disposiciones precisas. El OTM puede, en cambio, aumentar su responsabilidad (id. Art. 4 y 32 del Acuerdo). La Ley dispone la nulidad de las cláusulas que exoneren o disminuyan la responsabilidad del OTM (ref. art. 31). En sentido equivalente, el art. 26 de la Decisión 331.

El art.4 del Convenio constituye una salvaguardia de los Estados en cuanto a la validez de las normas internas o de Convenios Internacionales en que hayan sido parte. En tal sentido se les otorga amplias facultades de reglamentación y contralor de las operaciones de transporte multimodal y de los OTM. Estos últimos deberán cumplir las leyes aplicables del país en que opere y las disposiciones del Convenio. El Acuerdo, por su parte, reconoce a los Organismos Nacionales Competentes, encargados de habilitar, registrar y controlar a los OTM, otorgándoles un certificado de registro que les permitirá operar en los países del Mercosur (conf. inc. 1 del art. 1 y art. 25; art. 49 y ss. de la Ley). En el mismo sentido la Decisión 331. Como contrapartida, esta Decisión dispone la prevalencia de la norma internacional sobre transporte multimodal. En efecto, en su art. 27 expresa que “las disposiciones provenientes de convenios internacionales aplicables al contrato de transporte multimodal prevalecerán sobre lo dispuesto en la presente Decisión”.

6.2 Documentación

El documento emitido por el OTM, de conformidad con el Convenio, podrá ser, a elección del expedidor, negociable o no negociable. La firma del documento podrá ser manuscrita, impresa en facsímil, perforada, estampada, en símbolos o registrada por cualquier otro medio mecánico o electrónico, en tanto ello no sea incompatible con las leyes del país en que se emita el documento relativo. La Decisión 331 sigue las mismas aguas. El Acuerdo y la Ley no contemplan las distintas modalidades de la firma, aunque añade que puede ser suscrito por el OTM o por la persona efectivamente autorizada. La Ley añade que debe estar registrada en el Registro de OTM.

El Convenio dispone que en caso de emitirse un juego de varios originales, se indicará el número de originales de que consta cada juego. El OTM queda liberado de su obligación de entregar las mercancías si, habiéndose

emitido el documento de transporte multimodal en aquella hipótesis, el operador o la persona que actúe por cuenta de éste, ha entregado de buena fe las mercancías contra devolución de uno de esos originales. La Ley sigue el mismo criterio, debiendo indicarse en el cuerpo del documento el número de originales que componen el juego, debiendo constar en cada uno de ellos la leyenda “Original”. Si se emiten copias, cada una de ellas deberá llevar la mención “Copia No Negociable” (art. 4).

En el art. 8 del Convenio se establece el contenido del documento. En este aspecto, no difiere de un conocimiento de embarque, salvo el flete correspondiente a cada modo de transporte, si ha sido acordado expresamente por las partes, incluida la moneda de pago, en la medida en que deba ser pagado por el consignatario, o cualquier otra indicación de que el flete ha de ser pagado por el consignatario. En todo caso, la indicación de los fletes de los transportes unimodales, como del itinerario establecido, los modos de transporte y los puntos de transbordo previstos pueden ser o no contemplados, por haberse convenido o por conocerse al tiempo de emisión del documento (art. 8). La Decisión 331, en sentido semejante, en el art. 4. La Ley agrega una solución que si bien se refiere a una función tributaria, no es suficientemente clara: “El flete convenido (mencionado en el documento), desglosándose los tramos internos o domésticos de los tramos internacionales, a los efectos del cálculo de la base imponible para el pago de aranceles y tributos” (inc. m del art. 5). La dificultad aparece al considerarse la efectiva posibilidad de desglose (caso de tráficos fluvio marítimos o aéreos que se inician en puntos del interior del país).

El Acuerdo, por su parte, dispone que la forma y contenido del “Documento o Conocimiento de Transporte Multimodal” serán las que se aplican al transporte multimodal vigentes y reconocidas internacionalmente, y deberá ser fechado y firmado por el OTM o por la persona que lo represente.

Las cláusulas de reserva, según el Convenio, son admisibles (presunción *iuris tantum*) si el OTM (a) tiene motivos razonables para sospechar que los datos no representan con exactitud las mercancías que ha tomado bajo su custodia; y (b) carece de medios razonables para verificar esos datos. El Acuerdo, en cambio, otorga mayor latitud a las cláusulas de reserva: “El OTM podrá incluir reservas en el Conocimiento o Documento cuando considere inexacta la descripción de la carga (marcas, números, cantidades, pesos, etc.) hecha por el expedidor, o cuando éstas o su embalaje no se presenten en perfectas condiciones físicas de acuerdo con las necesidades peculiares de cada modalidad a ser utilizada en el transporte” (20 párrafo del art. 5). Pareciera que se ha incurrido en error al considerar las observaciones que se formulan al

estado aparente que presenta la carga o su embalaje que recibe el OTM (el conocimiento deja de ser “limpio”) con el concepto de cláusula de reserva según la doctrina y jurisprudencia dominante⁽²³⁾. La Decisión 331 autoriza las cláusulas de reserva cuando, por ejemplo, se haya incluido en el documento “peso, naturaleza y número declarados por el cargador; contenedor llenado por el cargador u otras expresiones análogas”. Añade que no se admite prueba en contrario si el documento de transporte multimodal ha sido transferido o si el mensaje de intercambio electrónico de datos equivalente ha sido transmitido al consignatario que ha acusado recibo y ha procedido de buena fe basándose en él (conf. art. 5). La Ley, en su art. 9, combina parcialmente ambos criterios, el que reconoce la doctrina más autorizada, y el que contiene el Acuerdo y la Decisión 331, redactada de la siguiente forma: “Cuando la mercadería o el embalaje no presentaren adecuadas condiciones físicas de acuerdo con las necesidades propias de la mercadería y las exigencias legales de cada modalidad a ser utilizada en el transporte”. No se alude al caso de transferencia del documento.

A su vez, si el OTM no hace constar en el documento el estado aparente de las mercancías, ni introduce reservas, se considerará que ha indicado en el documento que las mercancías se hallaban en buen estado aparente (art. 9 del Convenio; art. 8 de la Ley).

Estos regímenes coinciden que el documento establece la presunción “iuris tantum” que el operador ha tomado bajo su custodia las mercancías como aparecen descritas en dicho documento. Sin embargo, el OTM no podrá probar en contrario, si el documento ha sido transmitido a un tercero de buena fe (documento negociable), incluido el consignatario.

La Ley introduce también la posibilidad de introducir en el documento el valor declarado de la mercancía, que constituye una presunción iuris tantum. Establece, además, que son válidas las cartas de garantía siguiendo el criterio de la ley argentina 20094 (art.300) que limita dicha validez a las partes del contrato, siendo inoponibles a terceros. Genera dudas interpretativas la norma de la Ley que alude a “terceros de buena fe”.

6.3 Obligaciones de las partes

El Convenio dispone que el OTM y el Expedidor o Cargador son responsables en cuanto a las informaciones que suministren sobre las

23) Montiel, Luis B. “Curso de Derecho de la Navegación”, Ed, Astrea, Buenos Aires, 1979, p.306 y ss.

mercancías que se consignan en el documento. El primero, en caso de proceder dolosamente, pierde el derecho a limitar su responsabilidad frente a cualquier pérdida, daño o gastos que haya sufrido un tercero, incluido el consignatario, por haberse basado en la descripción de las mercancías que figuraban en el documento emitido. El segundo, por su parte, indemnizará al OTM de los perjuicios resultantes de la inexactitud o insuficiencia de los datos proporcionados respecto de la mercadería entregada. El hecho de que hubiera transferido el documento no lo exime de responsabilidad (art. 12). En cambio, tanto el Acuerdo, como la Decisión 331 y la Ley, sólo se refieren a la responsabilidad del expedidor en este aspecto (art. 20 del Acuerdo y art.33). Creemos que la omisión es injustificada.

En los arts. 14 de la Ley y 8 del Acuerdo y mismo artículo de la Decisión 331, se establece las personas que están facultadas a recibir las mercaderías que entrega el OTM. Se trata de una norma innecesaria, dado que las soluciones que consagra son obvias (persona que presenta el documento original cuando se haya emitido al portador; persona que presente el documento endosado cuando haya sido emitido en forma negociable a la orden y persona determinada cuando haya sido emitido a nombre de dicha persona con comprobación previa de identidad).

6.4 Régimen de responsabilidad

Más allá de las soluciones propias que se han alcanzado a nivel internacional, regional y nacional, existe un común denominador a todos los regímenes revisados. El principio general o dominante es el de la responsabilidad del porteador durante el período en que la mercadería se encontró bajo su custodia. Pero donde aparece una sustancial diferencia con el régimen de la responsabilidad prevista en el derecho común, es en cuanto al régimen de las exoneraciones que autoriza a favor del porteador, como en el sistema de limitación que lo favorece.

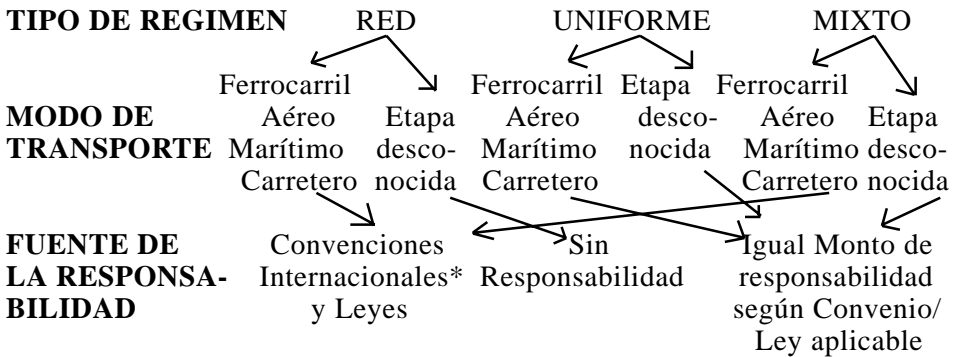
La responsabilidad del OTM nace cuando toma bajo su custodia la mercadería que le entrega el cargador; finaliza al tiempo de su entrega al consignatario (ref. art. 14 del Convenio; art. 6 del Acuerdo y de la Decisión 331 y art. 15 de la Ley(24)). La Ley dispone que la entrega será a las personas

24) Esta norma añade que dicha entrega debe ser “de conformidad con el contrato de transporte multimodal, las leyes y los usos y costumbres imperantes en el lugar de entrega” (conf. Art. 15 in fine). No se entiende la necesidad de haber incorporado a las leyes y los usos y costumbres del lugar de

innecesariamente indicadas en el art. 14, tal como se expresó ut supra. Se trata, en todos los regímenes, de una responsabilidad subjetiva, limitada e imperativa.

Dado que el transporte multimodal comprende diferentes modos de transporte, ya en las sesiones del Grupo Intergubernamental que elaboró el proyecto de convenio, se estudió la conveniencia de establecer un sistema unitario de responsabilidad o un sistema que respetara los regímenes internacionales unimodales vigentes. Obviamente, un sistema unitario simplifica el sistema, pero presenta problemas difíciles de resolver frente a las leyes y convenciones internacionales aplicables a los transportes unimodales; toda vez que éstos tienen límites de responsabilidad diferentes que están cubiertos en el mercado asegurador internacional, respondiendo a criterios económicos. Por esta razón, sin ser el sistema más conveniente, se adoptó el denominado “red” modificado (en el gráfico que sigue se individualiza como “mixto”), o sea que, en principio, frente al daño localizado se responde según el sistema de responsabilidad previsto para el respectivo modo de transporte (ley o convenio internacional) donde se produjo el daño.

Régimen de Responsabilidad(25)



* Convenio Internacional relativo al Transporte de Mercancías por Ferrocarril (CIM), Berna, 1970; Convenio relativo al Contrato de Transporte

entrega. La ley siempre habrá de tenerse en cuenta. En cuanto a la remisión a los usos y costumbres, valga tener en cuenta que en otra jurisdicción podrían tener otro alcance (por ejemplo en cuanto al orden de prelación como fuente de derecho).

25) Informe de la Secretaría de la CNUCD (UNCTAD) sobre el régimen de responsabilidad, Ginebra, 1978.

Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), Ginebra, 1956; Convenio de Varsovia (transporte aéreo), 1929 y su Protocolo de La Haya, 1955; Convención sobre Transporte de Mercancías por Mar, Hamburgo, 1978 (Reglas de Hamburgo). Con posterioridad, se pueden añadir otros instrumentos internacionales, como el Convenio de Budapest sobre el Transporte en aguas interiores.

Debe distinguirse, así, según que el daño se verifique en un segmento determinado de la cadena del transporte, o bien que no haya podido determinarse; tal el caso del daño oculto.

En el Convenio el sistema adoptado es el mixto, con solución equivalente a la de las Reglas de Hamburgo (debiendo probar el OTM para exonerarse que fueron adoptadas todas las medidas razonables para evitar el hecho y sus consecuencias, se trate de pérdida, daño o retraso). Vale recordar el criterio que sostiene Tamayo Jaramillo(26) cuando expresa que si al transportador se le exigiera demostrar que tomó todas la medidas necesaria para evitar el daño, entonces dicha prueba sería imposible una vez que ha ocurrido el mismo, pues no se hizo lo necesario para evitarlo. Tomar las medidas necesarias para evitar el daño es impedir que se produzca, y si éste se produce, fue porque no se hizo lo necesario para evitar su realización. En consecuencia, tratándose de que el porteador asume una obligación de resultado, la solución jurídica es que se exime cuando prueba el caso fortuito o la fuerza mayor.

En la Decisión 331, el OTM debe probar que no medió culpa personal ni de sus dependientes, agentes, etc. Se sigue, básicamente, los lineamientos de un sistema semejante a las Reglas de Hamburgo de 1978 para el Transporte Marítimo, con un régimen de responsabilidad fundado en el factor subjetivo, llevando a primer plano la causal de exoneración del transportador marítimo consistente en la falta de culpa prevista en la Convención de Bruselas de 1924 (art. 4, inc. 2-q). Más adelante, introduce causales de exoneración específicas del transporte acuático cuando el daño o la pérdida o el retraso se produjo durante ese transporte. Introduce, de ese modo, la culpa náutica y el incendio en los términos previstos en las Reglas de La Haya-Visby, A su vez, si la pérdida o el daño resultan de la innavegabilidad del buque, el OTM puede exonerarse si prueba que se ha empleado la debida diligencia para poner el buque en estado de navegabilidad al comienzo del viaje. Se trata de la solución prevista en las Reglas UNCTAD-CCI (conf. art. 5.1 y 5-4). El acuerdo trae

26) Tamayo Jaramillo, Javier, Contrato de Transporte, Ed. Temis, Bogotá, 1991, pág. 388.

una solución distinta: la culpa presumida del OTM frente al daño, la pérdida o el retraso, con posibilidad de exonerarse mediante la prueba de que tales hechos ocurrieron por: a) culpa del expedidor o del destinatario, incluyendo agentes, representantes o apoderados; b) vicio propio u oculto de la carga; c) fuerza mayor o caso fortuito; d) huelgas, motines o lock outs; y d) dificultades impeditivas del transporte u otros actos fuera del control del OTM, no existiendo otra forma de cumplir el contrato. Los últimos causales constituyen típicos casos de fuerza mayor y, por tanto, no necesitaban explicitarse.

La Ley, tras largos debates parlamentarios, establece la responsabilidad del OTM sobre la base de una incumplida obligación de garantía, independiente del criterio subjetivo de culpa, en tanto asume los riesgos inherentes al transporte, eximiéndose de responsabilidad cuando aquellos son extraños a la actividad y, en consecuencia, interruptivos del nexo causal (conf. art. 17). Zucchi⁽²⁷⁾ la norma y sostiene que la responsabilidad del OTM tiene fundamento en el opus que garantiza, sin importar su inculpabilidad, en tanto asume los riesgos inherentes al transporte, eximiéndose de responsabilidad cuando aquellos son extraños a la actividad y, en consecuencia, interruptivos del nexo causal. Por tanto, subraya, tratándose de una obligación de resultado, no debiera admitirse la excusa absolutoria por ausencia de culpa, admisible únicamente en las obligaciones de medio.

A pesar del criterio expuesto, el art. 21 de la Ley contempla exoneraciones específicas a favor del OTM en el caso de daños no localizados. Así, introduce una serie de causales que responden a una casuística, al menos, novedosa: a) vicio propio de la mercancía; b) defectos o deficiencias de embalaje que no son aparentes; c) culpa del expedidor, consignatario o propietario de la mercadería o de sus representantes; d) caso fortuito o fuerza mayor, añadiendo que el transportador deberá probar que él o sus representantes han adoptado todas las medidas para evitar el daño producido; e) huelgas, motines o lock out efectuados por terceros y, f) orden de autoridad pública que impida o retrase el transporte (conf. art. 21). Valga recordar que en el proyectado código argentino que unificaba la legislación civil y comercial, una redacción más escueta relacionada con la responsabilidad del porteador consolidaba una línea doctrinaria ajustada a los principios generales del derecho: “El transportista responde por la pérdida o daño de la cosa si no prueba la incidencia de una causa ajena, incluido el vicio propio de la

27) Zucchi, Héctor A. en Régimen del Transporte Multimodal, (Estudio crítico de la Ley), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 75.

cosa” (28). Las causales contempladas en los incisos c) y f) -crítica que observamos de idéntico modo en el texto del Acuerdo- debieran haber quedado subsumidas en las del inciso d), vale decir asociadas, a la prueba del casus, incorporando los requisitos de imprevisibilidad y de irresistibilidad que definen su alcance.

Veamos, ahora, en particular, el quantum de la limitación a la responsabilidad del OTM que arbitran los distintos esquemas.

Frente a los daños localizados, el Convenio nos remite al sistema que se aplica en el modo de transporte en el que tuvo lugar el evento dañoso (convenio internacional aplicable o ley nacional imperativa) si éste es mayor, o al monto o quantum establecido en el mismo Convenio en los párrafos 1/3 del art. 18 (daños no localizados). Dicho monto es de 920 DEG por bulto o 2,75 DEG por kilo de peso bruto de las mercaderías perdidas o dañadas. Cuando el transporte multimodal no incluye -de conformidad con el contrato- el porte de mercaderías por mar y vías de navegación interior, la responsabilidad del OTM estará limitada a una suma que no exceda de 8,33 DEG por kilogramo de peso bruto de las mercaderías perdidas o dañadas. La Decisión 331 establece una suma máxima equivalente a 666,67 DEG por bulto o por unidad o a 2,—DEG por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta cantidad es mayor (art.13, equivalente al art.6-1 de las Reglas UNCTAD-CCI). En cambio, los límites previstos en el Acuerdo prevén una solución análoga al Convenio, en los arts. 13 y 15 del mismo, equivalente a la prevista en los arts. 19 y 24 de la Ley (aunque en el caso Argentino, se presenta una diferencia entre lo consignado en el Anexo del Acuerdo (400 pesos argentinos oro por kilogramo de volumen o pieza afectada, o -que no está consignado en la Ley- de 10 pesos argentinos oro por kilo del volumen o piezas afectadas y este valor fuera superior). Valga agregar que en el caso de la Ley, se introdujo una singular novedad: la limitación de la responsabilidad del transportista terrestre o ferroviario (conf. 2do. párrafo in fine del art. 24)(29). En el segundo caso, el

28) Proyecto de Código Civil, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 126. El citado régimen fue sancionado por ley 24032 y vetado por el Poder Ejecutivo a través del decreto 2719/91.

29) Puede observarse, además, que frente a los daños localizados, el art. 19 de la Ley nos remite a la aplicación de las legislaciones específicas al modo donde se produjo el daño. En ese caso, si el sistema de responsabilidad difiere de lo consignado en la Ley, se aplicará lo dispuesto en aquella. En el caso del transporte terrestre, toda vez que el cargador no hubiera asegurado la mercadería, el transportador estaría eximido de cualquier responsabilidad, de conformidad con el régimen vigente.

de los daños no localizados, según hemos visto, la solución del Convenio es semejante a la prevista en las Reglas de Hamburgo de 1978 (régimen del transporte de mercancías por mar). Se trata de un sistema de responsabilidad subjetiva con una causal exonerativa (la prueba de haber adoptado todas “las medidas razonables”). Es también una responsabilidad limitada, cuya unidad de cuenta, como en el caso previsto en el artículo relativo a la limitación de responsabilidad (art. 18), son los Derechos Especiales de Giro.

En el Acuerdo se establece que el límite de la responsabilidad por la que debe responder el OTM no puede ser superior a la que determina cada país miembro en el Anexo 1 del Acuerdo. Argentina estableció dicho límite en 400 pesos argentinos oro por bulto o 10 pesos argentinos oro por kilo de la mercadería afectada si fuera mayor el monto así determinado. Brasil, en cambio, fijó en 666,67 DEG por bulto o unidad de carga, o 2 DEG por kilo de peso bruto de las mercaderías perdidas o dañadas, según cual fuese la suma mayor, solución que equivale a la adoptada por el Acuerdo de Cartagena. Según se observa, Argentina sigue vinculada a una moneda virtual, el peso argentino oro, que cotiza según el valor que tiene en el mercado la onza troy(30).

Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre han realizado un análisis comparativo de lo que representan las distintas unidades de cuenta elegidas por los gobiernos de Argentina y Brasil o por la Decisión 331, tras haber explicado que en Uruguay la responsabilidad del transportador terrestre y marítimo es ilimitada. De este modo, el límite existente en el transporte aeronáutico sería el que presenta una equivalencia entre los países, toda vez que son ratificantes del sistema de la Convención de Varsovia de 1929 y del

30) Muchas veces se ha discutido sobre el mejor modo de preservar de la inflación el crédito del damnificado cuando se impuso una responsabilidad limitada a un monto máximo. El valor del oro en el mercado ha dejado de ofrecer un standard de estabilidad susceptible de servir de parámetro para definir un valor actualizado de indemnización. Debe recordarse que actualmente el oro tiene un valor que es aproximadamente la cuarta parte del valor que tenía hace quince años. El peso argentino oro podría entenderse como relacionado con el argentino oro, que reconoce su origen en la ley 1130 de 1881. En ese caso, su valor sería de 1/5 a.o. (1 a.o.= 8,45 gr. de oro -1000 de fino-). El argentino oro se encuentra incorporado como moneda virtual en el Código Aeronáutico y en la Ley de la Navegación, aunque en esta última, del mismo modo que en la ley 24921 -a nuestro criterio equivocadamente- se utiliza la expresión “peso argentino oro”. Su cotización la establece la autoridad monetaria.

Protocolo de La Haya de 1955, vale decir adoptan el límite de 250 Francos Poincaré (unidad de cuenta con fundamento en el valor del oro, donde un Franco Poincaré equivale a 65,5 miligramos de oro con 900 milésimas de fino). Con un valor de la onza troy en U\$ 380,- concluyen que dicho valor de 250 FP por bulto alcanza a U\$ 200,-.

En cuanto a los 666,67 DEG por bulto o por unidad de carga o 2 DEG por kilo de las mercaderías dañadas o perdidas, el monto de limitación en dólares, es de U\$ 8 13,- o U\$ 2,44 por kilo (en ambos casos, el valor de 1 DEG fue de U\$ 1,22).

En el caso de Argentina, los 400 pesos argentinos oro equivalen a U\$ 8.250,- (una onza troy = U\$ 380,-)(31).

Los valores de la onza troy que tomaron los autores citados para hacer los cálculos que anteceden, del mismo modo que el valor de los Derechos Especiales de Giro, han variado sustancialmente. En primer término, el valor del oro ha caído y en los mercados libres de Londres, Zurich y Nueva York, el 12 de junio de 1998, se cotizó la onza troy a U\$ 285,-. A su vez, los DEG tienen en la misma fecha un valor aproximado a U\$ 1,82 por unidad. En consecuencia, las unidades de cuenta fundadas en el valor del oro han dejado de ser confiables. Los DEG, en cambio, reconocen la inflación en los términos en que esta se produce en los países desarrollados. Los 400 pesos argentinos oro hoy representan aproximadamente U\$ 6.000,- y superan aproximadamente en más de cinco veces la limitación establecida en Brasil y en cuatro al límite previsto en la Convención (920 DEG, equivalente al límite que establece la Convención sobre Transporte de Mercancías por Mar, 1978, conocidas como “Reglas de Hamburgo”). Al estar relacionado con el valor del oro en el mercado internacional, las oscilaciones que sufre el valor de este metal afectan considerablemente los derechos de los distintos intereses involucrados.

Se pierde el derecho a la limitación de responsabilidad si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega provinieron de una acción u omisión dolosa o temeraria por parte del OTM.

Aguirre Ramírez y Fresnedo de Aguirre señalan que “no existe ninguna consideración de justicia que pueda justificar la idea de limitación de

31) Se trata de un valor histórico. En el presente, se aproxima a los U\$ 300.-

responsabilidad. La limitación de responsabilidad, agregan, es una pretensión de los sectores transportistas por el que intentan transferir sus riesgos de explotación a los sectores del comercio exportador e importador, o a sus aseguradores. La conveniencia de tal transferencia es más que dudosa en un país...en el que el cien por ciento del comercio importador y exportador es nacional”(32). También se ha expresado “la invalidez de las cláusulas limitativas en los contratos predispuestos”. Son absolutamente nulas si desnaturalizan la esencia del vínculo obligacional; si afectan la libertad contractual; si promedia culpa grave del deudor; si contrarían el orden público; si atentan contra la buena fe o comportan abuso del derecho; si configuran lesión en los términos del art. 954 del Código Civil; si la responsabilidad resulta limitada a un monto irrisorio(33). Valga agregar que en materia contractual, la responsabilidad limitada podría pactarse. Incluso aumentarse, caso del obligado que toma a su cargo y compromete su responsabilidad, aun por las consecuencias de un caso fortuito. Todo ello en mérito del principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual (art. 1197 del Código Civil Argentino)(34). Sin embargo, debe recordarse que en el tema que nos ocupa, las normas revisadas que imponen la limitación de responsabilidad son imperativas y sólo son válidas aquellas cláusulas que elevan la responsabilidad por encima de los límites establecidos.

32) Aguirre Ramírez, E. y Fresnedo de Aguirre, C. Ob.cit. pág. 103. Los autores se refieren, en particular, a la inconstitucionalidad de la limitación de responsabilidad en la República Oriental del Uruguay. Montiel, a su vez, recuerda que durante la vigencia del Código de Comercio, el Libro III consagraba la responsabilidad ilimitada del transportador de mercaderías por agua y que nuestra jurisprudencia, durante su vigencia, reputó nulas no sólo las cláusulas exonerativas, sino también las limitativas de responsabilidad (conf. Curso de Derecho de la Navegación, pág. 293, nota 59).

33) Jornadas sobre Responsabilidad Civil en homenaje al Dr. Roberto H. Brebbia, Rosario, 1986, citadas en Derecho de Daños, nota 56, pág 55, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989. En materia de responsabilidad extracontractual se recomendó, también por unanimidad, que la regla es la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad. También resulta importante tener en cuenta la vieja regla contenida en la Ley 10 del Libro I del Digesto alterun non laedere, en cuanto la limitación de responsabilidad importa una agresión a la esfera patrimonial en un determinado orden jerárquico de valores (el reconocido en el mundo civilizado). Sobre el significado de este adagio, y. “Goldenberg, I, H. “Indemnización por daños y perjuicios”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, pág. 51 y ss..

34) Trigo Represas, Félix A. “Derecho de Daños”, Ob. cit. pág. 82.

La responsabilidad del expedidor

En cuanto a la responsabilidad del expedidor, el criterio adoptado en la norma general no presenta novedades. Su responsabilidad nace cuando incurre en falsas o inexactas declaraciones, por culpa o negligencia, propia o de sus dependientes (art. 22 de la Convención). En el Acuerdo se establece que el expedidor garantiza al OTM la exactitud de todos los datos relativos a la naturaleza general de las mercaderías, sus marcas, número, peso, volumen y cantidad y, si procediera, el carácter peligroso de la misma, a efecto de su inclusión en el Documento de Transporte Multimodal (art. 20). Responderá de los perjuicios que produjere al OTM y que resultaren de la inexactitud o insuficiencia de los datos antes mencionados. Su responsabilidad continúa, aun si ha transferido el documento (art. 20, segundo y tercer párrafo y 38 de la Ley). En el mismo sentido la Decisión 331 (art. 20). La Ley, en el capítulo V desarrolla la responsabilidad del expedidor. Comienza con un concepto sobre su imputabilidad general, es decir que será responsable cuando obrare con culpa o dolo personal o de sus agentes o subordinados (art. 32). Esta norma es notoriamente innecesaria. Luego, del mismo modo que la Convención y el Acuerdo, trata el deber de información relativo a la mercadería que entrega para su transporte (art. 33). A diferencia de las normas anteriores, introduce la limitación de responsabilidad a su favor. Podrá ampararse en las mismas limitaciones de responsabilidad de las que se benefician el OTM, el porteador efectivo o el depositario, sea que la responsabilidad sea contractual o extracontractual. Se pierde dicho derecho cuando se obrare con culpa o dolo (art.36). Se podría explicar esta norma a partir de la idea de equilibrio entre las responsabilidades de las partes del contrato. Bajo esta idea, la limitación de responsabilidad del transportador (OTM) respondería al mismo criterio. Esto no es así por tratarse (esta última) de una limitación que encuentra justificación histórica en los riesgos del transporte marítimo y en la necesidad de estimular inversiones en dicha industria. En consecuencia, a la crítica que se hizo respecto de esta responsabilidad limitada *ut supra* se añade la que formulamos expresamente respecto de esta innovación carente de justificación y sin ninguna legitimidad jurídica.

El transporte de mercaderías peligrosas ha sido tratado en todas las normas revisadas, en el capítulo relativo a la responsabilidad del expedidor, excepto en el Acuerdo que las trata en el capítulo IX. En efecto, establece que se regirán por lo dispuesto en el Acuerdo sobre Transporte de Productos Peligrosos en el ámbito del MERCOSUR y también por lo dispuesto en los reglamentos internacionales de ICAO y de IMO, relativos a los transportes aéreos y marítimos, respectivamente (art. 31). El artículo 23 de la Convención

se refiere a mercaderías peligrosas, cuyo detalle debe ser informado y explicitado por el expedidor mediante las marcas apropiadas. Se trata de normas que han sido tomadas de las Reglas de Hamburgo para el transporte marítimo, que podrían traer algunos problemas en el modo de transporte aéreo(35). El art. 34 de la Ley establece el deber de información y las precauciones que deben adoptarse. En cuanto a la clasificación de las mismas, se tendrán como base las recomendaciones de las Naciones Unidas, tomando en cuenta “las nueve clasificaciones que dicta la Organización Marítima Internacional” (arts. 34 y 35).

El ejercicio de los reclamos y acciones se tratan en la Parte V, debiendo darse aviso de la pérdida, el daño o el retraso en las condiciones previstas en el art. 24 de la Convención y 21 del Acuerdo (el primer día hábil siguiente al de la fecha en que las mercancías hayan sido puestas en poder del consignatario, o seis días cuando los daños no sean aparentes). La Decisión 331 dispone que el aviso por escrito de darse “en el momento en que las mercancías hayan sido puestas en su poder” (art. 21), pudiendo extenderse hasta los seis días consecutivos cuando la pérdida o el daño no sean aparentes. La Ley dispone un plazo común de cinco días (art. 39).

Quedan sin haber sido tratados los aspectos vinculados a la prescripción de las acciones, la jurisdicción y el arbitraje, como las disposiciones complementarias previstas en la Partes VI, VII (Cuestiones Aduaneras) y VIII (Cláusulas Finales) del Convenio examinado; Cap. VII y ss. de la Ley; Art.22, Cap. VII y IX del Acuerdo(36).

35) Donato, Marina, “Transporte Multimodal”, seminario de Córdoba, 1985, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, Argentina, 1986. Expresa que “el problema que perturba toda la estructura es, justamente, la solución frente al daño localizado... el Convenio convoca no al régimen que corresponda a la fase o al modo en el que tuvo lugar el evento dañoso, sino al límite indemnizatorio, cuando éste sea mayor al contemplado en este mismo convenio. Puede ocurrir una suerte de colisión con los convenios unimodales... al Protocolo IV de Montreal que organiza la responsabilidad del transportador aéreo en materia de carga, en donde los límites, el régimen de responsabilidad, es diametralmente opuesto al que se piensa en este Convenio de Ginebra de 1980”:

36) Ravina, A. - Zucchi H. “El Régimen de Transporte Multimodal”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, donde se tratan, en particular, estos aspectos.

7. CONCLUSIONES

i. El contrato de transporte multimodal internacional innova frente al transporte intermodal tradicional y aprovecha de la incorporación de las nuevas tecnologías aplicadas al transporte por mar y a las operaciones de estiba de la carga. En particular, la aparición del contenedor.

ii. Este contrato participa de los caracteres del clásico contrato de transporte. Ofrece singulares ventajas (seguridad de la carga y celeridad del transporte, entre las más relevantes) y también algunas desventajas (deja afuera de la organización del transporte a los países y/o terminales que no se adecuan a la tecnología del sistema, tanto en los diferentes modos de transporte, como en las terminales portuarias).

iii. Es una modalidad contractual novedosa que se instrumenta en un solo documento, lo cual agiliza el cobro de las exportaciones y, por otro lado, simplifica el cobro de los eventuales siniestros que pudiere sufrir la carga.

iv. El sujeto dominante del contrato es el Operador de Transporte Multimodal, que difiere del Transitario (freight forwarder), del common carrier y del non vessel operating common carrier. Los países han reclamado su derecho a reglamentar las condiciones que debe reunir el OTM para operar en sus respectivos territorios.

v. La regulación internacional del contrato se alcanzó en Ginebra en 1980, aunque el convenio respectivo no ha entrado en vigor por falta de las ratificaciones necesarias. Las Reglas UNCTAD-CCI, 1992, relativas a un documento sobre transporte multimodal (reglas de aplicación voluntaria). A nivel regional, el Acuerdo de Cartagena, por medio de la Resolución V-90 sobre Transporte Multimodal y la VI-142 sobre apoyo al este modo de transporte (Decisiones 331 y 393). En el Tratado de Asunción (Mercosur), a través de la Decisión 15/94 como Acuerdo de Alcance Parcial para la Facilitación del Transporte Multimodal en el Ambito del Mercosur(37). Actualmente, los debates sobre un futuro convenio sobre transporte combinado

37) Este criterio (considerarlo como un Acuerdo de Alcance Parcial que admite el Tratado de Montevideo de 1980 -ALADI-, implica su incorporación al derecho positivo de cada país sin trámite parlamentario) fue impugnado en Uruguay y el decreto gubernamental que acogió el Acuerdo fue suspendido por decisión de la Corte Suprema de ese país, a fines del año pasado.

-con tramo marítimo- se llevan a cabo en UNCITRAL. El contrato de transporte multimodal internacional, como lo planteó el Convenio de 1980, ha quedado en estado de hibernación. Pero, en cambio, se desarrollaron proyectos regionales y nacionales que lo tuvieron como antecedente relevante.

vi. De este modo, el análisis comparado de estas normas revela que la fuente utilizada ha sido la Convención de Ginebra de 1980. Sin embargo se han introducido modificaciones en distintos tópicos que provienen de las Reglas UNCTAD-CCI.

Esta misma Convención ha sido fuente de normas nacionales, como el caso de la Ley Argentina 24921. Sin embargo, las soluciones difieren y se advierten diferencias que complican el panorama. Particularmente en materia de responsabilidad, de su fundamento y de las causales de exoneración. La unidad de cuenta utilizada para fijar los límites de responsabilidad, su extensión y quantum, el sistema aplicado para los daños localizados y no localizados, entre otras.

vii. Resulta necesario armonizar criterios y evitar que las normas nacionales que se han sancionado o las que puedan consagrarse en el futuro difieran del sistema normativo regional adoptado, el cual -en el caso del Mercosur y del Acuerdo de Cartagena-también deberían unificarse. Las normas nacionales no debieran exceder el contenido reglamentario del Convenio regional adoptado.

viii. La uniformidad o la armonización en el ámbito regional (América Latina) que se propicia debe alcanzarse bajo presupuestos de justicia y en interés de toda la Comunidad. En tal sentido, deben ponderarse las distintas soluciones bajo el prisma del “costo - beneficio” que representan las diferentes soluciones, para llegar, finalmente, a un texto final satisfactorio. De otro modo, se mantendrá el presente status anárquico donde coexisten regímenes jurídicos regionales y nacionales, en un marco de generalizada inseguridad jurídica.

ix. El Proyecto de UNCITRAL ha merecido reparos por parte de la Comunidad Andina*, sobre la inequidad del Sistema de Responsabilidad implementado. CORNEJO FULLER, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Marítimo, ha destacado el retroceso que implica retornar a las soluciones del Convenio de las Naciones Unidas sobre Unificación en materia

*) En la Reunión del Grupo III (Derecho del Transporte) de Trabajo de UNCITRAL, celebrada en Nueva York (Abril, 2002)

de Conocimientos de 1924, conocida como “Reglas de la Haya”**, particularmente para los países que han ratificado las Reglas de Hamburgo (1978), se trata de un “proyecto inaceptable”.

Asunción, 23 de agosto de 2002.



**) CORNEJO FULLER, EUGENIO: Documento remitido en el Seminario de la Asociación Peruana de. Derecho Marítimo (14-04-02)

GERARDO ETO CRUZ Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL (ALGUNAS NOTAS A PROPOSITO DE SU RECIENTE LIBRO)*

José F. Palomino Manchego**

“Aprendí a respetar las ideas ajenas, a detenerme ante el secreto de las conciencias, a entender antes de discutir; a discutir antes de condenar”.

Norberto Bobbio

I. RAZONES Y SIGNIFICADO INTRODUCTORIO PARA OCUPARSE DEL LIBRO “ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL”

Tarea y empresa tan honrosa es la que me han dado a fin de redactar, por ahora telegráficamente, algunas cuartillas al reciente libro, el noveno, nacido en las aulas universitarias, de mi viejísimo amigo Gerardo Eto Cruz (Sullana, 10.1K. 1959), que lleva como título Estudios de Derecho Constitucional. La labor del “prologuista” (“persona que escribe el prólogo de un libro”, dice el

*) El presente texto constituye el Prólogo que escribí al libro de Gerardo Eto Cruz: Estudios de Derecho Constitucional. Empresa Editora Nuevo Norte, S.A., Trujillo, 2002. He estimado conveniente su publicación con algunos añadidos, a fin de que se difunda la labor académica del destacado profesor universitario del norte. Agradezco a Domingo García Belaunde, Luis Sáenz Dávalos, Edgar Carpio Marcos y Javier Tajadura Tejada, por sus valiosos datos y puntuales observaciones.

***) Profesor de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho de las universidades Nacional Mayor de San Marcos y de Lima, de la Academia de la Magistratura. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana).

Diccionario de la Lengua Española, 22ava edición, Madrid, 2001), es casi como pincelar, sin necesidad de ser un hábil pintor, el retrato del autor de un libro, quien por lo demás, sabe perfecto que el que funge las veces de presentador conoce su obra escrita. En lo que a mí respecta, considero que tengo amplia licencia, no requiriendo su renovación, para decir al fluir de la pluma, que soy testigo excepcional de la vasta producción de Eto Cruz, ahora encaminado hacia la quinta decena de la vida. Además, como se podrá apreciar a continuación, por el hecho de haber compartido con él diversas publicaciones, constantes viajes y un frecuente intercambio epistolar.

Así, es obvio, me place también la amistad, sin mácula, que ambos cultivamos desde hace tres lustros. Y, por esas coincidencias de la vida, porque a los dos nos importan determinados autores. Y porque ambos hemos rumiado temas atañedores a la Ciencia del Derecho, ora el jefe de la Wiener Rechtstheoretische Schule Hans Kelsen (1881-1973) por ejemplo(1), ora el Derecho Constitucional, en especial, la justicia militar en su dimensión y marco constitucional. En lo tocante a la jurisdicción militar, también denominada justicia militar, con Eto Cruz y en compañía de César Landa Arroyo (Lima, 1958), hemos navegado su problemática y contenido, sentando determinadas bases, muy próximas a consolidarse en nuestro ordenamiento jurídico: a) Unidad de jurisdicción, b) Juzgamiento de civiles y/o paisanos en el fuero común y no en el fuero castrense, c) Profesionalización de las armas, d) Reconocimiento a los militares y policías de sus derechos constitucionales, e) Que los jueces militares sean togados con el título de abogado, f) Satisfacción del respeto al debido proceso de los justiciables, etcétera(2). De ahí que, como

1) Vid. el libro de Hans Kelsen: Introducción a La Teoría Pura del Derecho, 3ª edición revisada y corregida, UNAM-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2001. Antecede presentación de Domingo García Belaunde, Nota liminar y traducción del inglés de Emilio O. Rabasa. Como apéndices van “Bio-bibliografía de Hans Kelsen” por José F. Palomino Manchego, “Un libro de Kelsen” por Gerardo Eto Cruz y “Sobre los hombros de Kelsen” por Agustín Squella Narducci.

2) Para mayor profundidad con abundantes referencias bibliográficas, vid. Gerardo Eto Cruz, César Linda Arroyo y José F. Palomino Manchego: “La jurisdicción militar en el Perú”, en Germán J. Bidart Campos y José F. Palomino Manchego (Coordinadores): Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro-Homenaje a Domingo García Belaunde, Editora Jurídica Grijley. Lima, 1997, págs. 353-463. También es útil el libro de Eto Cruz: La justicia militar en el Perú, Empresa Editora Nuevo Norte, S.A., Trujillo 2000. Antecede Prólogo de Antonio Millán Garrido, quien acaba de dar a luz una

demostración absoluta de mi particular aprecio a Gerardo Eto, escribo las siguientes líneas. A estas razones de índole académica se añan otras más que se irán mencionando al hilo de la redacción.

II. ALUSIONES A LA PERSONALIDAD DEL AUTOR Y SUS APORTES A LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Es muy difícil describir aquí y ahora, *hic et nunc*, en pocos renglones la personalidad de Eto Cruz. No obstante ello, trataré de bosquejar, como simple approach, los rasgos estructurales de su pensamiento, diciendo que Eto Cruz, luego de haber obtenido -jovencísimo entonces- el grado de bachiller en 1985 y el título de abogado en 1986 en la Universidad Nacional de Trujillo (trujillano no de nacimiento sino de adopción) empieza a ensanchar su quehacer jurídico. Por vía de secuencia, hemos de significar que Eto Cruz -fui su compañero de ruta- realizó con éxito sus estudios doctorales (1995-1997) en la Universidad de Santiago de Compostela bajo la estela del admirado profesor Francisco Fernández Segado (Cartagena, 1950). En la vieja y añorada Universidad compostelana obtuvo el diploma en Defensa Nacional el año 1997. Su estancia investigadora en España, transitando por diversas casas de estudio, recopilando

recopilación completa de las leyes militares españolas, con una bibliografía especializada, cuyo título es el siguiente: *Justicia Militar*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2001, uno de cuyos ejemplares ha tenido a bien obsequiarme, como es natural en él. El profesor de Cádiz, Millán Garrido, es un profundo conocedor del Derecho Penal Militar, como lo corroboran sus diversos ensayos publicados.

La reforma de la justicia militar, partiendo de los principios rectores constitucionales y de las nuevas tendencias del Derecho Penal Militar, se viene dando en el Congreso de la República. El Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Defensa ha publicado (El Peruano, 1 de julio de 2001) el "Proyecto de Ley Orgánica de Justicia Militar" y el "Proyecto del Código de Justicia Militar". Dichos documentos, registrados en primer término, con los números 1107/2001-CR y 1108/2001-CR, ahora modificados por la Comisión de Justicia con los proyectos números 1203/2001 -CR y 1204/2001-CR, serán debatidos durante la presente Legislatura. A la Presidenta de la Sub-Comisión de Trabajo encargada del Estudio de la Ley Orgánica de Justicia Militar y del Código de Justicia Militar, Judith de la Mata de Puente, le he manifestado que en todo el decurso de nuestra historia siempre han sido los militares los que, antes de irse a sus cuarteles, promulgaban tanto la Ley como el Código de Justicia Militar. ¡Curioso antecedente! El aforismo: "El que manda debe juzgar", ya quedó como pieza de museo en el Derecho Penal Militar.

do información y tomando contacto con los colegas españoles, fue decisiva para que su experiencia acumulada y talante académico se convierta sólido, adquiera prestancia y cuajada madurez. También fue fundamental su pasantía, con auge merecido, en el prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México el año 1999, en compañía de otro entrañable colega y destacado intelectual: Edgar Carpio Marcos (Lima, 1968).

En lo personal, conocí a Eto Cruz con ocasión del “I Congreso Nacional de Derecho Constitucional”(3) que se llevó adelante durante los días 4, 5 y 6 de noviembre de 1987 en el auditorio principal de la Universidad de Lima. Recuerdo que llegó de Trujillo acompañado de sus dos maestros; sus “maestros máximos”, quienes en frase feliz de Domingo García Belaunde (Lima, 1944)(4), son dignos representantes del “movimiento constitucional del norte”: Sigifredo Orbegoso Venegas (Otuzco, 1932) y Víctor Julio Ortecho Villena (Otuzco, 1932). El libro está dedicado idealmente a ellos, producto de la

3) A la postre, por lo demás, el testimonio y redacción completa de los VI Congresos Nacionales de Derecho Constitucional -por indicación de García Belaunde- son un modesto papel de difusión y esfuerzo ímprobo que con Gerardo Eto hemos compartido al correr de los años, guardando ambos una gran satisfacción. El VII Congreso tendrá lugar el año 2002 en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada de Piura, como se ha comprometido su Decano Carlos Hakansson Nieto. Vid. al respecto, Gerardo Eto Cruz-José F. Palomino Manchego (Editores): Congresos Nacionales de Derecho Constitucional. (Crónicas, I-IV, 1987-1993), Editorial Libertad, E.I.R.L., Trujillo, 1996. Se incluyen además testimonios de Germán J. Bidart Campos, Domingo García Belaunde, Néstor Pedro Sagüés y Luis R. Sáenz Dávalos. La crónica del IV Congreso se publicó también en la Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad, Año XL, N° 133, Trujillo, 1995, págs. 417-457. Una primera versión resumida se publicó en la revista Pensamiento Constitucional, Lima, 1994, págs. 235-243. La crónica del V Congreso se publicó en el Boletín Peruano de Derecho Constitucional, N° 2, Lima, 1998, págs. 7-10. Y la crónica del VI Congreso vio la luz en la revista Pensamiento Constitucional, Año VI, N° 6, Lima, 1999, págs. 281-303. Elegantemente, Norberto Bobbio ha dicho que los congresos son una “auténtica plaga de nuestro tiempo”.

4) Tal frase se encuentra plasmada en el Prólogo que escribe Domingo García Belaunde, con amplitud y profundidad de conocimientos, al libro de Víctor Julio Ortecho Villena: Derechos y garantías constitucionales, 2ª edición, Marsol Perú Editores, S.A., Trujillo, 1990. Hay separatas en circulación.

relación magistral y discipuli. ¡Qué bello detalle, raro en estas latitudes, y noble ejemplo! Para esa fecha, Eto Cruz ya venía ejercitando la docencia en la Universidad Nacional de Trujillo, como ayudante del curso de Derecho Constitucional. Luego, adquiere su emancipación intelectual. La experiencia docente, que suman tres lustros, es ejercida por él en otros centros superiores trujillanos tales como las universidades privadas César Vallejo, Antenor Orrego y del Norte. Por sugerencia mía, viene volcando su rica experiencia docente en la sede de Lambayeque de la Academia de la Magistratura. Igualmente, he podido comprobar que el ejercicio de la profesión, al margen de su andadura académica, le ha dado a Eto Cruz mucha propiedad para decir las cosas como son, corroborándose el aserto de que el mundo jurídico también es vivencia y experiencia, por más que la opción elegida sea la dogmática o la judicatura. El abogado de empuje, como él, puede estar seguro de eso.

Mas de pronto, Eto Cruz ha cumplido una notable labor en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada “Antonio Guillermo Urrelo” de Cajamarca, en su condición de Decano, acentuando una vez más su vocación por la enseñanza y por mantener al día a sus alumnos, a través de permanentes eventos académicos. Verbi gratia, el reciente “I Seminario Regional de Derecho Constitucional: problemas actuales”, desarrollado los días 7, 8 y 9 de junio de 2001. Los expositores fueron Domingo García Belaunde, Víctor Julio Ortecho Villena, Luis Sáenz Dávalos (Lima, 1964), Edgar Carpio Marcos, Carlos Hakansson Nieto (Lima, 1965), Gerardo Eto Cruz y el autor de estos folios. Es cosa sabida que los vínculos de una transparente y estrecha amistad, vincula sumae conjunctionis, hicieron que Gerardo Eto gestionara ante las autoridades universitarias el reconocimiento de “Profesor Honorario”, -¿cómo pasan los años!- a Domingo García Belaunde y a mí.

Por la fuerza de las cosas, me veo obligado a decir que en cierta ocasión, en una de las agradables y provechosas tertulias que he tenido con Domingo García Belaunde, le pregunté ¿cómo definiría a Gerardo Eto Cruz? Con esa facilidad que pone en cada una de sus expresiones satisfizo mi curiosidad y respondió: “Gerardo es sinónimo de modernización, irradiación y penetración del Derecho Constitucional en el norte”.

De ahí pues que, en los círculos académicos de Trujillo, el joven pero experimentado profesor Eto Cruz goza de buena reputación. En mi opinión, su más estimable distintivo, que con tantos aciertos atesora, es la bondad y buenos propósitos que a veces ofrece ciegamente. Sin embargo, nota digna de destacarse en él, es el hecho que su universo cultural posee una rara erudición, o como decía José Ortega y Gasset (1883-1955): “una erudición de lo raro”.

En efecto, Eto Cruz, así lo reafirman sus sólidos trabajos, al abordar cualquier tema jurídico, lo primero que hace es artillarse bien con un amplio anclaje bibliográfico, e informarse adecuadamente, evitando caer en la improvisación. Las ideas que relampaguean en su mente constructiva siempre apuntan a lo bueno y a lo seguro. En la ciudadela académica, es archisabido, que sus robustas dotes de enseñante, no tienen que ver nada con la fragilidad y vulnerabilidad de sus nervios.

Y en lo que respecta a los asuntos de la vida común y corriente, es hombre culto, dialogante, contertulio de signo ilustrado y avanzado. Para lo cual, casi siempre recurre a las versadas lecturas de Gabriel García Márquez (Aracataca, 1928). Su vasto espacio imaginario, con cierta genialidad de visión, es producto de su amor a las obras clásicas y best sellers, incluyendo ahora último a J. K. Rowling, creadora de la serie literaria Harry Potter. Decía el nonagenario Norberto Bobbio (Turín, 1909) que la capacidad de dialogar e intercambiar argumentos, en vez de acusaciones mutuas acompañadas por insolencias, está en la base de cualquier convivencia pacífica y democrática(5).

Pienso firmemente, para mis adentros, que Gerardo Eto, al margen de ser un universitario ejemplar, es hombre de bien, incapaz de anatematizar sin ningún fundamento a las personas, en especial a sus colegas. La actitud y conducta negativas, sinsabores productos del encrespado océano de pasiones y envidias, experimentadas en carne propia por nuestro autor; se están haciendo común y corriente en el mundo académico. Eto Cruz suele decir que tiene de sus amigos “envidia sana”. Otro cantar y virtud del profesor del norte, es su lealtad y transparencia con sus amigos, y en especial la limpieza de su conducta en el seno familiar -razón y sentido de su vida- donde soy considerado como uno más del entorno. Entendido así, Gerardo es un hombre de gran lealtad: vir summa fide.

Entre las publicaciones -sin mencionar las minúsculas- se cuentan numerosos y pulcros artículos, de cuño periodístico y recensiones bibliográficas aparecidos en revistas especializadas del Perú y del extranjero, participación activa en veladas académicas con diversas ponencias, y un buen golpe de libros: Derecho de las personas. Código Civil y legislación comparada (1988), Los principios constitucionales y las leyes de desarrollo constitucional (1988), Derecho de familia en la Constitución y el nuevo Código Civil (1989), Con-

5) Cfr. Norberto Bobbio: De senectute y otros escritos biográficos, traducción del italiano por Esther Benítez, Santillana, S.A., Taurus, Madrid, 1997, pág. 15.

gresos Nacionales de Derecho Constitucional (1996, con la colaboración de José F. Palomino Manchego), Índice analítico de la Constitución Política del Perú (1997, 2ª edición, 2000), Régimen legal del Hábeas Corpus y Amparo (1999), La justicia militar en el Perú (2000) y El Derecho Civil Constitucional en el Perú (2000). Todos ellos, incluyendo los que todavía están en el telar, son aportaciones de altísimo rango donde Eto Cruz, como hombre de buen estilo, reafirma su probidad intelectual. Por eso, la comunidad jurídica peruana le reconoce su valía y vital dedicación al campo del Derecho Constitucional; ahí está escrita su ejecutoria de publicista. Súmese a su biografía intelectual y dilatado ejercicio académico, tanto en su país como fuera de él, las siguientes distinciones: Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, miembro corresponsal del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal Militar (México y España), en las tierras del Plata es miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y más de pronto se le ha nombrado miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional Económico (Brasil).

III. CRONICA DE UN VIAJE A DIVERSAS UNIVERSIDADES EUROPEAS. IMPORTANCIA DEL ASUNTO

Es oportuno dar cuenta ahora, pluma en ristre, de una crónica de viaje realizado en fecha reciente con mis colegas Domingo García Belaunde, Ernesto Blume Fortini (Lima, 1946), Gerardo Eto Cruz y Vladimir Arriaga Pinedo, a diversas universidades de Italia(6) como de España. Lo hago por cuanto fue en la ciudad de Bologna donde Eto Cruz me propuso y convenció para escribir el prólogo, que ya empiezo a hacerlo, a su libro *Escritos de Derecho Constitucional*. En cada uno de los lugares que se visitaban íbamos meditando el criterium central de su contenido. He caído en la cuenta que la calma y tranquilidad que se siente en el extranjero, son decisivas para emprender labores de esta naturaleza. Por tanto, séame lícito decir aquí, tomando como pretexto el presente prólogo, unas breves palabras de las actividades académicas que acabo de recordar y reconstruir, tan sólo con un par de brochazos. Por lo demás, la Ciencia del Derecho Constitucional italiana(7), al igual que la intelectual de

6) Acerca de la importancia cultural italiana, para nuestros efectos, vid. el informe elevado al Supremo Gobierno del Perú por Alejandro O. Deustua (1849-1945) con el siguiente título: *La cultura superior en Italia*, Librería francesa científica-E. Rosay, editor, Lima, 1912.

7) Sobre esta cuestión, son de sumo interés las reflexiones que escribe Pablo Lucas Verdú en su *Curso de Derecho Político*, vol. 1, 2ª edición revisa-

España, nos han dado representantes y contribuciones de primer rango como en seguida ha de verse. De igual forma, es de interés, al respecto, decir que en Italia desde marzo de 1797 se empezaron a crear las cátedras de Derecho Constitucional(8). Detengámonos, en primer término, para traer a la memoria a guisa de sumario, los nombres de Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952), Luigi Rossi (1867-1941), Santi Romano (1875-1947), Emilio Crosa (1885-1962), Costantino Mortati (1891-1985), Carlo Esposito (1902-1964), Vezio Crisafulli (1910-1986), Carlo Lavagna (1914-1984), Paolo Baile (1917-2000), Paolo Biscaretti di Ruffia (1912-1996), Franco Pierandrei (1914-1962) y Livio Paladin (1933-2000). Reconozcamos, en segundo orden, que la labor intelectual y riqueza bibliográfica de cada uno de los enumerados ha sido de impecable factura. La ruta progresiva continúa en ascenso.

In principio, el día 2 de octubre de 2001 a las 16.00 horas, merced a la invitación que nos formuló el profesor Lucio Pegoraro (Vicenza, 1952) cuando visitó el Perú en el mes de setiembre, se llevó a cabo en la Universidad de Bologna, cuyo nacimiento data de comienzos del siglo XII, (contando con los auspicios de The Center for Constitutional Studies and Democratic Development y del Corso di dottorato di ricerca in Diritto Costituzionale) un encuentro de estudio intitulado “Le influenze europee e statunitensi sul costituzionalismo latinoamericano, con particolare riferimento al decentramento territoriale, alla giustizia costituzionale e alla protezione dei diritti”; Domingo García Belaunde sustentó la conferencia “El Hábeas Corpus en América Latina”; Ernesto Blume Fortini hizo lo mismo con el tema “La protección de los derechos humanos en el sistema regional interamericano”; Gerardo Eto Cruz abordó “El Amparo en América Latina”, y el firmante de este prólogo expuso “Los orígenes de la Tribunales Constitucionales en América Latina”. Al finalizar las intervenciones -Lucio Pegoraro, promotor del evento, actuó de moderador

da y aumentada, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1980, págs. 112-151. Las mismas observaciones se reproducen en el Prólogo que hace Lucas Verdú al libro, también traducido del italiano por él, de Paolo Biscaretti di Ruffia: Derecho Constitucional, reimpresión, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1973, págs. 21-58.

8) De ello me he ocupado con mayor amplitud, incluyendo bibliografía especializada, en el libro de mi buen amigo y profesor de la Universidad del País Vasco, Javier Tajadura Tejada (Pamplona, 1969) intitulado: El Derecho Constitucional y su enseñanza, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2001. Liminar de Domingo García Belaunde, Estudio Preliminar y edición al cuidado de José F. Palomino Manchego y Apéndice de Edgar Carpio Marcos.

e impecable traductor- vinieron el rol de preguntas de los asistentes, en especial del profesor Augusto Barbera y de los doctorandos, más de uno de ellos provenientes de América Latina. Los ejes expuestos corroboraron una vez más el interés que se tiene por la realidad política y constitucional latinoamericana. ¡Cuánto provecho se extrae de los encuentros académicos de esta naturaleza! Lo habíamos experimentado en el mes de noviembre de 2000 en la misma Universidad Bolognesa y en la de Siena. Ahora se reafirma, con la esperanza de que se convierta a corto plazo en un habitus intellectualis(9).

Me agrada asimismo recordar que al día siguiente, es decir el 3 de octubre, fuimos a visitar al acreditado profesor Giuseppe de Vergottini (Pisa, 1936)(10) en su bufete ubicado en la Via S. Stefano, 16. Con la nobleza que le caracteriza, y luego de haberlo sometido a una batería de preguntas relacionadas con nuestra disciplina, el maestro de Bologna obsequió a cada uno de nosotros su magnífico libro *Diritto Costituzionale*, seconda edizione, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 2000. Antes de la despedida, nos concretó su presencia en el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que se desarrollará del 12 al 15 de febrero de 2002 en los ambientes del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Inmediatamente después de esta fructífera visita durante los días 4,5 y 6 de octubre permanecemos en la bellísima ciudad de Venecia que ha sido construida sobre un grupo de islotes.

Después marchamos a la encantadora Florencia (ciudad del florecimiento) que se encuentra ubicada a orillas del Arno, donde estuvimos hasta el 8 de

9) No me parece fuera de lugar este detalle: en un desayuno de trabajo, de útil resultado, nos reunimos con García Belaunde y Lucio Pegoraro, cerca del Collegio Erasmus, donde estábamos alojados cómodamente, para finiquitar el libro escrito por este último en compañía de Angelo Rinella, cuyo título es *Las fuentes en el Derecho Comparado* (con especial referencia al ordenamiento constitucional), dedicado a la memoria del profesor Livio Paladin, y que será publicado muy pronto en la colección de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. La prestigiosa casa G. Giappichelli Editore, con sede en Torino, nos acaba de autorizar la impresión de dicha obra, que irá precedida de un Prólogo a cargo de Domingo García Belaunde y edición al cuidado y Estudio Preliminar bajo mi responsabilidad.

10) En su libro *Derecho Constitucional Comparado*, 2ª edición, traducción del italiano e introducción de Pablo Lucas Verdú, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1985, se pueden consultar más noticias sobre su personalidad y sus obras a cargo del citado Lucas Verdú, en especial, págs. 52-61.

octubre. Ese día tomamos el tren para dirigirnos a la ciudad de Pisa, a fin de observar su torre inclinada que acaba de terminar sus labores de refacción y permitir el ingreso de visitantes; y, cumplir una invitación que nos había formulado con anticipación el profesor Alessandro Pizzorusso (Lucca, 1931), quien enseña en la Universidad de Pisa creada el año 1343, cuyo Departamento de Derecho Público funciona actualmente en la Piazza dei Cavalieri, 2. Asimismo, coincidimos con el profesor argentino Antonio A. Martino quien hace años imparte docencia en Pisa y dirige en coordinación con la Universidad del Salvador (USAL) de Argentina el “Instituto Internacional de Estudio y Formación sobre Gobierno y Sociedad”, cuyo propósito prioritario es cumplir con excelencia con el compromiso intelectual y moral de la enseñanza en el nuevo contexto de la sociedad de la información, y proyectar los resultados en beneficio de una sociedad nacional e internacional más libre. Volviendo a lo anterior, luego de compartir con Pizzorusso un merecido almuerzo, nos facilitó un caudaloso material bibliográfico sobre la enseñanza y orígenes del Derecho Constitucional en Italia, y dio sugestivos comentarios a la Constitución de 1947 que por esos días vivía la efervescencia de la reforma(11). Su *Manuale di Istituzioni di Diritto Pubblico*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1997, es de consulta inmediata. Pizzorusso trajo a la memoria que, en 1984, Javier Jiménez Campo hizo la traducción al español de la tercera edición italiana de 1984, de su *Lezioni di Diritto Costituzionale*, con un Prólogo de Francisco Rubio Llorente, ahora completamente agotado. Las sustanciosas aportaciones al Derecho Constitucional que ha dado Pizzorusso se trasunta cuando sostiene que nuestra disciplina ocupa firmemente una encrucijada en la cual muchas disciplinas se encuentran: es, en consecuencia, inevitable que el número de materias afines con las cuales tiene relación, a veces de cooperación, a veces de competencia, sea mucho más elevado de lo que sucede con aquellas disciplinas que poseen límites mucho más netos, o que operan en territorios menos concurridos(12).

A la vista de lo que venimos diciendo, deseo añadir que el día 10 de octubre, una vez que pusimos los pies en Roma, cargados de libros que adqui-

11) Vid. el libro colectivo *El futuro della Costituzione*, a cura di Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro y Jörg Luther, Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino, 1996 y la obra de Paolo Barile: *Tra Costituzione e riforme, scritti e interviste* a cura di Renzo Cassigoli, Passigli Editori, Firenze-Antella, 2001, en especial, págs. 77-123. Antecede *Introduzione* de Stefano Grassi.

12) Cfr. Alessandro Pizzorusso: “La Constitución, el Derecho Constitucional y las otras disciplinas”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Año I, N° 2, Buenos Aires, 2000, pág. 117.

rimos en el viaje, nos recibió en la sede de la Corte Costituzionale el juez y profesor Gustavo Zagrebelsky(13) (Turín, 1943), quien dejando de lado sus recargadas labores, nos brindó un espacio para recorrer los ambientes de la Corte y en especial hacer un alto para deleitarnos con los fondos bibliográficos de la impresionante y bien surtida biblioteca. Zagrebelsky es un constitucionalista de amplia cultura humanista(14) y de una extraordinaria sencillez, y su libro *La giustizia costituzionale*, que se dio a la estampa en 1988, es uno de los mejores sobre la materia que se ha escrito en Italia. ¡Ah!, su libro *El Derecho dúctil*(15) revela la virtud de poner en contacto el Derecho con la cultura y con las valoraciones sociales de una forma sugerente, inteligente, aguda, pero también provocadora, por cuanto abre una brecha en numerosas concepciones jurídicas que muchos consideran irrenunciables o, cuando menos, valiosas, como ha sentenciado puntualmente Marina Gascón Abellán(16). A propósito, luego de recordarnos a su maestro Leopoldo Elia, en especial su magisterio en la Universidad de Turín, nos obsequió diversas publicaciones suyas que nos tenía preparado en su mesa de trabajo, incluyendo un libro del profesor germano Peter Häberle (Góppingen. 1934) recientemente traducido por Fabio Fiore al italiano, y cuyo título es *Diritto e verità*, Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino, 2000, y otro de Robert Alexy, rotulado *Concetto e validità del Diritto*, que incluye una introducción suya(17). Iniciado el siguiente

13) Sobre el pensamiento vivo de Zagrebelsky, vid, la interesante y bien montada entrevista de Marina Gascón Abellán, con el siguiente título: “El Derecho Constitucional del pluralismo. Conversación con el profesor Gustavo Zagrebelsky”, publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N° 11, Murcia, 1999, págs. 8-33.

14) Tal como lo demuestra con su libro *Il “crucifige!” e la democrazia*, Giulio Einaudi editore s.p.a., Torino, 1995. Hay traducción en español. Al igual que el libro *Processo e morte di Gesù*, de Chaim Cohn, editado por Einaudi, y por él traducido del alemán.

15) Cfr. Gustavo Zagrebelsky: *El Derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia, traducción del italiano por Marina Gascón Abellán, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1995. Epílogo de Gregorio Peces-Barba. También hay edición francesa con el siguiente título: *Le droit en douceur*. Il diritto mite, traduit de l’italien par Michel Leroy, Presses universitaires D’aix-Marseille, Paris, 2000. Antecede *Avertissement de Louis Favoreu*.

16) Vid. Marina Gascón Abellán: “Presentación: la concepción del Derecho en “El Derecho dúctil”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, ts. XIIIIV, Madrid, 1996-1997, pág. 18.

17) Asimismo, comentamos la aparición en castellano del libro magno de Costantino Mortati: *La Constitución en sentido material*, Estudio Preliminar

día, 11 de octubre, a Domingo. García Belaunde le asaltó la idea de visitar la antigua ciudad de Pompeya, Pompei le dicen los italianos, ubicada a los pies del Vesubio y muy cerca a Nápoles, a fin de hacer algunas tomas fotográficas de los templos y edificios que todavía se conservan intactos, y que nos sirva para el logotipo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Su estreno se ha hecho en la carátula del libro del maestro argentino Germán J. Bidart Campos (Buenos Aires, 1927) rotulado *Lecciones elementales de política*. (Sociedad, Estado y Derecho), Editora Jurídica Grijley-Universidad Peruana Los Andes, Lima, 2001. Antecede Nota Liminar de Domingo García Belaunde y edición al cuidado y Epílogo de José F. Palomino Manchego.

Por su mérito intrínseco, merecen mencionarse las casas editoriales de la península itálica en materia jurídica más importantes: Giuffré Editore, Cedam, Utet, Giulio Einaudi editore, Il Mulino, Bollati Boringhieri, Edizione Scientifiche Italiane, Jovene Editore, Editori Laterza, Monduzzi Editore y G. Giappichelli Editore. De igual forma, las librerías tienen en sus depósitos una lista completa de tratados, manuales y cursos, en especial relacionadas con el Derecho Constitucional. Así, por poner sólo tres ejemplos evidentes: Libreria Feltrinelli, Rizzoli Corriere della Sera y Libreria economico-giuridico, cuyo propietario Bruno Sguelgia nos atendió de maravillas. En la tierra italiana se traduce mucho, y ¡qué decir de Kelsen! cuya obra, en honor a la claridad, está vertida usualmente toda. Para incrementar nuestra biblioteca particular adquirimos, sin vacilar, los siguientes libros de Kelsen: *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, *La dottrina pura del Diritto*, *Sociologia della democrazia*, *Società e natura*, *La democrazia*, *Il problema della giustizia*, *Lineamenti di dottrina pura del Diritto y Stato come integrazione*. Las sobrias recomendaciones y datos certeros de Pablo Lucas Murillo de la Cueva (Salamanca, 1954), recientemente nombrado magistrado del Tribunal Supremo español, fueron decisivas para visitar las librerías y adquirir libros, tales como el *Manuale di Diritto Pubblico* (3 ts.) dirigido por Giuliano Amato y Augusto Barbera, el de Alessandro Pizzorusso que he citado en las páginas precedentes, a la par que el *Manuale di Diritto Pubblico* de nuestro caro profesor de Siena Giancarlo Rolla (Génova, 1946)(18) Lucas Murillo de la Cueva, en su etapa de juventud,

y traducción del italiano de Almudena Bergareche Gros y Epílogo de Gustavo Zagrebelsky, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, en especial, págs. 229-260.

18) Otro manual que está circulando con gran éxito es el de Giuseppe Morbidelli, Lucio Pegoraro, Antonio Reposo y Mauro Volpi: *Diritto Costituzionale italiano e comparato*, seconda edizione accresciuta e integrata, Monduzzi Editore S.p.A., Bologna, 1997.

estudió en Bologna, habiendo obtenido el doctorado en esa casa universitaria de tinte medieval.

El día 12 de octubre enrumbamos a Madrid vía Roma. Durante los días sábado 13 y domingo 14 tuvimos la suerte de encontrar en Madrid, en el Paseo de Recoletos, la “Feria de Otoño del Libro Viejo y Antiguo” organizado por Libris que es una Asociación de Libreros de Viejo fundada en 1988, y que cuenta en la actualidad con 41 libreros de toda España. Adquirimos con García Belaunde varias “joyitas” prácticamente inhallables, de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, en las librerías El Asilo, Dedalus, El Filobiblión, Jiménez y Luces de Bohemia. El lunes 15 de octubre en horas de la mañana visitamos al reputado administrativista Eduardo García de Enterría en su despacho situado en la calle Príncipe de Vergara, 62. García de Enterría accedió de buen grado tomarse unas fotos para el próximo número del Boletín Peruano de Derecho Constitucional, y evocó entre los presentes, el impacto e influjo que ha tenido en Iberoamérica la acreditada Revista de Administración Pública con ocasión de su cincuenta aniversario(19).

El martes 16 de octubre nos desplazamos a la Universidad Carlos III de Madrid (Getafe) donde nos atendió el profesor y amigo entrañable Luciano Parejo Alfonso (Santa Cruz de Tenerife, 1947)(20), discípulo de García de Enterría, quien se encontraba en compañía del constitucionalista Luis Aguiar de Luque y de su colaborador Antonio Descalzo González. Coincidimos también con el Rector Gregorio Peces-Barba Martínez quien nos presentó a los profesores de Filosofía del Derecho: Eusebio Fernández y Javier de Lucas. Los tres hicieron elogiosos comentarios al librito de Kelsen Introducción a la Teoría Pura del Derecho que publicamos en el Perú. Habíamos llevado a la mano varios ejemplares a Europa. Cerrando nuestro maratónico Viaje, y luego de hacer una visita de rigor a las librerías Marcial Pons y Dykinson, estuvimos con el profesor Francisco Fernández Segado en la Universidad Complutense. Al fin, el miércoles 17 de octubre nos reunimos con el profesor de la Universidad del País Vasco, Javier Tajadura Tejada para darle cuenta de su reciente

19) Vid. al respecto, las reflexiones de Domingo García Belaunde: “Cincuenta años de una gran revista. (Cincuentenario de la RAP)”, de próxima aparición.

20) La labor de Parejo Alfonso, al igual que su producción bibliográfica, se puede ver en su libro: Constitución, Municipio y Garantía Institucional, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000. Antecede Prólogo de Domingo García Belaunde, edición al cuidado y Epílogo de José F. Palomino Manchego, en especial, págs. 247-284.

libro *El Derecho Constitucional y su enseñanza*(21). Nos acompañaron en la sesión de trabajo los colegas de la UNED, Antonio Torres del Moral y Carlos Vidal Prado(22). El periplo que fue montado y diseñado por Domingo García Belaunde -verdadero árbol del saber-, demuestra que aparte de ser “congresólogo”, es un experto e incansable viajero.

IV. CARACTERES EN GENERAL DEL LIBRO “ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL”

Digamos algo sobre el libro *Estudios de Derecho Constitucional* que ve la luz en pleno inicio del siglo XXI, advirtiendo que se trata de escritos de juventud y de madurez, es decir pasado y presente de su pensamiento, revisados y puestos al día. Pues bien, el hecho de haber aglutinado Eto Cruz ensayos de diversas épocas, y que datan por ejemplo de la Constitución de 1979, no significa que ahora esté preocupado en hacer arqueología constitucional y meras extracciones de sus escritos. Desde luego que no, como lo pongo de manifiesto al final del prólogo. Lo cierto es que la obra ofrece una visión global de determinados aspectos, diríase puntuales, del complejo campo del Derecho Constitucional, con especial referencia al Perú. De los caracteres generales de la obra, temas diferentes aparentemente, pero con profundos nexos y conexiones entre sí, se desprende que su composición tiene cinco partes.

Conste, ante todo, que al aproximarse a sus páginas vemos que Eto Cruz empieza con los antecedentes para referirse in concreto a la Constitución de 1979, relacionada topográficamente con la parte dogmática, es decir, los derechos constitucionales. Es verdad que los iura humana, en tanto que han adquirido rango internacional (la consecuencia de un status mundialis hominis dice Peter Háberle) es una de las primeras meditaciones de Eto Cruz sobre el Derecho Constitucional y que ha perfeccionado en ulteriores desarrollos. El filón que aquí llama la atención es el concerniente a los principios constitucionales. Eto Cruz es uno de los pioneros en el Perú(23) (como es también con otra

21) La ficha completa de la obra se cita en la nota 8.

22) Su reciente libro *La libertad de cátedra: un estadio comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, tal como escribe Torres del Moral en el Prólogo, incrementa “su meritoria trayectoria como constitucionalista”.

23) Para reafirmar esta visión precursora, nos remitimos al libro del destacado constitucionalista argentino Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, donde cita el ensayo aprovechable de Eto Cruz. A fines de los años cincuenta del siglo XX, Josef

materia que todavía sigue poco trajinada, me refiero a la inconstitucionalidad por omisión(24) en construir los muros maestros, habiendo aportado sugerentes ideas cuando le cupo desempeñar su labor como miembro de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, creada mediante Decreto Supremo N° 018-2001-JUS de 26 de mayo de 2001, durante el gobierno transitorio de Valentín Paniagua Corazao (Cuzco, 1936)(25). Por ser un aspecto al cual Eto Cruz ha consagrado cuidadosa atención, merece ser apostillado. Se decía en la Comisión de Estudio, fundamentando el rubro, que un título como el que se plantea debe establecer el conjunto de principios y valores que dan sentido a la Constitución y que operan no sólo como cláusulas interpretativas, sino, también, como normas jurídicas vinculantes que integran el sistema de fuentes del Derecho. En tal sentido, la Comisión propuso diez principios constitucionales: 1) Dignidad de la persona; 2) Derechos fundamentales; 3) Orden democrático; 4) Estado social y democrático de Derecho; 5) Control y transparencia del poder público; 6) Descentralización; 7) Economía social de mercado; 8) Integración; 9) Supremacía constitucional; y 10) Vigencia de la Constitución ante formas de derogación no previstas por ella.

Esser decía con preocupación que los principios..., son términos empleados continuamente por la teoría y la jurisprudencia, sin que jamás se haya procedido a un análisis sistemático de su respectivo sentido y alcance, ni se haya intentado siquiera arrojar luz sobre la función y procedencia de los conceptos en ellos expresados. Cfr. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado, traducción del alemán por Eduardo Valentí Fiol, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 3. Siguiendo a Peter Haberle, se trata de una obra pionera.

24) El profesor de Santiago de Compostela José Julio Fernández Rodríguez (A Rua de Valdeorras, 1970), autoridad en la materia, ha sabido sacar todo el partido posible al tema, en su libro: La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general del Derecho Comparado. El caso español, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1998. Antecede Prólogo de su maestro Francisco Fernández Segado. Lo vuelve a reafirmar en su artículo: “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, aparecido en el colectivo coordinado por Víctor Bazán: Inconstitucionalidad por omisión, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, 1997, págs. 123-151. Resultan también ilustrativos los estudios que ahí se consignan de Germán J. Bidart Campos, Francisco Fernández Segado, Víctor Bazán, Néstor Pedro Sagüés y Jorge Miranda.

25) Al respecto, cfr. el libro: Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú, Ministerio de Justicia, Lima, 2001. Antecede Presentación de Diego García-Sayán Larrabure.

Téngase en cuenta que los principios constitucionales constituyen decisiones fundamentales que imprimen una orientación determinada a la que aspiran el Estado y la sociedad. Por lo general, los principios cumplen doble función: vertebrador y fundamentador. Mientras que por el primero articulan o dotan de coherencia a la totalidad de disposiciones constitucionales, por el segundo presiden cualquier proceso interpretativo obligando al intérprete a orientar su razonamiento en dirección a lo que aquellos pretenden significar(26). En fin, los principios generales constitucionales tienen la cualidad, pues, de ser los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Cualidad que, como es obvio, atribuye a estos principios una extraordinaria importancia y convierte al procedimiento de su conformación doctrinal y jurisprudencial en una actividad crucial para la vida del ordenamiento(27).

En el segundo tramo, referido a la miscelánea, Eto Cruz hace un recorrido interesante sobre el Derecho Constitucional en el Perú, antes y después, destacando los aportes tanto de diversos autores nacionales, cuanto del influjo de sus obras. Es un testimonio muy completo sobre el cual hay que seguir consignando los aportes de las nuevas hornadas. El tercer segmento denominado Derecho Procesal Constitucional también merece un tratamiento especial. Aquí encontramos tres ensayos bien elaborados, producto de la consulta a diversas lecturas. Para Eto Cruz, autores como los de la talla de Hans Kelsen, han tenido un lugar especial en el mundo jurídico. En tanto que tal, y nada más que -como tal, se trata de uno de sus autores predilectos, al igual que para mí. A la postre, ambos somos kelsenianos por formación antes que por aplicación. En esta parte, Eto Cruz acreditando su profundo conocimiento, - hace hincapié además, del *phatos* y *ethos* de Domingo García Belaunde(28). Si Or-

26) Para mayor detalle, vid. José F. Palomino Manchego: Módulo de Derecho Constitucional, Academia de la Magistratura, Lima, 2001, pág. 27. De igual forma, Luis Sáenz Dávalos: “Los límites materiales de una reforma constitucional”. El Jurista, N° 5, Lima, 1992, págs. 23 y sgtes.

27) Cfr. la voz “Principios constitucionales” a cargo de Manuel Aragón Reyes, en Manuel Aragón Reyes (Coordinador): Temas básicos de Derecho Constitucional, t. I, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001, pág. 39.

28) Resulta significativo, en tal sentido, aunque más de uno dirá que es impertinente, reconocer nuestro cordial y público agradecimiento a Domingo García Belaunde, por la siguiente dedicatoria: “A José F. Palomino Manchego y a Gerardo Eto Cruz”, puesta de relieve en su recentísimo libro: Derecho Procesal Constitucional, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2001. Con Gerardo estamos convencidos que hay que trabar amistad con los hombres de bien: *bonos viros ad consuetudinem*.

begosc Venegas y Ortecho Villena son los “verdaderos maestros” de Eto Cruz, a mi juicio, García Belaunde ha sido para él -como para otros colegas, entre los que me incluyo- una suerte de complemento, avance y puesta al día en su formación científica que haya dado de sí. A propósito, me contaba García Belaunde que conoció a Gerardo Eto Cruz cuando fue a la ciudad de Trujillo en 1977 invitado por el Colegio de Abogados de La Libertad para ser incorporado como miembro honorario. Eto Cruz también integró en su día la Junta Directiva de dicho ente gremial. Será a partir de ese año, es decir 1977, que Eto Cruz ha seguido sin desmayo la vastísima producción de García Belaunde, como se colige de su perseverante ensayo. Esta parte se sella con un trabajo dedicado al Chief Justice de la Corte Suprema norteamericana, nacido en Virginia, John Marshall (1755-1835), también de grata recordación en el campo constitucional, en especial, a raíz del celeberrimo caso *Marbury vs. Madison* redactado en 1803, habiéndose añadido su contenido, con gran acierto, de manera completa en el presente libro(29).

En el cuarto tópico al que Eto Cruz denomina Politología, merece destacar otro ensayo elaborado en plena mocedad, escrito con el corazón, joven y entusiasta. Me refiero a la Ciencia Política en el Perú donde se acentúa la presencia e influjo, para su desarrollo, de Francisco Miró Quesada Rada (Lima, 1948). De cuanto queda expuesto resulta que Eto Cruz, sabe y razona que el Derecho Constitucional no puede vivir sin la Ciencia Política y viceversa. De ahí su *affectio* a la Ciencia Política, disciplina intelectual que también ha enseñado, conforme se desprende del sustancioso syllabus que va como anexo. En quinto orden, articulado y culminado temáticamente el bloque de materias, Eto Cruz contando con mi modesta colaboración, analiza las bondades y los defectos de la Constitución de 1993(30). Se trata, en suma, de un estudio sereno que parte y torna cuerpo con la Constitución de 1979, para luego abocetar el Código Político de 1993 y el impacto en la sociedad peruana con sus puntos a favor y en contra(31).

29) Por todos, vid. John Marshall: ‘Judicial Review’ e stato federale, traducción del inglés por Annagrazia Bassi, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., Milano, 1998. Antecede Presentazione con el título “John Marshall e il problema della Judicial Review”, de Giuseppe Buttà.

30) Un extracto del mismo se dio a la estampa, con el título “Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993”, en el colectivo coordinado por Diego Valadés y Miguel Carbonell: *Constitucionalismo Iberoamericano del siglo XXI*, Cámara de Diputados. LVII Legislatura-UNAM, México, D.F., 2000, págs. 279-290.

31) Por lo que a nuestra materia se refiere, vid, los siguientes artículos periodísticos de coyuntura: “Razones de una reforma constitucional” por

V. A MODO DE RECAPITULACION

Al cierre del presente prólogo se acaba de publicar la Ley N° 27600 (El Peruano, 16 de diciembre de 2001). En este orden de cosas, su *modus operandi* requiere una breve explicación. En primer término, suprime la firma de Alberto Fujimori del texto de la Constitución de 1993. En segundo lugar, la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú, y en particular el texto de la Constitución de 1979. Una vez que sea aprobado por el Congreso será sometido a referéndum, y de ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993. En el tercer rubro, se establece que el proceso de reforma llevará su desarrollo promoviendo el más amplio debate nacional, mediante la permanente realización de eventos académicos como foros, conversatorios, entre otros actos que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional. Ojalá que la realidad no esté lejos de responder a estos firmes propósitos, en aras de consolidar el sentimiento constitucional en el Perú, abriéndose vía hacia una nueva Constitución ejemplar concreta, como la denomina Peter Häberle.

Según la autorizada opinión de Häberle(32), que deberá tenerse en cuenta, en lo particular, se deducen tipológicamente cinco conjuntos de cuestiones, con base en el examen histórico y actual de los textos constitucionales. Estos conjuntos permiten reconocer, por un lado, lo típico en materia de “poder constituyente del pueblo” en el Estado constitucional; por el otro, también el amplio espectro de posibles soluciones político-constitucionales:

Francisco Miró Quesada Rada (El Comercio, 17 de diciembre de 2001); “¿La del 79 o la del 93: es esa la cuestión?” por Juan Monroy Gálvez (El Comercio, 28 de diciembre de 2001); “Los entrampamientos constitucionales de la Comisión de Constitución” por Carlos Mesía Ramírez (Liberación, 28 de diciembre de 2001) y “El Congreso y la reforma total” por Víctor García Torna (Liberación, 30 de diciembre de 2001). Para una visión global, puede consultarse el número especial de *Legal express*, Año 1, N° 7, Lima., 2001, donde se incluyen artículos de Domingo García Belaunde, Francisco J. Eguiguren Praeli, Samuel Abad Yupanqui, César Landa Arroyo y Víctor García Toma.

32) Cfr. Peter Häberle: *El Estado constitucional*, traducción del alemán e índices de Héctor Fix-Fierro, UNAM, México, D.F., 2001, págs. 130-132. Antecede un Estudio introductorio de Diego Valadés.

a) ¿En qué “lugares” o apartados abordan los diversos textos constitucionales, desde el punto de vista de la sistemática actual, el problema del poder constituyente del pueblo?

b) ¿Quién y en cuáles procedimientos interviene como “sujeto” en los procesos constituyentes?

c) ¿El poder constituyente del pueblo es fijado en el texto en determinados procedimientos o no? ¿Existen determinadas variantes procesales expresas en el texto?

d) El poder constituyente del pueblo, ¿se encuentra incorporado textualmente en un “contexto” de determinados contenidos normativos (como la dignidad humana, la justicia, los sucesos históricos), por ejemplo, y de manera especial, en los preámbulos o en los artículos de “reconocimiento”? o bien, ¿aparece como “poder” desvinculado, libre, que decide “normativamente” a partir de la nada”? y;

e) En relación con lo anterior, ¿existen límites escritos o no escritos (“autoimpuestos” o culturalmente puestos) del poder constituyente del pueblo?

Admitido lo que precede, ¿qué significa la reforma constitucional? En cuanto tal, se trata de un procedimiento especial como lo establece el artículo 206 de la Constitución:

“Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral”.

De otro lado, nos encontramos frente a un problema político que merece una solución jurídica. Para lo cual, se deben considerar y deslindar los siguientes aspectos(33):

- a) El concepto de Constitución: formal o material.
- b) El tipo de Constitución: de constitutione data o de constitutione ferenda.
- c) La reforma, ¿es lo mismo que la mutación constitucional?(34).
- d) El proceso constituyente originario.
- e) La soberanía del poder constituyente.
- f) Los límites materiales a la reforma constitucional.
- g) La interpretación coherente y unitaria de la Constitución, que en ningún caso pueda violentar o suplantar la voluntas constituens.
- h) El respeto por la supremacía constitucional.
- i) La prevalencia de la Constitución escrita frente a la Constitución histórica; y
- j) La experiencia que ofrece el mercado comparado, por ejemplo Suiza e Italia, como contextos del Derecho Constitucional euroatlántico.

Pero sean cuales fueren los esfuerzos, el referente doctrinal es obligado, por más que se diga que la reforma constitucional es perfecta en la teoría, pero

33) Vid, el reciente libro, escrito con perfecta unidad expositiva, de Benito Aláez Corral: Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

34) Mayores precisiones se anotan en el libro de Hsü Dau-Lin, que me hizo conocer el profesor salmantino Pablo Lucas Verdú (Salamanca, 1923), con el siguiente título: Mutación de la Constitución, traducción del alemán por Pablo Lucas Verdú y Christian Forster, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998. Antecede Prólogo de Lucas Verdú.

que en la realidad ha dejado de serlo. Por ahora, lo planteo como hipótesis de trabajo.

Pues bien, Eto Cruz con su libro Estudios de Derecho Constitucional se convierte en el abanderado para llevar adelante el venidero cambio político e institucional en el Perú desde el ángulo académico, y su lectura, en especial para los profesionales y operadores de la vida política, será de ventajosa utilidad. Llegados al término de la tarea y empresa, -no me lisonjeo de haber trazado una exposición completa- es preciso señalar que los ensayos de muy elevada cosecha escritos por Eto Cruz, y ahora publicados, en cuanto al orden del conjunto, en forma de libro, seguirá ensanchando los senderos de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional y contribuyendo al desarrollo de la doctrina nacional. Ello se hace merecedor a una viva congratulación, esperando que su personalidad académica, llena de actividad y entusiasmo, siga prodigando enseñanzas a la estudiosa y atenta juventud de Trujillo.

Bologna, octubre de 2001.

Trujillo, Navidad de 2001.



LA DEMOCRACIA CONTEMPORANEA

Por Lucas Barrios*

El presente artículo tiene la pretensión de analizar, no exhaustivamente sino más bien a grandes rasgos, un tema de relevancia en estas horas que vive nuestro querido Paraguay. Se trata de la siguiente cuestión: ¿en qué consiste la democracia y cuáles son sus problemas actuales?

Con esa intención, se expondrá en la primera parte el concepto, definición, clases y elementos esenciales. En la Segunda Parte se hará un recorrido -a vuela pluma- sobre sus inicios, su prueba de fuego, su triunfo final y la Democracia Social de hoy. Finalmente, en la tercera y última parte se mencionará la “crisis” de la democracia, según el criterio de modernos pensadores.

Precisamente por ser un excursus que recorre “a grandes rasgos” la democracia, pido a los lectores la comprensión necesaria por su falta de rigor.

I CONCEPTO Y DEFINICION

Tratar de conceptualizar la democracia no es cosa fácil, los grandes pensadores no se ponen de acuerdo y, por lo tanto, no existe un criterio uniforme, más bien coinciden en ciertos elementos y características comunes a la misma.

Tal vez podamos iniciar este intento de conceptualización, señalando el origen griego de la palabra: DEMOS: pueblo; y KRATEIA o KRATOS: poder

*) Profesor Auxiliar en Filosofía del Derecho Turno Tarde, de la Facultad de Derecho UNA. Profesor Titular de Historia de las Instituciones Jurídicas en el C.P.I. de la Facultad de Derecho UNA. Profesor Alterno de Historia de la Cultura en la Facultad de Relaciones Pública de la ICOM.

o gobierno, es decir el poder o gobierno del pueblo. Pero no podemos contentarnos con eso, es muy ambiguo. Piensan algunos que tal vez una de las mejores formulaciones que se hicieran de la democracia ha sido la de Abraham Lincoln: *the goverment of the people, by the people, for the people* “el gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo”, no tanto por su simplicidad sino porque conlleva lo siguiente: Hay tres sujetos: Sujeto pasivo: que es el gobernado (el pueblo); Sujeto activo: que es el que gobierna (el pueblo) y Sujeto fin: que persigue el bienestar o bien de todos (del pueblo).

Sin embargo, tratando no ya de conceptualizar, sino de definir la democracia, el francés Joseph Folliet opina lo siguiente: “Sin faltar al respeto a la venerable memoria de Lincoln, nos permitimos comprobar que esta hermosa fórmula oratoria es un *slogan* más que una definición.”. para concluir definiendo la democracia de la siguiente forma: “Desde un punto de vista sobre todo jurídico, la democracia puede definirse, como el régimen político, económico y social (habría que agregar cultural) que tiende a asociar a un número creciente de ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos”; desde un punto de vista filosófico, “como la participación activa de los ciudadanos, en todos los órdenes de la vida social, en la elaboración de los destinos colectivos que condicionan su destino personal” (J. Folliet, *Prolegómenos para una filosofía democrática*, CRITERIO, año 1964).

CLASES: DEMOCRACIA DIRECTA E INDIRECTA

Existen dos maneras de concebir al pueblo como gobernante de sí mismo o, mejor dicho, participando en las decisiones de los asuntos públicos.

Democracia Directa: el pueblo no necesita de otras personas para gobernar. Todo el pueblo se reúne en Asamblea y dicta sus leyes, toma decisiones, designa cargos, etc., como en la antigua civilización ateniense y, hoy día, en algunos cantones suizos.

Democracia Indirecta: a) La representativa: el pueblo nombra periódicamente a sus representantes para que éstos desempeñen las funciones públicas. b) La semidirecta: por medio del plebiscito, referéndum, iniciativa popular, revocación de mandato y revisión de sentencias.

Es evidente que la única clase posible de democracia hoy en día es la indirecta, y a ella nos referiremos cuando utilicemos este término.

ELEMENTOS ESENCIALES

Para que una democracia pueda ser reconocida como tal se requieren:

a) Reconocimiento de la persona: como punto de partida la persona humana ocupa el lugar céntrico. El Estado es el que debe proponer el desarrollo de la personalidad de todos los individuos de la colectividad. El logro del bien común o bienestar debe compaginarse con el respeto de las personas. No hay verdadera democracia si un Estado no reconoce y cumple los derechos fundamentales del hombre. A esta concepción se opone el totalitarismo, donde el valor del Estado es absoluto y el de la persona es relativo, del cual nos ocuparemos más adelante.

b) Pluralismo de ideas: El resultado final -bien común- justamente aparecerá como conclusión de la tensión y aportación de los diversos puntos de vistas e intereses de los llamados “grupos intermedios”.

c) Organización política: Existe una serie mínima de instituciones jurídicas que debe tener todo Estado democrático, que asegure la participación efectiva del pueblo en los asuntos públicos, a saber:

-Sufragio universal.

-Una Constitución y un órgano de control de sus disposiciones (control de la constitucionalidad).

-Imperio de la Ley (Estado de Derecho).

-Un sistema de frenos y contrapesos del poder dividido en Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

-Una oposición institucionalizada, o más bien podríamos decir, el acceso de las minorías políticas en las decisiones públicas (por supuesto en su respectivo grado proporcional).

-Vigencia del principio de la mayoría.

-Y en la actualidad, preocupación por el aspecto social (Estado Social de Derecho)

II

LA DEMOCRACIA SUS INICIOS, SU PRUEBA DE FUEGO Y SU TRIUNFO FINAL

Es cierto que recién con movimientos ideológicos como el humanismo, la reforma, la ilustración y con el inicio de la edad moderna y la idea de que todos los hombres nacen para siempre libres e iguales, se torna “universal” en

el sentido de que se propaga por todas las naciones(1), y es esta etapa de la historia (edad moderna) la que se convierte en cuna de la democracia tal como la entendemos hoy (2).

La Revolución Francesa en 1789 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, son los grandes acontecimientos de la historia humana que hacen consolidar firmemente los principios democráticos de gobierno, dando comienzo a la edad contemporánea o postmoderna.

Pero aquí, haciendo una precisión histórica, corresponde mencionar que mucho antes de estos acontecimientos relevantes para la Europa continental, en el continente americano 13 colonias inglesas declararon su independencia de la corona británica en el año 1776, y posteriormente en al año 1787 fundaron un Estado que por primera vez en la historia de la humanidad se estructuraba como República Democrática sobre la base de la soberanía popular, de los derechos del hombre y sobre los siguientes principios:

- Una Constitución creadora del orden jurídico y del sistema de gobierno.
- Soberanía popular como fuente de todo poder (el soberano ya no es el Rey).
- Un gobierno formado por tres poderes.
- Igualdad ante la ley.
- Derechos civiles y políticos para todos los ciudadanos.
- Gobierno representativo por elección popular.
- Periodicidad en el ejercicio de las funciones públicas.
- Gobierno de la ley y no de los hombres encargados de hacerla cumplir.

Comienza entonces la Edad Contemporánea o Postmoderna que lleva ya sus 213 años. Y es en esta parte de la historia humana cuando la democracia va a pasar su prueba de fuego.

1) Todo un movimiento de nuevas ideas políticas en Europa a cargo de la Ilustración sumado al trabajo de los enciclopedistas, sentarán las bases decisorias para un mejor gobierno que el de la monarquía absoluta.

2) En rigor de verdad, cabe aclarar que las otras etapas de la historia, la Antigua y la Medieval, también tuvieron sus primeros intentos democráticos. Pero como el tema de este trabajo es la democracia contemporánea, nos bastará con citar -en la antigüedad- a Roma y Grecia, sobre todo Atenas; y en la Medieval, los fueros o cartas fundamentales que los reyes de España e Inglaterra firmaban, otorgando ciertas libertades civiles y políticas para sus ciudadanos.

En sus inicios la democracia era lo que se dio en llamar la Democracia Liberal Clásica, es decir, una democracia con principios liberales e individuales tal como lo consagraba el movimiento de la ilustración que sólo exaltaba al individuo como tal y se preocupaba de la masa social o del conjunto social del individuo.

Esta Democracia Liberal Clásica implica, un régimen de libertad en el que la dignidad de las personas y los derechos que ella sustenta como fundamentos de organización, se hacen realmente efectivos y vigentes en leyes que definen perfectamente esos derechos. Es decir, se preocupa por proteger, resguardar, promocionar los derechos del individuo, pero sólo los del individuo, sin considerar ningún aspecto social, razón por la cual se limitaba a preservar el orden público, la soberanía nacional y -algo muy importante – defendía la autorregulación del mercado a través de la ley de la oferta y la demanda, sin ningún tipo de intervención proveniente del Estado democrático.

Esta falta de intervención en el aspecto económico y social, dejó a los sectores populares totalmente desprotegidos ante los burgueses, que por entonces explotaban a los obreros en sus fábricas en condiciones infrahumanas.

Esto dio pie a Carlos Marx para considerar a la democracia como una “super estructura del capitalismo nacida para justificar el dominio de las clases burguesas”. Otros reaccionarios llamaron a la democracia en forma peyorativa como “plutocracia encubierta”.

Nacen así los Estados Totalitarios (comunismo, fascismo, nazismo, falange) que se embanderaron con los sectores populares desprotegidos convirtiendo al Estado en un FIN, como algo omnipotente al cual se subordinan todos los miembros y manifestaciones de la sociedad (individuo, familia, asociación, ejército, iglesia, economía, etc.). No existe la posibilidad de crítica. Se elabora una filosofía oficial y la prensa y la publicación de libros deben orientarse exclusivamente en sus postulados.

Los Estados totalitarios se basaron en un apoyo popular estructurado a través de un partido nacional único, los demás estaban fuera de la Ley. Llega a su máxima expresión cuando logra el dominio de las mentes de todos los individuos y para ello se sirve de diversos medios como la propaganda, la elaboración de la figura de un enemigo común a toda la sociedad, una policía política, el terror, etc. Se puede resumir la concepción totalitaria del Estado, en la célebre frase de Mussolini: “Todo en el Estado, nada fuera del Estado, nada contra el Estado”.

De esta manera el totalitarismo se convierte en el peor enemigo de la democracia; y sus postulados sociales hicieron ver la realidad de la situación a los políticos y pensadores de la época, quienes insertaron a la Democracia Liberal Clásica, principios sociales que dieron nacimiento a la Democracia Social o al Estado Social de Derecho.

Los regímenes totalitarios (fascismo, nazismo, falange) caen al finalizar la segunda guerra mundial. Pero queda vigorosamente el comunismo, que aparte de la URSS, se apodera de la mitad de Alemania y de otros países que hasta ahora sostienen dicho régimen. Comienza la guerra fría entre comunismo vs. democracia, que culmina con la mejor confirmación de esta última con los sucesos de 1989 (caída del Muro de Berlín) y de 1991 (desintegración de la URSS) y la disolución del comunismo nos deja frente a un vencedor absoluto: LA DEMOCRACIA. Pero la victoria no es global, sino parcial, porque se detiene frente a los países islámicos (20 aprox.) frente a China, Cuba y un leve resurgimiento de partidos nacional-socialistas, como en Austria y otros .

LA DEMOCRACIA SOCIAL

El concepto de la Democracia Social se identifica con lo más sagrado e insobornable que tiene el hombre: “la dignidad” al que ningún poder o fuerza consigue destruir. Se basa en la extratemporalidad humana de la democracia y en su consiguiente capacidad de renovación infinita.

No basta con decir que es el gobierno del pueblo o de la mayoría, ni con decir que es la mejor garantía para formar una comunidad de pueblos por y para la paz. Es insuficiente. Hay que definirla como la forma de gobierno o forma de sociedad que más se inspira en un sentido idéntico a nuestra conciencia de dignidad humana.

En su libro “*La Ciudad Humana*” (2001), Secundino Núñez nos enseña que la democracia tiene, por decirlo, buenas intenciones para el hombre; quiere elevarnos, enseñarnos a pensar, libertarnos. Quiere despojar a la cultura de todo carácter de privilegio y llevarla al pueblo. Tiene propósitos de educación. Por ende, aquel Estado que adopte la democracia, busca para su pueblo gobernado, que obtenga todos los bienes materiales, humanos y los valores más subidos del arte y la cultura. El Estado Democrático es un Estado que se preocupa del Bienestar Común (Bien Común). Es decir: “Tiene como finalidad la realización de los ciudadanos en los distintos aspectos que conforman las exigencias de la existencia humana: educación, salud, alimentación, vivienda,

trabajo, medio ambiente, seguridad social, servicios públicos, el pleno empleo, la redistribución de las riquezas, etc.”.

La Democracia Social ya no sólo tiene un criterio individualizado del hombre, en el sentido de otorgarle libertades civiles y políticas, mantener el orden y proteger sus derechos a la intimidad, a la propiedad privada y punto. Se preocupa además de crearles y de poner a su alcance los medios necesarios para que pueda vivir dignamente dentro del Estado. Así establece la primacía del interés general sobre el particular. Da un contenido social de la propiedad, pudiendo ser expropiada por causa de utilidad pública e interés social. Interviene en varios aspectos de la economía, pero no en forma absoluta.

Eso es la Democracia Social o el Estado Social de Derecho, idea que a partir de ahora estará inserta cuando utilicemos el término democracia, a parte de la de representativa.

III CRISIS DE LA DEMOCRACIA

En la democracia, como en muchas de las cosas humanas, no todo es color de rosa. Solemos escuchar en boca de la gente, más o menos, lo siguiente: Todos los políticos son iguales, cada cual va a lo suyo y busca su propio interés, y no es cuestión de partidos políticos, lo mismo da uno que otro, son todos unos sinvergüenzas que se enriquecen mientras están en el poder y luego se retiran a disfrutar. Los sindicatos, los estudiantes, los agricultores se manifiestan por las calles de la ciudad obstaculizando el tráfico. No se puede confiar en los policías, ellos mismos son los ladrones. Los jueces son todos unos coimeros porque dejan en libertad a los ladrones a las 24 horas de detenerlos. Los funcionarios públicos son unos vagos que lo único que hacen es chupar la sangre del Estado; ¿Y la juventud? Ah...!, la juventud está en paro, pero en parte es por su culpa, son unos vagos que sólo piensan en divertirse y sacar dinero a sus padres que trabajan durante 14 horas al día y llega el fin de semana y lo único que anhelan es convertirse en una masa danzante embriagados al ritmo de luces psicodélicas. Conclusión: A mí ya no me engañan, ya no voy a votar.

1. Esto es el Abstencionismo, pero mientras existen personas que votan todo seguirá igual. Un discurso como el anterior no es difícil de encontrar en cualquier democracia del mundo, muchos trabajadores o microempresarios suscribirían esas afirmaciones. Incluso algunos de ellos añoran tiempos pasa-

dos donde sin partidos opositores, sin libertad, no sólo de expresión y de manifestación, sino, física, había más orden, más respeto a la autoridad o como dicen: “se era feliz y no se sabía”.

Los abstencionistas de cualquier democracia tienen motivos muy variados para no votar: por pura pereza, por las condiciones climatológicas. Hay otros que están de acuerdo con el sistema democrático pero no les convence ningún candidato o partido; hay quienes alguna vez estuvieron entusiasmados por la idea democrática pero la realidad les ha desencantado; están en fin otros como los del párrafo anterior, que ponen en entredicho la misma idea de la democracia.

Cualquier democracia debe mirar siempre de reojo a sus abstencionistas. Si éstos llegaran a alcanzar alguna vez el 70% o el 80% de los votantes, la democracia estaría en grave peligro; y eso que en las últimas elecciones (las municipales del 2001) existen intendentes de ciertas localidades que fueron electos con un elevadísimo porcentaje de abstencionistas.

Por eso nos tiene que llamar la atención y analizar los factores que ponen en riesgo el sistema democrático y hacerlo en un sentido optimista, porque si pensamos que la democracia es un sistema en la que predominan factores negativos sobre los positivos, nos conduciría al escepticismo o al anarquismo; entonces carece de sentido luchar por ella. Sin duda la democracia tendrá que encontrar en sus propios principios las soluciones para estos variados problemas.

2. La Videopolítica. Posiblemente fue Giovanni Sartori el que acuñó este término y en su obra *Homo Videns* (1996) nos dice: “La democracia ha sido definida con frecuencia como un gobierno de opinión y esta definición se adapta perfectamente a la aparición de la videopolítica. Actualmente, el pueblo soberano “opina” sobre todo en función de cómo la televisión le induce a opinar. Y en el hecho de conducir la opinión, el poder de la imagen se coloca en el centro de todos los procesos de la política contemporánea”. “La televisión condiciona fuertemente el proceso electoral, ya sea en la elección de los candidatos, o bien el modo de plantear la batalla electoral o en la forma de ayudar a vencer al vencedor. Además la televisión condiciona, o puede condicionar, fuertemente las “decisiones” del gobierno”.

Vemos, pues, que para Sartori la televisión influye en la opinión pública, en las elecciones y en la decisión del gobierno. La videopolítica trae consigo las videoelecciones y al videolíder y la política queda videoplasmada, es

decir que la forma de hacer política cambió en comparación con la de hace 50 años cuando el caudillo tenía que estar en contacto con la gente, visitar todos los rincones de su país conociendo directamente la realidad de cada zona, conociendo a su gente. Pero ahora ya no necesita de eso, porque en vez de estar en la plaza central de una compañía lejana, directamente entra en el dormitorio de cada familia que, al despertarse o antes de dormir, lo ve y escucha en su pantalla de televisión. El caudillo ahora es videolíder.

Mussolini, Hitler, Perón, es cierto, utilizaron la radio y la prensa escrita. La diferencia es que el primero magnetizaba con sus discursos histéricos y torrenciales y el segundo con su retórica lapidaria, es decir, todos ellos “transmitían” mensajes. El videolider más que transmitir mensaje “ES” el mensaje mismo.

En otra obra anterior Sartori expresa: “La televisión privilegia la acción y oculta el discurso. Se prefieren las entrevistas casuales a quien no tiene nada significativo que decir (el espectáculo, el *show business*). Por lo tanto: la vídeopolítica da lugar a la promoción de la democracia de protesta y a la minimización de la democracia de la razón”.

3. La sociedad de las expectativas. Rápidamente explicaré esta tesis también de Sartori. La Democracia Social consagró para los ciudadanos ciertos derechos que anteriormente no consagraba la Democracia Liberal Clásica. Esta se encargaba de garantizar y facilitar que cada individuo goce de su derecho a la vida, a la libre expresión, a la libertad, a la propiedad, etc., y protegiendo esos derechos el Estado no gastaba ningún dinero de la hacienda pública. Pero la democracia social trajo consigo el derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a la alimentación, al trabajo, etc., y son derechos “sociales” que cuestan dinero y que son gravosos para el Estado, es decir, existe un costo social, lo cual hace que estos derechos estén garantizados a las personas por el solo hecho de nacer dentro de un Estado Social de Derecho.

Es una obligación del Estado sin contrapartida de ingreso y para el ciudadano es un “derecho absoluto” sin una contrapartida de obligación. Esto podría ocasionar un desequilibrio. “Hay que tener en cuenta -dice G. Sartori- que la clave no es la cantidad de los suministros destinados a las necesidades sociales, sino su título, su justificación. Y por lo tanto ¿a título de qué son debidos los derechos materiales como los de vivienda y subsidios? Son debidos, sí, pero en la medida de lo posible y a condición de que su coste material pueda pagarse, es decir, siempre y cuando exista disponibilidad de dinero en la hacienda pública para costearlos. La democracia se encamina hacia el déficit,

la mal denominada sociedad de las expectativas es la que en mayor medida va al asalto de la hacienda pública. Como consecuencia de todo lo debido, la democracia seguirá estando en déficit y la mala política en auge, y todo esto sin provecho alguno porque la sociedad de las expectativas disfruta de una generosidad que no aprecia”.

4. La democracia “tutelada” de América Latina: También Alain Touraine, en su libro “*¿Qué es la democracia*” (1994) se refiere a la democracia latinoamericana como una “democracia tutelada”, en el sentido de que en América Latina desde que se implantó la democracia siempre estuvo sostenida por factores externos o mejor dicho extranjeros. Latinoamérica no ha aportado absolutamente nada original a la idea de democracia tanto en lo teórico como en el campo de las acciones, y todo el régimen democrático de este continente se debe a pensadores extranjeros y consiste en imitar experiencias también extranjeras.

Sin embargo, en su última visita a Paraguay (octubre del 2002), Alain Touraine en la conferencia que dictó en la Facultad de Filosofía de la UNA, manifestó que en la actualidad existen tres “acciones” genuinamente latinoamericanas que con el tiempo podrían ser grandes aportes a la idea de democracia en el mundo: 1°) El Subcomandante Marcos: que con su trabajo pacífico está tratando de integrar a la población indígena (mayor número en América) dentro del sistema democrático y con resultados positivos, es decir, un grupo importante de personas que estaban fuera del sistema, hoy se los ve integrarse dentro del mismo, de un modo pacífico para que la democracia alcance a todos los integrantes de esa sociedad; 2°) El fenómeno Lula da Silva demuestra que en un régimen democrático también los trabajadores pueden llegar a situarse en los círculos de poder, entendido como círculos decisorios de los destinos de una sociedad; y finalmente, 3°) La labor de Martín Almada y su grupo, que van descubriendo documentaciones, es decir, pruebas de los terribles regímenes antidemocráticos que existían, no sólo en Paraguay sino en el Cono Sur de América: Argentina, Chile, Uruguay, Brasil y otros, sirviendo como memoria viva a las nuevas generaciones de americanos del terrible pasado dictatorial, animándose incluso, a presagiar que el museo o archivo del terror posiblemente se convierta en un museo o archivo latinoamericano del terror.

Estas cuestiones son novedosas desde el punto de vista de la crisis de la democracia, lastimosamente el tiempo y el trabajo no dan para seguir analizando una a una. Por ahora nos conformamos con citar otros puntos críticos comunes a todas las democracias como: el debilitamiento de los partidos, la corrupción, la relajación de la ética ciudadana y de la función pública, la crisis

de la representación política, la democracia de mercado. Aquí cabe acotar algo personal sobre la democracia paraguaya, y es la INERCIA MENTAL con que muchos van a votar al candidato Pato Donald por ser su correligionario, sin analizar las mínimas condiciones de honestidad, preparación y responsabilidad.

“La democracia es una apertura de confianza al *homo sapiens* a un animal bastante inteligente como para saber crear y gestionar por sí mismo una ciudad buena. Pero si el *homo sapiens* está en peligro, la democracia también. Con mayor razón no nos podemos permitir proceder como antes. ¿Sabrá resistir la democracia a la democracia? Sí, pero a condición de jugar con más inteligencia y sobre todo con más responsabilidad”. (*Giovanni Sartori, La democracia después del comunismo, 1989*).

Finalmente cabe afirmar que la democracia no es una teoría, ni es el Estado el que debe ponerla en práctica. La democracia es también una **forma de vida**, es una conducta humana, y esto es así porque entre persona y democracia hay una relación de identidad, tal como lo indicáramos anteriormente.



LAS NUEVAS ORIENTACIONES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Por Segundo V. Linares Quintana

Desde hace muchos años, en el libro, la cátedra, la tribuna de conferencias y los artículos en publicaciones especializadas, hemos venido sosteniendo que nuevos conceptos y orientaciones prevalecen hoy en la ciencia del poder, imponiendo criterios, enfoques y técnicas investigativas distintos de los tradicionales, que comportan profundo cambio y renovación con respecto a la concepción clásica, que durante tantos años pareció poco menos que inmovible y que todavía orienta a no pocos constitucionalistas.

Ello explica que en los últimos tiempos se hable con insistencia de una nueva ciencia política y constitucional, que habría reemplazado a la antigua disciplina. Creemos, sin embargo, que más exacto que hablar de una nueva ciencia política y constitucional, es hacerlo de las nuevas orientaciones y tendencias que en el momento actual imperan en dicho ámbito del saber. No obstante y a riesgo de incurrir en desajuste semántico, se suele admitir la ya difundida expresión, con el exclusivo propósito de resaltar la envergadura y la profundidad del cambio.

Con esta reserva, podemos afirmar que el rótulo de ciencia política y constitucional vincula en forma íntima áreas de investigación que antes eran estudiadas de manera separada y hasta como compartimentos estancos; porque precisamente, una de las notas más significativas y provechosas en que coincide el movimiento renovador en la materia, es la supresión de las fronteras con que, artificial e ingenuamente, pretendíase separar lo que en realidad es inseparable. Del mismo modo que, en el hecho, van desapareciendo los límites que otrora convertían en sectores completamente aislados a la ciencia política, la antropología, la sociología, la psicología, la economía y otras disciplinas afines, hoy, y cada día más, la ciencia política y la ciencia constitucional

se integran en una sola y única disciplina. Con lo que se confirma la afirmación de Tierno Galván, de que ya es un lugar común que la ciencia política va perdiendo claridad en sus límites y precisión en el contenido, por cuanto se encuentra en un período de reajuste y novedad, en el que su objetivo primordial ha perdido fijeza por sufrir sus estructuras un cambio todavía en proceso(1).

Esta integración de la ciencia política y la ciencia constitucional en una sola y única disciplina no comporta, en definitiva, sino el retorno a la clásica idea aristotélica de la ciencia soberana entre las ciencias que a juicio del inmortal estagirita era la ciencia política, la cual también abarcaba el análisis científico de las Constituciones. Porque si con justicia se considera a Aristóteles el fundador de la ciencia política, primordialmente por la construcción sistemática y científica que elabora en su *Política*, también lo es de la ciencia constitucional, con el estudio de las constituciones griegas que realizó con sendas obras -de las que, por desgracia, sólo ha llegado hasta nosotros la de la Constitución de Atenas- así como por el análisis comparativo que hace de aquéllas en su *Política*.

El constitucionalista francés Paul Marie Gaudenet ha dicho sabiamente que “en definitiva, el aporte esencial de la joven ciencia política al viejo derecho constitucional, parece ser el ensanchamiento de su objeto y el perfeccionamiento de su método. Así, derecho constitucional y ciencia política no se oponen. Pero concebido como ciencia política y, por tanto, revigorizado, el derecho constitucional parece ser llamado a ser la ciencia política fundamental, a cuyo alrededor vendrían a ordenarse las demás. Así, el derecho constitucional se muestra como el máspreciado instrumento para el estudio del gobierno de los hombres”(2). Hacer ciencia política en el ámbito del derecho constitucional -cual es una de las voces de orden del cambio-no significa, en el fondo, sino admitir que ha sido derribado el muro que en otros tiempos incomunicara la joven ciencia política y el viejo derecho constitucional -según la expresión de Gaudenet-, los cuales, hoy juntos, integran la ciencia política fundamental -según la concepción aristotélica- en estado de constante transformación y perfeccionamiento.

1) Tierno Galván, Enrique, Prólogo a Pablo Lucas Verdú, *Introducción al derecho público: las transformaciones sociales del derecho público actual*, p. 9, Barcelona, 1958.

2) Gaudenet. Paul Marie, *Derecho constitucional y ciencia política*, “*Revista de Estudios Políticos*”, nº 68, p. 71, Madrid, marzo-abril 1953.

El derecho constitucional, aunque algunos no lo crean, se encuentra experimentando un cambio tan profundo como nunca antes había ocurrido. Como advierte Pablo Lucas Verdú, “atravesamos una etapa de intensa transformación. Estamos asistiendo al lento y laborioso proceso de acomodación de las normas constitucionales a la nueva estructura social. Apareció, como se sabe, con la Revolución Francesa, fruto maduro de la burguesía; sufrió el impacto sucesivo de las conmociones sociales para llegar a nuestros días afectado por una situación crítica, pues intenta reducir la separación existente entre la norma y la realidad”. El nuevo derecho constitucional parece así convertirse en derecho de la realidad, para lo cual utiliza la colaboración que le prestan la ciencia política, la antropología, la sociología, la psicología y hasta disciplinas en apariencia tan poco afines como las ciencias matemáticas.

Verdú, para demostrar que el derecho constitucional intenta ser derecho de la realidad, considera tres aspectos fundamentales: las bases ideológicas, la constitucionalización de los poderes de hecho y las realidades sociales y el ajuste de la estructura a la situación. En el derecho constitucional tradicional existían factores importantes en la vida política que, sin embargo, no eran contemplados por los textos constitucionales: los partidos políticos, los grupos de presión, los sindicatos, la huelga. Hoy, la disciplina ha constitucionalizado tan importantes elementos, enriqueciendo su contenido, a la vez que amenazando a la estricta consideración normativa de sus cuadros. Bien se pregunta Verdú si podrá el constitucionalismo comprender el rico contenido de su ciencia pertrechado tan sólo con los instrumentos de la dogmática jurídica(3).

Manuel Jiménez de Parga destaca que la atención por las estructuras socioeconómicas y por las fuerzas políticas reales no supone una infravaloración de las normas jurídico-políticas, sino todo lo contrario. Lo que la moderna politicología pretende es redondear la visión parcial de los constitucionalistas, en cuyo enfoque faltaba advertir la creciente complejidad de la realidad política: faltaba subrayar que la norma jurídica nunca es el único principio estructurador de un régimen. O sea, que en el constitucionalismo tradicional faltaba, en definitiva, situar lo político en su propio contexto, de acuerdo con lo que caracteriza al espíritu de la ciencia política. Esta nueva actitud espiritual en el estudio de los fenómenos políticos se caracteriza por su realismo, por la renovación de los métodos de investigación y por una nueva explicación de dichos fenómenos(4).

3) Verdú, Pablo Lucas, Introducción al derecho político: las transformaciones del derecho político actual, cit. p. 102.

4) Jiménez de Parga, Manuel, Los regímenes políticos contemporáneos, p. 32, Madrid, 1965.

Sin embargo, la reacción contra la posición tradicional y los abusos del empleo exclusivo y excluyente del enfoque jurídico en el campo del derecho constitucional, llevó a que, cayendo en el extremo opuesto, se incurriera en el hiperfactualismo y a que no pocos especialistas, ante el fantasma del teoricism, pretendieran convertir a la ciencia política y constitucional en una simple acumulación y descripción de hechos y datos, cuya maraña los ciega para perderlos. “Es claro -como dijera Bertrand de Jouvenel- que los meros hechos no pueden formar un conocimiento, a menos que sean ordenados según un criterio; su ordenación requiere siempre una teoría que extrae ciertos aspectos similares, atribuye a los mismos nombres comunes y supone procesos que dan lugar a esos hechos. Los procesos que asumimos constituyen en la mente una especie de modelo de lo que sucede en la realidad objeto de nuestra atención, un intento necesario de reducción de la diversidad fenomenológica a la simplicidad intelectual. Semejante teoría tiene una finalidad representativa, nos guía en la tarea de reunir hechos; éstos, a su vez, exigen la introducción de ciertos cambios en nuestra teoría, siempre y cuando no pueda ésta dar una explicación de los mismos. En la estructuración de nuestra teoría, nos movemos desde un grado de simplicidad inicial hacia una progresiva complejidad, hasta arribar, posiblemente, a una teoría diferente que alcanza la función representativa con mayor elegancia y exactitud. Una teoría así elaborada progresa con el curso del tiempo, explicando un cúmulo siempre creciente de observaciones”(5).

Como señala Giovanni Sartori, la teoría no goza de gran favor en estos momentos; y no sólo se le ha asignado un papel secundario sino, lo que es peor, la palabra teoría, al menos en política, no es ni siquiera honorífica. Decir teoría económica suena bien, pero teoría política tiene un tono sospechoso: pareciera que fuera afín de racionalización ideológica. Y el distinguido profesor de la Universidad de Florencia concluye afirmando: “No estoy de acuerdo con quienes menosprecian la influencia práctica de la teoría y mucho menos con quienes la ven con suspicacia”. Piensa que “en nuestros días, los libros de política versan sobre dos cosas totalmente diferentes: la política según la estudia la ciencia que de ella trata y la política según la vive, concibe y percibe el pueblo a que afecta”; y agrega: “no veo ninguna razón para inclinarse en el primer sentido con detrimento del segundo. Quiero decir que ambos métodos son igualmente necesarios y que no se excluyen mutuamente, pese a que algu-

5) Jiménez de Parga, Manuel, Los regímenes políticos contemporáneos, cit., p. 32.

nos hombres de ciencia tiendan a sustituir con el primer método el segundo, confundiendo así la posición del observador con la situación del actor”(6).

Bien ha dicho Heller que “ni la teoría ni la práctica pueden deducir sus ideas maestras del espíritu puro; una y otra han de extraerlas de las motivaciones psicológico-pragmáticas de los hombres reales... El conocimiento de la realidad política y su valoración se hallan pues entrañablemente unidos”(7). Y Friedrich explica con acierto que “la teoría, si la diferenciamos de la filosofía y de la opinión, es el conjunto más o menos sistematizado de generalizaciones demostrables, o al menos coherentemente argüibles, basadas en el análisis riguroso de hechos comprobables. En calidad de tal, constituye el núcleo de la mayoría de las ciencias y disciplinas, aunque algunas de éstas -la historia, por ejemplo- parecen evitar esta generalización o aceptarla tan sólo para fines puramente académicos. Por el contrario -dice Friedrich-, la política, al menos desde los griegos, progenitores de la ciencia occidental, ha sido sometida a dicho análisis y los datos de la experiencia política han servido para fundamentar la teoría política”(8).

Claro está que del mismo modo que no puede existir teoría sin realidad, tampoco resulta posible el análisis científico de ésta sin el auxilio de aquélla. Easton dice que en el presente estado de desarrollo, considerablemente empírico, en que se encuentran las ciencias sociales, no se necesita insistir demasiado en que el conocimiento científico debe estar fundado en hechos. “Lo que sí es necesario decir con énfasis -agrega- es que en si mismos y por sí mismos, los hechos no nos permiten explicar o comprender un acontecimiento... La búsqueda de conocimientos sólidos sobre los fenómenos políticos empíricos exige, al final de cuentas, la elaboración de la teoría sistemática”(9).

En muchos sectores de la doctrina política prevalece el erróneo y nocivo criterio que tiende a enfrentar la labor teórica con la labor empírica, como si se tratara de puntos de vista opuestos y antagónicos. El profesor Key afirma que es sumamente raro el trabajo realizado por un teórico de la ciencia política que ofrezca líneas de potencial convergencia entre la investigación teórica y la

6) Sartori, Giovanni, Aspectos de la democracia, p. 8, México. 1965.

7) Heller, Hermann, Teoría del Estado, pp. 76/77.

8) Friedrich, Carl J., El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política, p. 13, Madrid, 1968.

9) Easton, David, The political system: an inquiry into the state of political science, Nueva York, 1953.

investigación empírica; y que es solamente entre los más antiguos y quizás más sabios teóricos que puede encontrarse una consideración reflexiva de los problemas de la concordancia entre uno y otro punto de vista investigativo. “Lo más común -dice- es que prevalezca la separación. La doctrina extrema parece sostener que los teóricos deben trabajar en aislamiento de la investigación empírica y del empírico mundo de la política”. Por todo ello, preconiza que “la labor empírica del científico político debe llegar a ser menos teóricamente irrelevante y su labor teórica con mayor base empírica”(10). Por eso, no deja de contener una irónica verdad, la proposición con la cual el relator Harry Ekstein, profesor de la Universidad de Harvard, sintetizaba los verdaderos términos del problema que surgía de las discusiones de los participantes de la “Conferencia sobre la teoría política y el estudio de la política”, realizada en 1955 en la Northwestern University de Estados Unidos: ¿cómo y por qué era que los filósofos políticos y los científicos políticos realizaban su labor para que la mayoría de ellos reconociera que tenían tanto que aprender los unos de los otros?(11).

Catlin sostiene que podemos tener un sistema de ideas consistente y que por medio de la observación, de experimentos controlados, de medidas y verificaciones, puede comprobarse que tal sistema tiene una relación efectiva para la interpretación y el control de los acontecimientos reales. A medida que la ciencia política se desarrolla, la relación entre los modelos abstractos y las condiciones objetivas y su poder de predicción práctica llegará a ser más estrecha y el nexo entre nuestros valores estéticos o éticos y su realización práctica será más plenamente reconocido por medio de la utilización de instrumentos sociales adecuados. Toda teoría política sólida -dice- tiene, a largo plazo, un influjo sobre la práctica hipotética, ya que el verdadero tema de estudio es de tal clase que que impulsa al hombre a ejercer la elección(12).

El profesor de la Universidad de Nancy, Paul Marie Gaudenet, en un magnífico estudio acerca de la relación entre el derecho constitucional y la ciencia política, nos clarifica, en una ilustrativa visión retrospectiva, cuáles han sido y cuáles son las posiciones respectivas de una y otra ciencia. Disci-

10) Key, V. O., The state of the discipline, “The American Political Science Review”, t. LII, n° 4, p. 968, diciembre 1958.

11) Political theory and the study of politics: a report of a Conference, “The American Political Science Review”, t. L, n° 2, p. 475, junio 1956.

12) Gordon Catlin, George E.. Las relaciones de la teoría y la práctica en política, “Revista de Estudios Políticos”, n° 110, pp. 107 y 109, marzo-abril 1960.

plina jurídica, el derecho constitucional clásico considera los problemas planteados por el gobierno de manera abstracta. Para él, toda norma desde el momento en que ha sido sancionada, promulgada y publicada, adquiere todo su valor y se cuida poco de los problemas que, sin tener fuerza jurídica, pueden desviar el sistema político. A partir de entonces, ofrece una visión estática del mecanismo gubernamental, muestra todos los engranajes, sin procurar distinguir entre los que verdaderamente son motores y los que apenas sirven más que a la estética del sistema y que están por completo privados de eficacia. El derecho constitucional clásico desmonta las piezas del mecanismo gubernamental sin averiguar cómo engranan y cómo marchan. Para él sólo cuentan las realidades estatales que tienen una expresión jurídica. No ve al Estado y al Gobierno sino a través de las reglas jurídicas que los organizan y los haría retornar con gusto a un conjunto de reglas jurídicas abstractas. Es lo que hacía Kelsen cuando definía al Estado como un simple sistema de normas. Situación semejante no podía sino suscitar una reacción. El derecho constitucional, disciplina de tendencia liberal y abstracta, por si solo no podía abarcar la totalidad del problema del gobierno del Estado. A su lado había sitio para una disciplina más pragmática y más concreta: la ciencia política(13).

En tanto que el derecho constitucional se desarrollaba prevalentemente en la Europa continental, fueron los países anglosajones los primeros en promover profundas investigaciones en el dominio de la ciencia política. Careciendo los ingleses de Constitución escrita y orgánica e ignorando la supremacía de las normas constitucionales, no se sintieron impulsados a constituir una disciplina autónoma para el estudio de dichas reglas jurídicas, con mayor razón si se tiene en cuenta que su régimen político es a menudo dirigido por las convenciones que, sin base jurídica, no por ello son menos obligatorias para los gobernantes. Ello dio lugar a que el estudio de los problemas del Gobierno fuera emprendido al margen de las preocupaciones jurídicas y que el derecho constitucional dejara el paso a la ciencia política, más concreta y menos teórica, en un ambiente favorecido por el característico pragmatismo anglosajón. Tal origen imprimió a la ciencia política dos notas importantes: a) su pragmatismo y el cuidado de la eficacia; el derecho constitucional parecía encaminado, sobre todo, a limitar el poder y salvaguardar la libertad; la preocupación de la ciencia política es encontrar las reglas de un gobierno eficiente, con una organización que asegure un buen rendimiento; b) su concreción; ya que lejos de perderse en abstracciones, la ciencia política estudia los sistemas políticos en su realidad concreta, sustituyendo el enfoque prevalentemente estático del

13) Gaudenet, Paul Marie, Derecho constitucional y ciencia política, "Revista de Estudios Políticos", n° 68, p. 65, marzo-abril 1953.

derecho constitucional clásico por el punto de vista esencialmente dinámico y funcional. Claro está que de esta tendencia a la concreción resulta un peligro tan grave como el de la abstracción inherente al derecho constitucional clásico, al amenazar en convertirla en una mera técnica para el uso de los gobernantes(14).

Aparentemente, lo expuesto parecería llevar a mantener y aun a profundizar la separación tradicional entre el derecho constitucional y la ciencia política, asignando a aquél el simple análisis de los textos constitucionales, desprovistos de sentido funcional, y dejando a esta última la elaboración concreta de la técnica o el arte de gobernar con eficacia. Estamos seguros, sin embargo, de que procediendo de manera semejante se incurriría en gravísimo error y que el criterio exacto es la síntesis o integración en una sola ciencia de los que no son sino aspectos o enfoques distintos, pero complementarios de la misma disciplina: la ciencia político-constitucional, o sea, la ciencia soberana entre las ciencias, al decir de Aristóteles y que no es otra cosa que politizar el derecho constitucional y juridizar la ciencia política(15).

Sea que coincidamos con Mirkiné Guetzévitch en que la ciencia política es el método adecuado para estudiar el derecho constitucional, o que pensemos, conforme con la última opinión expuesta por Burdeau, rectificando su anterior criterio, que el derecho constitucional es el que proporciona la herramienta metodológica a la ciencia política, lo real es que hoy una y otra disciplina constituyen áreas inseparables de investigación, que se integran e influyen recíprocamente. La ciencia política incide sobre el derecho constitucional, encaminándolo hacia un enfoque más realista e integral de las instituciones políticas, mediante la utilización de técnicas investigativas adecuadas, que comportan una profunda renovación de los métodos tradicionales. A su vez, el derecho constitucional orienta a la ciencia política, como la estrella polar al navegante, proporcionándole pautas de valoración que liberarán al investigador del peligro, que muchos no han podido sortear, de convertir lo que verdaderamente es una ciencia, en una mera recopilación de datos empíricos. De esto se deduce que la finalidad específica del derecho constitucional deberá ser la luz que ilumine el camino de la ciencia política; finalidad que es la consagración práctica de la libertad y la dignidad del hombre, a la vez que la realización efectiva de la justicia, mediante el imperio del derecho.

14) Gaudenet, Paul Marie, Derecho constitucional y ciencia política, "Revista de Estudios Políticos", n° 68, p. 65, marzo-abril 1953.

15) Gaudenet, Paul Marie, Derecho constitucional y ciencia política, "Revista de Estudios Políticos", n° 68, p. 65, marzo-abril 1953.

El derecho constitucional es, por consiguiente, el derecho de la realidad, o, dicho en otros términos, el derecho de las instituciones políticas. Como explica Jiménez de Parga, el verdadero régimen político de un pueblo tiene una estructura compleja determinada, en parte por la estructura normativa de la Constitución y por la ideología que a ésta informe y, en parte, por el juego de los poderes fácticos que operan al margen de los esquemas constitucionales, O sea, que el régimen político de un pueblo no coincide con la organización establecida en la letra del documento constitucional. Es por ello que la disciplina científica que pretenda dar a conocer la verdad política de un régimen tiene que emplear métodos de análisis realistas; será una disciplina jurídica, ya que el derecho es un principio configurador de la política, y la exégesis de la Constitución y de las normas complementarias ilumina una de las vertientes de cualquier régimen; pero además, será una disciplina preocupada por el funcionamiento efectivo de las instituciones y por las bases de toda índole que apoyan las distintas soluciones políticas(16). Por lo demás, el derecho constitucional como toda otra disciplina científica, no es algo estático, sino dinámico. Bien escribió Unamuno, que “a todos nos enseñan lo que es ciencia y lo olvidamos al mismo tiempo que lo estamos aprendiendo, en un solo acto. Olvidamos que la ciencia es algo vivo, en vías de formación siempre, con su fondo formado y eterno y su continuo proceso de cambio”(17).

Como señala Burdeau, en cuanto ciencia el derecho constitucional está circunscripto por las reglas jurídicas relativas a las instituciones políticas. Su estudio exige vastas incursiones en el ámbito de los hechos, pero, por lo menos, se realiza a partir y en función de un sistema normativo. En cambio, la ciencia política no está ligada por las normas jurídicas y sus investigaciones abarcan todos los fenómenos políticos, estén o no regulados por el Derecho. No es pues exacto que el derecho constitucional, como ciencia, deba limitarse y reducirse al análisis de las reglas jurídicas. Su objeto directo es, sin duda, exponer un sistema normativo, pero las normas que lo integran son función de un medio que hay que conocer, aunque más no sea para interpretarlas desde el punto de vista jurídico estricto. Siendo el Derecho una ciencia social, mal podría hacer abstracción de la realidad viviente(18).

16) Jiménez de Parga, Manuel, Regímenes políticos contemporáneos, p. 11.

17) De Unamuno, Miguel, La tradición eterna, “Obras selectas”, p. 50, Madrid, 1956.

18) Burdeau, Georges. Método de la ciencia política, p. 130.

En el campo del derecho constitucional ha de tenerse en cuenta el carácter institucional que además del normativo posee nuestra disciplina. “Si el privatista -expresa Biscaretti di Ruffia- es impulsado muchas veces a contentarse con la concepción normativa, en la medida en que el derecho privado se explica generalmente en un ámbito rígidamente delimitado por las normas positivas, el juspublicista, en cambio, se ve obligado casi siempre a superar la esfera dominada por las reglas en cuestión para ascender a las fuentes de producción de las mismas normas, tomando directamente en consideración las instituciones que realizan concretamente aquéllas o, por lo menos, las actúan y tutelan. Con otras palabras, el especialista del derecho público es impulsado necesariamente a considerar, ante todo, aquellos elementos del derecho que son distintos de las simples normas: o sea, más explícitamente, a la misma estructura del ordenamiento jurídico, a sus procedimientos de formación y de evolución, a las normas y procedimientos con los que se actúa y originan las mismas normas”(19).

Uno de los más brillantes exponentes de la nueva concepción del derecho constitucional, Maurice Duverger, en la advertencia preliminar de su señero libro *Instituciones políticas y derecho constitucional* afirma que “la orientación fundamental de este libro es sociológica y no metafísica. Su punto de partida no es una concepción a priori del Estado y del Gobierno, sino el análisis de los hechos. Y por este análisis se intenta precisar los fundamentos de las concepciones del Estado y del Gobierno. Este método desemboca en una verdadera desmitificación. Permite comprobar que las instituciones políticas y constitucionales son objeto de una competencia permanente entre grupos sociales, de una lucha constante, de las cuales son a la vez los medios y la meta propuesta. Si las nociones de Estado, defensor del interés general, y Gobierno, que encarna la voluntad nacional, corresponden a veces a la realidad, mucho más a menudo, o al menos en parte, constituyen un medio para disimular la dominación de ciertos grupos sobre otros y de hacerla aceptar por los miembros de estos últimos. En este contexto aparece la verdadera significación de las doctrinas políticas, de las teorías jurídicas y de las concepciones metafísicas que pretenden a veces fundamentarlas; armas utilizadas en los combates políticos y sociales, que a menudo cambian de manos siguiendo las vicisitudes de la batalla”. Y precisando aun más su enfoque, agrega Duverger que si bien el conocimiento de los hechos es sin duda antiguo, hasta ahora la tradición de los juristas consistía en pasar por alto más o menos estas realidades y, llevados por su tendencia a la abstracción y la sutilidad de su razonamiento, dar la mano a esta mitificación fundamental que deifica al Estado y a los gobernan-

19) Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, p. 67.

tes que lo encarnan. “El derecho constitucional -dice Duverger- es cada vez menos el derecho de la Constitución, para convertirse cada vez más en el derecho de las instituciones políticas, conténganse o no en el texto constitucional”. Y agrega que “en adelante, no nos debemos limitar tan sólo a un análisis jurídico de las instituciones políticas, sino que se deben incluir éstas en un análisis más completo y más amplio, de naturaleza sociológica: un análisis de ciencia política”. Y subraya que este cambio de orientación lleva consigo dos consecuencia esenciales: a) comporta una ampliación del campo de estudios tradicional; no se estudian solamente las instituciones políticas regladas por el derecho, sino también las que el derecho ignora más o menos completamente, y b) las instituciones políticas regladas por el derecho no deben ser estudiadas exclusivamente desde el ángulo jurídico, sino que deben ser analizadas en la forma en que operan de acuerdo con el derecho y también al margen del derecho, de-terminándose su real importancia en los hechos y no solamente a la luz de los textos jurídicos(20).

André Hauriou ha hecho notar que con posterioridad a la sanción del decreto de 1934 que reformó en Francia los planes de estudio de las escuelas de Derecho, la denominación de la disciplina derecho constitucional ha sido completada con el agregado de los términos e instituciones políticas. “De acuerdo con el diccionario -dice- las instituciones son cosas establecidas por los hombres. Las instituciones políticas son, por consiguiente, cosas establecidas por los hombres en el ámbito de la vida política. Por ello, las instituciones políticas comprenden las reglas del derecho constitucional, por cuanto, después de todo, los preceptos del derecho constitucional sobreviven a sus autores, teniendo una vez que han sido establecidos por los hombres, una suerte de existencia autónoma, viniendo a ser cosas, en el encuadramiento de la vida política. Mas, por otra parte, la denominación instituciones políticas desborda al derecho constitucional y en el hecho se orienta a lo que se llama ciencia política”.

Hauriou advierte que la ciencia política tiene por objeto el conocimiento de los fenómenos políticos, sin preocupación alguna por su encuadramiento o el juicio que pueda recaer sobre ellos. Indiscutiblemente, la enseñanza del derecho constitucional y las instituciones políticas desemboca en la ciencia política, ayudando a dar su verdadero alcance a las reglas constitucionales, así como a precisar la fisonomía de las instituciones políticas. Pero instituciones políticas y ciencia política no son términos idénticos y no consideran exacta-

20) Duverger, Maurice, Instituciones políticas y derecho constitucional, p. 7.

mente los mismos objetos. “La ciencia política -dice Hauriou- se preocupa de todos los fenómenos políticos, de los pequeños tanto como de los importantes, de los pasajeros como de los durables. La consideración de las instituciones políticas comporta no acordar atención, de acuerdo con la misma definición de institución, sino a los fenómenos establecidos, o sea, que ofrecen una cierta importancia y, sobre todo, una cierta duración y que son susceptibles, por consiguiente, de aportar un complemento, una modificación o una interpretación de las reglas constitucionales. Esta constante comparación entre lo que debería ser y lo que es y que está limitada al dominio de lo durable o al menos de lo que presenta una cierta duración, resulta sumamente fecunda. Permite adquirir el sentido de la evolución en el campo social, cosa que resulta indispensable ya que la vida misma, en buena medida, no es sino transformación tanto de la sociedad como de los individuos”(21).

Por su parte, Burdeau, aludiendo a la reforma de los planes de estudio en las escuelas de Derecho en Francia, coincide en que la adopción de la terminología “derecho constitucional e instituciones políticas”, “me parecía oportuna, ya que es evidente que el solo conocimiento de los textos constitucionales es insuficiente para apreciar el funcionamiento de las instituciones. Si en tanto que marco escolar, se limita la observación de la vida política al estudio de la Constitución y a las prácticas políticas que resultan directamente de su aplicación, se acepta, por lo mismo, excluir del análisis toda la infraestructura filosófica, todo el contexto social, todos los factores psicológicos que sostienen, justifican y explican la Constitución. Las instituciones políticas no pueden ser desarraigadas sin que pierdan su originalidad y su misma significación. Es decir, que sin salir del derecho constitucional, sin ampliar arbitrariamente su campo, es indispensable utilizar para su estudio las enseñanzas de la historia y de la sociología, los datos de la filosofía y hasta las lecciones de una experiencia personal. Esta actitud, que siempre fue recomendable, hoy es más que nunca necesaria, por cuanto la política, dejando de ser una actividad especializada, engloba la totalidad de la vida humana. Los mecanismos constitucionales dirigen, de cerca o de lejos, todo nuestro destino, pero en revancha, en su funcionamiento y utilización, soportan el influjo de todos nuestros actos y nuestros pensamientos”(22).

21) Hauriou, André, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 19, París, 1968.

22) Burdeau, Georges, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 5, París, 1962.

A su vez, Fraga Iribarne considera al derecho constitucional como “estudio de los sistemas de organización política, es decir, de los regímenes políticos”. Estos juicios “han de ser estudiados no con el criterio general de la teoría del Estado, sino en una selección de los más importantes, en su individualidad y personalidad, haciendo que la exposición de cada uno sea el análisis completo de un sistema vivo, en todas las fuerzas que lo integran, que constituya toda una lección de política. Hay en ello, pues, un triple momento: descriptivo (Staatenkunde), sociológico (teoría del régimen en cuestión) y práctico (política inglesa, rusa, etc.). Sólo entonces se entiende la Constitución como sistema jurídico (derecho constitucional stricto sensu)”(23).

Como enseña Xifra Heras, “el derecho no se basta a sí mismo para satisfacer las necesidades sociales, pues si bien es cierto que sin normas no se vive, no lo es menos que las normas deben ser vividas y la actitud que infunde vida al orden jurídico es precisamente la política. Las instituciones legales, como la vida, se hallan sujetas a un proceso de realización y de mutación impulsadas por la política, esa gran forja de normas jurídicas, como la llama Ruiz del Castillo, Junto al derecho normado hay que contar con un derecho vivo, difuso en el ambiente social en forma de usos y de costumbres, sobre el que actúa la política con el propósito de consolidarlo y convertirlo en derecho establecido. La política se propone la conversión de las tendencias sociales en normas jurídicas y el derecho se moviliza gracias a la política. Son pues elementos distintos del mismo proceso. Sin derecho, la política no podría actuar; sin política, el derecho no podría evolucionar”. Y agrega que se ha de concebir el derecho como una norma práctica que se matiza y atornasola a merced de la política. Y ésta como la actividad que crea, impulsa y modifica la ordenación de la realidad social”(24).

Loewenstein advierte que “toda teoría de la Constitución muestra necesariamente los rasgos de su época”. Cuando Georg Jellinek hace más de medio siglo escribió su Teoría general del Estado, aquella obra maestra del profundo humanismo positivista que desde entonces ni en Alemania ni en ningún otro lugar ha tenido una digna sucesora, recogió la suma de las experiencias políticas que había transmitido el recién acabado siglo XIX a las sociedades estatales europeas. En aquella época existía todavía una sociedad estatal europea

23) Fraga Iribarne, Manuel, La crisis del Estado: estudios de teoría del Estado contemporáneo, p. 459, Madrid, 1958.

24) Xifra Heras, Jorge, Introducción a la política, p. 44, Barcelona, 1965.

unitaria y una teoría de la Constitución, aún con una preponderante orientación europea, podía valer como universal, ya que el centro del poder no se había trasladado todavía a América y a Asia. Actualmente, el retroceso europeo se corresponde con la extensión de la experiencia constitucional sobre todo el mundo. Factores que hoy están en el centro de la gestión estatal, tuvieron que escaparse entonces al enfoque de Georg Jellinek, en el que todo acentuado sentido realista estaba limitado jurídico-positivamente; sin la inclusión de estos factores, una teoría de la Constitución sería hoy un vacío esqueleto normativo. Aquí se trata sobre todo de los grupos pluralistas imposibles de captar normativamente, como son los partidos políticos y los grupos de interés, y el papel del individuo en y frente al Estado y al dominio estatal que igualmente no puede ser captado por normas jurídico-positivas. Y finalmente, tampoco podía imaginarse el gran maestro, asentado en el bien fundamentado terreno del siglo XIX, que la forma gubernamental universal del inmediato futuro sería la democracia constitucional, ni que ésta, en virtud de la nueva tecnología de la dinámica de poder en la sociedad de masas, sería desafiada por el renacimiento de una autocracia sin precedentes. Y además, en su imagen del mundo basada en la razón del Estado de Derecho del siglo XIX, no había en absoluto lugar para el carácter demoníaco del poder. En su orden ontológico jurídico-positivo no pudo acomodar la esencia de la libertad ni protegerla de los peligros que la amenazan. Y Loewenstein llega a la conclusión, que expone brillantemente en el prefacio de la edición inglesa de su obra maestra, que “no se trata de una descripción y análisis de las instituciones políticas o una comparación funcional de dichas instituciones y técnicas de las diversas civilizaciones políticas país a país. Por contraste, este estudio es un intento pionero de establecer lo que últimamente se ha venido llamando conceptual framework, esquema conceptual. Las instituciones políticas y las técnicas que operan en los distintos sistemas políticos serán analizados subordinándolos a un esquema o patrón conceptual, que sirve como una pauta para la evaluación de la abrumadora variedad de tipos históricos y contemporáneos de gobierno. Este contexto conceptual a que está orientada la discusión, es el ejercicio del poder político fundamental en todas las organizaciones políticas. ¿Está el poder concentrado en las manos de un solo detentador u órgano estatal, o está mutuamente distribuido y recíprocamente controlado por los distintos detentadores del poder u órganos estatales? Deliberadamente la investigación no se basa en, ni se podrá deducir de ella, una delimitada y unitaria teoría política de naturaleza filosófica, especulativa o metafísica. Deberá ser considerada como una contribución para comprender la realidad del proceso político”(25).

25) Loewenstein, Karl, *Political power and the governmental process*, p. VII, Chicago, 1957.

“La regla de derecho positivo -dice Van der Meersch- aun adaptada por la costumbre constitucional, no basta para explicar y justificar las transformaciones que se producen en el funcionamiento de nuestras instituciones políticas. Todo el funcionamiento de las instituciones no está en el derecho, aun en el derecho positivo interpretado por la jurisprudencia, modelado y completado por la costumbre. El derecho es una cosa. La personalidad, la voluntad, el dinamismo de los hombres que las hacen vivir, es otra. A la conformación de las instituciones constitucionales por los depósitos aluvionales de la costumbre se agrega insensiblemente la modificación de esas instituciones por los hechos y las prácticas a las cuales no se podría encontrar ningún fundamento constitucional o legal. Ubicados fuera del derecho, ellos son evaluados por la ciencia política, que hace posible su estudio sistemático. Es decir, que hoy el publicista no podría dejar de conciliar el espíritu normativo con la realidad política y debe penetrar en la vida de las instituciones para descubrir las fuerzas que actúan sobre la evolución del derecho”(26).



26) Ganshol Van der Meersch, W. J., Pouvoir de fait et regle de droit dans le fonctionnement des institutions politiques, pp. 27/28.

**ASPECTOS LEGALES DE DEFENSA AL DERECHO
DEL CONSUMIDOR / LEY N° 1334/98 (27/X/98).
OFICINA DE QUEJAS. APLICACION ANALOGICA
LEY N° 827/96**

Por Luis Fernando Sosa Centurión*

ANTECEDENTES

El tratado de Asunción, suscripto en marzo de 1991, sobre el MERCOSUR, en su PREAMBULO, puntualiza la necesidad de modernizar las economías de los Estados Partes “para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”. Ello entraña la obvia referencia a la condición de “Consumidores” de los habitantes de los países integrantes del Acuerdo.

Así, el Grupo Mercado Común (Res. N° 126/98) encomienda al Sub Grupo de Trabajo N° 10, realizar los estudios orientados a la elaboración de un reglamento común para la defensa del consumidor en el Mercosur. La Comisión de Comercio, en virtud del Protocolo de Ouro Preto, introdujo el tema dentro de la estructura del “tratado”, como tarea del Comité Técnico N° 7, encargado precisamente de la “Defensa del Consumidor” (Directiva N° 1/95). Se han adoptado medidas concretas sobre el consumidor y algunas resoluciones del Grupo Mercado Común - Resoluciones 123 al 127/96.

El Comité Técnico N° 7 lleva adelante la elaboración de un proyecto de protocolo, en sucesivas reuniones. Este proyecto debía aprobarse en la re-

*) Ex Miembro de la Corte Suprema de Justicia y Profesor Titular de Finanzas Públicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

unión del Consejo de Mercado Común en el mes de diciembre de 1997, celebrada en Montevideo - Uruguay, lo que no se produjo por falta de acuerdo entre las delegaciones de los Estados Partes. Mas el espíritu del Convenio en carácter de Protocolo Adicional, del Tratado de Asunción, reconoce el enunciado en su Art. 7º, como servicio: a “cualquier actividad suministrada en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza financiera (bancarias, crediticias, etc.) o de SEGUROS, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales”.

Asimismo, los Estados Partes se comprometen “adecuar sus legislaciones nacionales respecto a las disposiciones sobre servicios establecidas en el presente Protocolo en un plazo de dos años a partir de su entrada en vigencia”. (Datos del texto de JOSE PEREZ OTERMIN - “EL MERCADO COMUN DEL SUR. Desde Asunción a Ouro Preto”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo - Uruguay, pág. 92 y sgts.)

Con el precedente planteamiento del antecedente más directo, queda despejada la duda posible, en cuanto a la inclusión del seguro dentro del proyecto de Protocolo.

Por Resolución N° 42/98 (GMC - XXXII Río de Janeiro 8/12/98) - MERCOSUR / Defensa del Consumidor - Garantía Contractual, se determina: “aprobar las normas referentes a la Garantía Contractual, en sus versiones en español y portugués que figura en el anexo a la presente Resolución” (Art. 1º). El anexo consta de 4 artículos por los que se establecen condiciones del “Certificado de Garantía” que deberá ser entregado con el producto o servicio prestado, conjuntamente con el Manual de Instrucción y Uso, cuando corresponda. Nótese que por la resolución del Grupo Mercado Común, que se comenta, “los Estados Parte del Mercosur deberán incorporar la presente resolución a sus ordenamientos jurídicos internos antes del 31 de diciembre de 1999”.

En el caso de la Ley N° 827/96, las “normas referentes a la garantía contractual”, tratándose de que los contratos se realizan por el ejercicio libre de la voluntad, sin vicios de derecho, no debe interpretarse para el caso de la Superintendencia de Seguros, más allá de lo dispuesto en la Ley en el Art. 61, y puntualmente en los incs. h), i) y reglamentaciones. Las mismas se relacionan al enunciado de principio y derechos básicos para una efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales u otros efectos, para evitar el ejercicio abusivo y engañoso por parte de los aseguradores.

ASPECTO DOCTRINARIO

El Seguro y la defensa del consumidor - LEY N° 827/96 de SEGUROS

En los países del MERCOSUR, se tiene en la “Legislación de Seguros en General”, dos regímenes:

- a) Los contratos de Seguros; y
- b) La regulación de las Empresas de Seguros.

En cuanto al PRIMERO, el legislador ha establecido un propósito de proteger al asegurado en la relación jurídica asegurativa, evitándose situaciones especulativas o engañosas.

Respecto al SEGUNDO enunciado, JUSTINO J. DUQUE DOMINGUEZ dice que “desde los inicios de la actividad aseguradora, la legislación de este sector se ha orientado hacia la protección del asegurado, siendo en este sentido una avanzada de lo que después habría de ser la protección de los consumidores”(1). Se desprende, pues, por una parte, una protección genérica de todos los consumidores (y usuarios) en cuanto tales, reglada por la legislación de protección del consumidor, y por la otra, existe una protección específica del consumidor (o usuario), en tanto asegurado, establecida en la legislación sobre seguros (Ley N° 827/96 y reglamentaciones legales).

Puede suceder que el asegurado técnicamente no tenga el carácter de consumidor, lo cual sucederá cuando no sea el “destinatario final”, en la relación jurídica. Ello ocurrirá cuando el SEGURO se contrata para integrarlo en un proceso de producción, comercialización o prestación de terceros. Indudablemente en algunas circunstancias no resultará fácil la distinción. En dichos presupuestos la ley de seguros protectora, debe aplicarse plenamente, si no resulta aplicable la legislación de defensa del consumidor.

A una mejor ilustración e hipótesis del problema, se deriva de la superposición de los roles de asegurado y de consumidor (o usuario). *stricto jure*,

1) JUSTINO J. DUQUE DOMINGUEZ, “La protección del asegurado en la relación aseguradora” - Derecho de Seguros II, separata de Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pág. 257. Madrid – España.

cuando el asegurado encuadre al mismo tiempo en la definición de consumidor, como destinatario final del servicio. La pregunta que surge sería. Se acumulan o potencian, las protecciones legales del seguro y de la defensa del consumidor? Conforme a la nueva Ley N° 1334/98 no excluye la ley N° 827/96 y reglamentaciones.

En el dogmatismo (lógica) jurídico, se podrían analizar:

1) Aplicación del régimen de seguros, con fundamento de que es una ley especial con relación al segundo;

2) Aplicación del régimen de protección del consumidor, con exclusión del régimen de seguros, bajo el enunciado de que sus derechos son irrenunciables, lo que sería inadmisibles por incumplimiento de las condiciones del Art. 7 del Código Civil Paraguayo (conc. Art. 7- Ley N° 1334/98);

3) Aplicación simultánea e integrada de ambos regímenes, lo cual significa aplicar las normas de cada uno de ellos, que resulten más favorables al consumidor. Esta posición, susceptible de crear discusiones jurídicas, en cuanto a la prelación aplicable, entre las leyes, afirma que el ASEGURADO nunca podría tener menos protección que la consagrada por la Ley de Defensa del Consumidor.

Debe estimarse que ambas leyes más bien resultan coadyuvantes a un mismo objetivo, que es la protección al consumidor/asegurado. El régimen legal se ha definido por la expresión técnicamente elaborada de la protección del consumidor, con arreglo a las características que le son propias de la actividad del seguro.

LEY N° 1334 promulgada el 27 de octubre de 1998 - “De Defensa del Consumidor y del Usuario”

La ley establece normas de protección y de defensa de los consumidores y USUARIOS... “en salud, seguridad...” e intereses económicos. Asimismo, determina que los derechos reconocidos por la presente ley, no podrán ser objeto de renuncia, transacción o limitación convencional y PREVALECERAN sobre cualquier norma legal, uso, costumbre, práctica o estipulación en contrario”.

La situación preestablecida significaría confrontación de enunciados legales, lo que no se da respecto a la Ley N° 827/96, de Seguros.

Por el Art. 4° de la Ley N° 1334/98, en el inciso d), se menciona expresamente a la actividad de crédito o seguro, tipificándose como SERVICIOS. [Conc. incisos e) y f)]

En una sintética evaluación, se tiene que los intereses del consumidor y usuario están respaldados por la Ley N° 1334/98, precautelando irregularidades respecto a los derechos enunciados y que corresponden al consumidor.

Ya el Derecho Civil vigente permite que se reclame el reembolso de lo pagado en exceso (por cláusulas abusivas que causen daños) o por productos o servicios defectuosos. El Art. 6 de la Ley N° 1334, en su inciso f), refiere que constituyen derechos básicos, “la efectiva prevención y reparación de los daños patrimoniales y morales o de los intereses difusos, ocasionados a los consumidores, ya sean individuales o colectivos”. Es decir, se tiene el Derecho a Reclamar la efectiva reparación del daño en la Jurisdicción que hace a la materia.

Por los artículos 7° y 8° se define el ámbito de aplicación y competencia de Derecho al decir: Art. 7°: “Los DERECHOS previstos en esta ley NO EXCLUYEN OTROS derivados de tratados o convenciones internacionales de los que la República del Paraguay sea signataria, DE LA LEGISLACION INTERNA ORDINARIA, DE REGLAMENTOS expedidos por LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS COMPETENTES, así como los que deriven de los PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO”.

“Las disposiciones de esta ley se INTEGRAN CON LAS NORMAS GENERALES Y ESPECIALES CONTENIDAS EN EL CODIGO CIVIL, el Título IV de la Ley del Comerciante, y OTRAS NORMAS tanto JURIDICAS COMO TECNICAS que se refieran a la prestación de servicios y suministros de cosas que hayan sido objeto de normalización. EN CASO DE DUDA SE ESTARA A LA INTERPRETACION MAS FAVORABLE AL CONSUMIDOR” (Ley N° 1183/85, Ley N° 1034/83 y Ley N° 827/96).

Obviamente, la aplicación de la Ley N° 827/96, es plena. Se trata de una ley especial, y aunque la Ley N° 1334/98 también lo sea, no resulta por la relación general de derechos, sino por su expresa enunciación que integra a la normativa de seguro vigente, en aplicación siempre de una “... interpretación más favorable al consumidor”. (Art. 7° in fine).

El ARTICULO 8° de la Ley N° 1334/98 reza: “Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o PRESTEN SERVICIOS, sumi-

nistrarán a los consumidores o usuarios, en FORMA CIERTA Y OBJETIVA, información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”.

“La oferta y presentación de los productos o servicios ASEGURA INFORMACIONES CORRECTAS, CLARAS, PRECISAS y VISIBLES, escritas en idioma oficial, sobre sus CARACTERISTICAS, CUALIDADES, CANTIDAD, COMPOSICION, PRECIO, GARANTIA, PLAZO DE VALIDEZ, ORIGEN, DIRECCION DEL LOCAL DE RECLAMO y los RIESGOS QUE PRESENTEN PARA LA SEGURIDAD de los consumidores en su caso”. (Concuerdan con los artículos: 27, 28, 31, 32, 33, 35, 36, 37 de la Ley N° 1334/98, igual que el Art. 14 de la Ley N° 827/96). Aquí encontramos subsumida la gestión administrativa analógica con la Ley de Seguros.

Por los artículos 40 y 41 de la Ley de “Defensa del Consumidor y del Usuario”, se tiene específicamente la autoridad de aplicación en cuanto a su materia, y por competencia y jurisdicción al Ministerio de Industria y Comercio y las Municipalidades. Específicamente, el Art. 41 dispone que el Ministerio de Industria y Comercio tendrá la facultad de recibir denuncias de los consumidores, como así disponer de oficio o a requerimiento de parte, la celebración de audiencias con la participación de denunciantes, damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos. La Autoridad Ministerial tiene atribuciones además para solicitar informes y opiniones a entidades públicas o privadas, con relación a la materia de esta ley.

En cuanto a las responsabilidades por reparación de los daños y perjuicios, conforme al Art. 51, es sin perjuicio de la legislación común y de las atribuciones de las reparticiones públicas, y de las penalidades determinadas por otras leyes. (Art. 78 del Código de Procedimientos Civiles - coadyuvante / Nuevo Código Penal / Lesión de Confianza).

Se desarrolla una gestión administrativa en la Superintendencia de Seguros, conforme a la Resolución N° 8, del 12 de febrero de 1998, en cuanto al Manual de Organización y Funciones (conc. Art. 8° Ley N° 1334/98, ya mencionado).

Los derechos previstos en la Ley N° 1334/98, no excluyen los derivados de la Ley N° 827/96 y los reglamentos expedidos por las Autoridades Administrativas competentes, léase Superintendencia de Seguros.

Por Decreto del Poder Ejecutivo N° 2348, del 6 de abril de 1999, se crea la Dirección General de Defensa del Consumidor, dependiente de la Sub Secretaría de Estado de Comercio, dentro de la Estructura Orgánica del Ministerio de Industria y Comercio, y como encargada de administrar las cuestiones relativas a la Defensa del Consumidor (resulta concordante con la Ley N° 904/63 “Que establece las funciones del Ministerio de Industria y Comercio”, y reglamentaciones). A su vez, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 1334/98, se emite el Decreto del Poder Ejecutivo 2533, del 16 de abril de 1999, por el cual se establece el procedimiento administrativo para la substanciación de los procesos sumariales, en materia de Defensa del Consumidor.

ACCIONES PROCESALES DE ASEGURADOS / BENEFICIARIOS COMO CONSECUENCIA DE UNA POLIZA DE SEGURO, Y SU CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS. LEY N° 827/96.

La cuestión planteada refiere al ejercicio de acciones procesales por particulares afectados (asegurados/beneficiarios), como consecuencia de un contrato de seguros y ante la competencia de la Superintendencia de Seguros (como Justicia Administrativa).

LA PRETENSION DEL DERECHO PRIVADO DE EXIGIR ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE IMPLIQUEN DIRIMIR LESION DE DERECHOS DE PARTICULARES ENTRE SI.

Instituir una instancia no contemplada por la ley para los particulares, afectados en su calidad de beneficiarios asegurados, conlleva la ausencia de la legitimación activa ante una justicia administrativa. La relación causal de derecho es de un sujeto del derecho privado (Asegurado), hacia la empresa aseguradora (o Coaseguradora); por lo que en estricta aplicación de la Ley N° 827/96 De Seguros (Art. 14) rige el Código Civil vigente.

La exigencia del cumplimiento de las cláusulas de un contrato de seguro/pólizas corresponde a la administración del Poder Judicial, en cuanto haga materia del Derecho Civil. Las situaciones puntuales de derechos y obligaciones emergentes de las POLIZAS de seguros, en todos los casos incorporan normas que hacen a la buena fe, como la de lesión de derecho, abuso en contratos y hasta posible defraudación.

Es impropio entender que las normas administrativas de carácter general con invocación pretendida de ORDEN PUBLICO, puedan significar atri-

buciones de crear derecho por competencia que la ley no le otorga a la Autoridad de Control, pues las mismas, incluida la jurisdicción, deben ser expresas, taxativas, y no en una intencionalidad abusiva de la recurrente. Esta situación definitivamente no puede ser admitida por la autoridad a cuyo cargo se encuentra la Superintendencia de Seguros.

LA LESION. DERECHO CONTRACTUAL

No es de extrañar que nuestro Código Civil implementase el instituto de la lesión subjetiva, puesto que congruente resultaba con todo este estado de cosas el brindar protección a quien valiéndose de un acto bilateral oneroso se aproveche maliciosamente de la situación de inferioridad de la persona con quien contrata. (Ver, Código Civil artículos 1833 - 1835 - 1836 - 1841 primer párrafo, concordante con el artículo 192 y otros del Código Penal vigente).

Se entiende por lesión jurídica el perjuicio (daño causado) que una persona recibe, en un acto jurídico bilateral, en el que el co-contratante se prevalece de ciertas circunstancias para obtener una prestación desproporcionada.

La teoría o doctrina de la lesión sostiene que tales actos jurídicos pueden ser anulados o reformados con el fin de restablecer el equilibrio entre las prestaciones recíprocas de las partes, roto por el beneficio desmedido obtenido por una de ellas.

BORDA opina lo siguiente: “La sensibilidad moderna se resiste a admitir que lo libremente querido sea, sólo por ello, justo. El valor equidad, oscurecido temporariamente bajo la influencia de la concepción permanente voluntarista del derecho, ha vuelto a renacer. Y es el juez el que desempeña el papel de guardián de la equidad en los contratos. Su contralor se desenvuelve a través de los siguientes recursos: 1) la teoría de la lesión enorme... 2) la teoría de la imprevisión”(2).

MESSINEO, a su vez, expresa: “El contrato debe estudiarse en su aspecto sustancial o funcional (contenido y finalidad) y en su aspecto estructural (forma):

Como bien lo señala el citado autor, el contrato, cualquiera fuere la forma que adopte, ejerce una función concreta: el de ser centro de la vida de los negocios.

2) Guillermo Borda, “Tratado de Derecho Civil, Obligaciones”, Tomo II, pág. 133.

Respecto al ejercicio de la autonomía, como libre manifestación de voluntad dice SPOTA: “Al lado de la gastada autonomía de la voluntad aparece el verdadero pensamiento vivo de la ley; ya no sería admisible, sobre la base de los postulados de la igualdad jurídica y de la libertad jurídica, dar eficacia a la convención-ley, al acto jurídico que se apartara del fin social que siempre ha de observarse. La moral y las buenas costumbres, la libertad de acción y la conciencia, el orden público, todo ello configura el marco dentro del cual los contratantes deben desenvolverse”.

Esta finalidad contractual se pone de resalto al estudiar la causa y el objeto de un contrato de seguro - Ley N° 827/96, Art., 14 y vincular las relaciones jurídicas a lo dispuesto en el Código Civil.

El Código Civil trata de dar cabida a nuevos principios jurídicos basados en la buena fe, las buenas costumbres, con el objeto de compatibilizar los fines individuales a los altos objetivos sociales en el ejercicio de los derechos. A continuación se realiza una reflexión sobre los elementos jurídicos que pueden viciar el consentimiento, e invocarse en la argumentación de un Proceso Judicial.

a) ERROR O IGNORANCIA. No cabe invocarse a tenor del Art. 285 del Código Civil vigente, a pesar de constituir un vicio de la voluntad.

GIORGI, en su obra “Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno”, expone que el error consiste en “una disconformidad entre las ideas de nuestra mente y el orden de las cosas” y la ignorancia en la falta total de conocimiento de las cosas.

Desde el punto de vista jurídico, si embargo, ambos estados del espíritu son idénticos. Así lo considera SAVIGNY.

El error o la ignorancia hacen que exista desacuerdo entre la intención y la declaración, entre lo querido y lo expresado. Al quedar entonces excluida la voluntad se vicia el acto y el mismo deviene inválido.

En el caso de la lesión, en cambio, no se da aquella disconformidad. La víctima del acto lesivo tiene pleno conocimiento y conciencia del acto y actúa con voluntad.

Los estados de inexperiencia y ligereza tampoco pueden asimilarse a la noción de error puesto que el individuo goza de discernimiento, desea la pres-

tación de la otra parte y está dispuesto a realizar otra a cambio, solo que se equivoca en cuanto a la equivalencia de ambas.

Para que proceda la acción de lesión debe existir un daño que configura el elemento objetivo. En materia de error ello no es necesario, es suficiente probar el vicio independientemente de que exista el daño.

En cuanto a la ignorancia, los casos pueden remediarse con las normas que rigen el error.

b) DOLO

El dolo, en su acepción de vicio de la voluntad, afecta al elemento interno de la voluntad que es la intención. Por eso suele afirmarse que el dolo es un error provocado.

Tanto en el error como el dolo falta el elemento intención con lo que se establece la diferencia con la lesión donde la víctima actúa voluntariamente.

c) LA IMPREVISION.

En la imprevisión están ausentes los elementos subjetivos de la lesión (estado de necesidad, inexperiencia o ligereza de la víctima y aprovechamiento de la otra persona). Las prestaciones eran, en su comienzo, equitativas y la desproporción surgió después debido a hechos extraños de las partes y no a la inexperiencia o ligereza de una de ellas.

Se advierte así que en la imprevisión no existen los mismos elementos subjetivos que en la lesión. Mientras el acto lesivo es ilícito, el acto afectado por la imprevisión es lícito. Tienen, no obstante, como elemento común, el daño, pero con la diferencia que en el acto lesivo, el elemento objetivo representado por la desproporción de las prestaciones se produce en el momento mismo de concluirse el acto; en cambio, en la imprevisión el daño surge con posterioridad y ésta es la razón por la cual esta teoría sólo se aplica en los contratos de ejecución diferida o continuada.

d) ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Algunos sistemas jurídicos (entre ellos el ALEMAN) han encontrado similitudes entre la lesión y el enriquecimiento sin causa. Ambas presentan un

elemento común: el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra.

En el intento de distinguir ambos institutos puede decirse que en el acto lesivo la víctima se encuentra en estado de inferioridad (inexperiencia, ligereza, necesidad), en el enriquecimiento sin causa no es necesario que el empobrecido lo esté para ejercitar la pertinente acción.

e) ABUSO DE DERECHO.

Comenzando desde la misma denominación, esta teoría ha dado lugar a discusiones. MARCEL PLANIOL encuentra una flagrante contradicción ya en la misma expresión “abuso de derecho”, pues donde existe “abuso”, evidentemente queda excluido el derecho.

El acto abusivo se ubica en el ámbito de los actos ilícitos y reúne tres elementos o requisitos: a) daño a terceros; b) falta de beneficio para el titular del pretendido derecho; y c) imputabilidad del acto por culpa y dolo.

f) LA LESION Y EL DERECHO COMERCIAL

Con la incorporación del instituto de la lesión al Código Civil Paraguayo, se plantea la interrogante de si es aplicable o no el Art. 671 del Código Civil a los actos de comercio, y de ser así, si ello no afectaría la seguridad, estabilidad y rapidez de los negocios.

Partiendo de la idea de que el derecho debe evitar que se consoliden aprovechamientos injustificados, el Art. 671 del Código Civil es aplicable a los actos de comercio, siempre que estén presentes los elementos constitutivos de la lesión.

Pero puede suceder que las partes que intervienen en el acto, sean comerciantes, o que ellos no lo sean, el acto sea comercial por su misma naturaleza y sabido es que basta que el acto sea comercial para una de las partes y que los demás queden sometidos a la ley mercantil. Por lo tanto, la eventual víctima del acto comercial lesivo puede o no ser comerciante.

g) IRRENUNCIABILIDAD DE LA ACCION

La experiencia indica que si se admite la posibilidad de renunciar a la acción como derecho, esto se convierte en cláusula de estilo en todos los con-

tratos y se vuelve ilusorio el remedio contra la lesión verdadera (pacto comisorio Art. 1598 del Código Civil).

El Art. 671 del Código Civil no hace referencia alguna a la cuestión.

h) ¿PROCEDE O NO SU DECLARACION DE OFICIO?

Partiendo de la idea de que la acción del sujeto contractual puede ser rescisoria, no cabe duda alguna de la improcedencia de que una Autoridad/Juez (Administrativo o Judicial) se expida de oficio sobre la ineficacia del acto. Pero aceptando que el Código Civil habla de nulidad, debemos recordar que el pronunciamiento de oficio sólo procede en el caso de una nulidad absoluta conforme al Art. 359 del Código Civil vigente. Mientras que en este caso la nulidad sería relativa, por lo que no es necesaria la previa investigación del hecho para determinar la existencia del vicio en sede judicial.

La ley autoriza al demandado/Aseguradora, por nulidad judicial, ya sea por modificación contractual, en base a lesión de derecho, abusos en contratos, posible defraudación y otros, a solicitar la transformación de la acción contractual, en una de reajuste, con sus modalidades propias, pero no lo obliga a reconocer que el acto era lesivo sino que le permite discutir la existencia de los elementos constitutivos de la lesión y sólo se podrá ordenar la modificación cuando se acredite que el acto era realmente lesivo. En este caso, la decisión debe contemplar en forma subsidiaria la nulidad del acto, para el caso de que el demandado no cumpla con la modificación ofrecida (la Aseguradora).

Las consideraciones que anteceden, analizan las diferentes situaciones, en forma enunciativa y respecto a la legitimación activa que pudiera corresponder a los particulares asegurados/beneficiarios, y todo cuanto hemos expuesto indica que es la afectada del acto lesivo quien debe tomar la iniciativa procesal planteando la demanda en sede judicial. Así puede darse el caso que, planteada la acción por cumplimiento de prestaciones pactadas, o indemnizaciones por lesión, de un contrato, incluso se la contesten oponiendo como excepción la norma del Art. 671 del Código Civil vigente.

¿PLANTEARSE POSIBLE DEFRAUDACION?

En la instancia administrativa, el procedimiento tenderá respecto a la persona jurídica/aseguradora a impulsarse una investigación, generando inspecciones, auditorías a las aseguradoras en base a las facultades de la Ley N°

827/96 (Art. 61), y cuyas conclusiones a aplicarse respondan a las correcciones en cuanto no afecten la disposición del Art. 14 de la Ley N° 827/96. En su caso, la persona particular afectada debe recurrir por la acción civil directa, por lesión, indemnización de daños y perjuicios, y en efecto de responsabilidad de ilícitos, estará pendiente del resultado de la acción penal llevada ante el ámbito judicial por fraude, si así conviniera a sus derechos.

DEFENSA DE LOS DERECHOS PARTICULARES EN LA LEY N° 1334/98.

El Capítulo X define la legitimación activa para el ejercicio en defensa en juicio de los derechos que precautela la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, la que podrá ser ejercida individual o colectivamente. Esta última en los casos en que se hallen involucrados intereses o derechos difusos o colectivos.

Se entiende por “intereses difusos” aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas al hecho, y por intereses colectivos definidos en el inc. i) del Art. 4°.

“Intereses colectivos”: son aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible de los que sean titulares: un grupo, categoría o clase de personas, ligadas entre sí o con parte contraria por una relación jurídica, cuyo resguardo interesa a toda la colectividad, por afectar una pluralidad de sujetos que se encuentren en una misma situación.

Bien pueden ser considerados bajo estos elementos, aquéllos que se hallan ligados bajo la protección de una póliza que protege la universalidad de bienes de un sistema bancario (“tarjetas de crédito” y otros), y que protege una serie de riesgos, en los que involucran a otra parte (“cliente”) adherida al sistema, para quienes surge una modalidad casi desconocida como operativa aseguradora, desde el momento que no tienen acceso a la Póliza emitida a favor de la compañía bancaria, y a la que va incorporándose a medida que se contratan los servicios protegidos por el sistema.

Tendrán acción: el consumidor o usuario, las asociaciones de consumidores que cumplan con los requisitos de los Arts. 45, 46 y 47 de la Ley N° 1334/98, la autoridad competente nacional o local y la Fiscalía General de la República.

LA LESION Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Se tienen situaciones que deben analizarse por separado:

- 1) El Estado y Personas Descentralizadas, como personas jurídicas que ejercen la función pública a través de sus Autoridades.
- 2) Los Administrados definidos en la Ley.

En el caso de estudio se tiene el supuesto de la Superintendencia de Seguros y las empresas aseguradoras, reaseguradoras, agentes de seguros y otros sujetos, que están definidos en la Ley. La vinculación del Art. 14 de la Ley N° 827/96 remite la relación jurídica contractual emergente de las Pólizas al Código Civil (Asegurado/Beneficiario).

Se concluye que los administrados particulares si resultan “Tomadores/Beneficiarios”, igualmente deben remitirse a la modificación y nulidad de los contratos de seguros o reaseguros pues se realizan libremente, a conciencia y expreso consentimiento, por acto formal (Autonomía de la voluntad).

Los tratadistas MIGUEL MARIENHOFF y LUIS MOISSET DE ESPANES coinciden en señalar que el administrado puede invocar la “Teoría de la lesión” (o del daño causado). Esto infiere a su vez la jurisdicción y competencia que deben surgir expresamente de la ley.

Nótese que la Autoridad de Control no es la persona aseguradora, y la responsabilidad por ejercicio de sus actos debe estar reglada expresamente en la Ley. No puede admitirse como vicio autónomo la determinación de que la Autoridad de Control deja de ejercer sus facultades cuando no es ejercitada la relación procesal de legitimación activa y pasiva, en la Justicia Administrativa.

Nótese que no se niega el Derecho sino que el reclamo de cumplimiento contractual no resulta de competencia de la Superintendencia de Seguros.

Cuando se trata de cumplimiento obligatorio de la ley, en cuestiones de Derecho Público - como Derecho Administrativo, la investigación administrativa, por la Autoridad de Control debe poner en rigor el Art. 61 [especialmente el inciso h)] de la Ley N° 827/96 De Seguros.

DEFENSA DEL USUARIO DEL SEGURO

Por resolución N° 1, Acta N° 151 del 28 de diciembre del 2000, el Directorio del Banco Central del Paraguay, en función a las Leyes Nos. 489/95 y 827/96, aprueba en el Manual de Organización y Funciones de la Superintendencia de Seguros, la División de Defensa del Usuario del Seguro, acogiéndose a las exigencias de la Ley N° 1334/98.

Los objetivos proponen la funcionalidad administrativa, como ser asesoramiento técnico, apoyo legal y el control que ejerce la Superintendencia de Seguros a las empresas que proporcionan servicios del seguro, y a los fines de una adecuada información y recepción de quejas, a través de denuncias concretas, y con vinculación a pólizas de seguros que afectan a personas naturales o jurídicas. La investigación que se desarrolla es en base a las documentaciones aportadas por los recurrentes, sobre hechos y actos enunciados a fin de establecer una opinión legal, y las medidas a ser tomadas como Autoridad de Control. Incluye un registro de actuaciones y conclusiones de los casos planteados en relación a las empresas prestadoras de los servicios de seguros.

La Superintendencia de Seguros podrá actuar con asesoramiento en materia de libre disposición (no controvertidas / litigiosas ante el Poder Judicial) de derecho. Pudiendo acogerse a este procedimiento voluntario los asegurados, tomadores o beneficiarios, en carácter de consumidores, conforme a los Arts. 6°, 7°, y 8° de la Ley N° 1334/98. De no obtenerse resultado, se podrá con lo actuado disponer: realizar una audiencia, con representación de la aseguradora y el reclamante; si se entendiere fundada conforme a derechos probados, la reclamación; como de las irregularidades de la Aseguradora. Cumplido el procedimiento administrativo, podrá derivarse en un sumario administrativo, si las transgresiones de las aseguradoras afectan disposiciones de la Ley N° 827/96, reglamentaciones y concordantes legales (Ley N° 1334/98).

Las prácticas que desatiendan los requerimientos de la Ley N° 1334/98, tornan las actividades de las aseguradoras de carácter abusivo, y darán lugar a las previsiones legales de la Ley N° 827/96 y de la Ley N° 1334/98, entregándose en su caso copia de lo actuado a los recurrentes para su traslado al Ministerio de Industria y Comercio, conforme a la Ley, en sus arts. 43, 44, 45 y 46, y al Decreto N° 2533 del 16 de abril de 1999, si así conviniere a sus intereses, o en su defecto concurrir al Poder Judicial para reclamos de daños causados.



LA JURISDICCION MILITAR EN AMERICA LATINA*

Por Domingo García Belaunde (Perú)

Sumario: 1. Preliminar.- 2. A propósito de los modelos. 3. México. 4. Excepciones: Panamá y Costa Rica. 5. Venezuela. 6. Brasil. 7. Argentina. 8. Perú. 9. A manera de conclusión.

1. PRELIMINAR

Uno de los logros del moderno constitucionalismo (y por tal entendemos el que nacido a fines del siglo XVIII, se introduce definitivamente en el ámbito occidental durante el largo siglo XIX, y se alianza en el presente siglo) es precisamente delinear un Estado en el cual la arbitrariedad esté en interdicción, y donde la separación de poderes -bien que relativa- se respete, y exista el juez natural predeterminado por la ley, la igualdad de los justiciables y la preexistencia de leyes de orden procesal y sustantivo, que den garantía a las partes.

Estas aspiraciones, con su más y su menos, han alcanzado a cumplirse, en cierto sentido, en los países europeos occidentales, en los Estados Unidos, y en otros de cultura política similar (Australia, Canadá, Japón, etc.). No así, lamentablemente, en las antiguas colonias ibéricas de América, herederas de las conquistas española y portuguesa, que si bien algunos analistas catalogan como del Tercer Mundo, ello debe ser visto de manera convencional, pues están muy por encima de aquéllas que dejaron de ser colonias en la década de los sesenta (países del Africa negra, etc.).

*) Ponencia presentada a la III Conferencia de Presidentes de Tribunales y Cortes Supremas de Iberoamerica, Portugal y España, organizada por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 27-31 de octubre de 1997.

Ahora bien, el Estado, en la medida que es soberano -y hoy casi todos lo son- ostenta, por así decirlo, la jurisdicción, que es según su sentido etimológico, la capacidad de decir el derecho. Declararlo en contiendas de intereses públicos o privados, o en defensa de la sociedad y su subsistencia.

Así considerada, la jurisdicción es sólo una, y la tratadística (procesal y constitucional) afirma que el objetivo final es alcanzar en el Estado-aparato, la unidad de la jurisdicción. Con lo cual se quiere decir que dicha función estatal debería ser ejercida por un solo órgano, y por más, solo en casos excepcionales y dentro de ciertas limitaciones.

Sin embargo, esta unidad a la larga es quimérica, pues en la realidad no siempre existe. Si bien es cierto que el grueso de las causas que envuelven conflictos (privados, públicos o delictivos), se encauzan a través de un órgano jurisdiccional especial, como es el Poder Judicial en las democracias occidentales. Pero en numerosas ocasiones esta unidad admite excepciones, incluso en países de gran trayectoria democrática (como Francia, que mantiene aparte el Consejo de Estado para todo lo concerniente a lo administrativo o contencioso-administrativo, como todavía lo llaman algunas legislaciones, pese a su impropiedad).

Pero estas excepciones son eso: excepciones, en donde además existe la garantía suficiente para el justiciable, con procedimientos que respetan el debido proceso y sobre todo con jueces de derecho.

Igual pasa con los tribunales militares, enmarcados dentro de la llamada jurisdicción militar, que existe en la mayoría de los países. Se les llama generalmente así, no obstante reconocer que la jurisdicción es una sola, por cuanto, como recordaba Prieto-Castro, por comodidad y metafóricamente, se utiliza esta distinción, si bien siendo una la jurisdicción, lo que tenemos son jueces y tribunales con distintas competencias. Pero atengámonos al uso común.

En el ámbito iberoamericano, que es el que nos interesa cuando cuestionamos la unidad de la jurisdicción o unidad jurisdiccional, ponemos la mira en la existencia del fuero militar o mejor dicho, de la justicia o jurisdicción militar, en la medida que dentro del contexto político de nuestros pueblos los militares no son voz pasiva ni conformista, sino que por el contrario han tenido una participación decisiva en la vida política del siglo XIX y de muy avanzado del siglo XX. Y aún ahora, si bien por épocas y quizá en forma pendular, hacen sentir su presencia en las grandes decisiones. No es de extrañar, por tanto, que tal gravitación dentro de la vida política dé fuerza inusitada al fuero o juris-

dicción militar, que en muchos casos ha reemplazado a la justicia civil, con grave desmedro de nuestra vida institucional.

De ahí que al hablar de unidad de jurisdicción, toquemos el tema de la jurisdicción militar, que es, hoy por hoy en los pueblos de la América Latina, el problema básico, de ribetes teóricos y de alcances prácticos insospechables.

2. A PROPÓSITO DE LOS MODELOS

Hace algunos años, en un panorama sobre la organización militar en diversos países (cf. Estudio de Derecho Comparado sobre la organización de la jurisdicción militar en diversos países, por José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, en "Revista Española de Derecho Militar", Núm. 53, enero-junio de 1989) distinguía el autor distintos modelos o sistemas de justicia militar (así también se le denomina) con la clasificación siguiente:

- a) sistema anglosajón;
- b) sistema latino o romanista;
- c) sistema de los países comunistas;
- d) sistema de jurisdicción excepcional;
- e) países iberoamericanos; y
- f) otros países.

La clasificación es útil y permitía ver, a fines de los años ochenta, por dónde iba la cosa. Tiempo más tarde, Francisco Fernández Segado (cf. La Justicia Militar en el Derecho Comparado en "Revista General de Derecho", Núms. 568-569: enero-febrero de 1992), prefería remitirse sin mayores ambiciones, al modelo sajón (caracterizado por no ser permanente y con peculiaridades en el caso británico), el modelo europeo-continental y el modelo de situaciones excepcionales (como es el caso de Alemania).

Pero si intentamos, siempre dentro de nuestra órbita occidental, hacer una panorámica sobre modelos -dentro de las relatividades y convencionalismos que siempre existen- creo que podríamos mantener los dos clásicos -que alimentan a tantos otros- como son el sajón y el europeo-continental, y agregar los latinoamericanos, por los motivos que explicaremos a continuación.

En realidad, si revisamos la estructura institucional de los principales países latinoamericanos en el punto que nos interesa, hay que admitir que más parentesco guardan con el europeo-continental que con el sajón, por evidentes razones de cercanía histórica, herencia romanista y una generalizada influencia

cultural. Pero sin lugar a dudas, no pueden asimilarse a ellos por muchas razones.

La primera es que todo aparato de justicia, y en este caso la militar, reposa sobre una realidad política e histórica, que en el caso de América Latina es lo contrario de lo que pasa en Europa. Esto es, a diferencia de lo que quieren sectores políticos o doctrinarios, los militares siguen teniendo una importante gravitación en las sociedades latinoamericanas, y la primacía del poder civil sobre el militar es un desideratum antes que una realidad.

A lo anterior añádase que en la formación de las nacionalidades latinoamericanas en el siglo XIX, los militares tuvieron una actuación decisiva, dando nacimiento a ciertas figuras típicas, como es el caso del caudillo, y a ciertas tendencias políticas (bien estudiadas por los sociólogos), como es el militarismo.

Un tercer factor, no menos importante, es que nuestros países -por razones que no es del caso analizar ahora- siguen todavía, de acuerdo a la distribución de la renta per cápita, dentro de un nivel de subdesarrollo, si bien dentro de esta escala hay algunos que están arriba y otros más abajo, y en conjunto por cierto, más altos que muchos países africanos que también se denominan subdesarrollados. Pero lo importante es que el concepto de subdesarrollo, vinculado al aspecto económico, conlleva necesariamente un subdesarrollo político, cultural, social, etc., lo cual hace que a la larga, los sistemas y las instituciones actúen con cierto lastre, y no funcionen como deberían serlo. Y de una situación como ésta no se sale fácilmente, sino a muy largo plazo, si bien hay que reconocer que cercano ya el fin de siglo, gran parte de nuestros países han tenido una mejora sustancial, si la comparamos con la existente en los años veinte.

Todo esto hace que la justicia, fuero o jurisdicción militar, tenga en los países latinoamericanos más importancia de la debida; y que incluso amenace muchas veces la estabilidad institucional. Y además presente características disímiles entre sí y que a veces se parezcan más a situaciones del lejano pasado que de nuestro siglo. Por tanto, siendo tan variopinto el modelo militar de nuestros países, y a falta de una mejor clasificación, creo que no está de más llamarlo simplemente “modelo latinoamericano o iberoamericano de jurisdicción militar”, sobre la base de que se trata, en términos generales, de un conjunto de países con desarrollo desigual, en donde los militares y sus preeminencias, incluso a nivel de impartición de justicia, no guardan racionalidad con el sistema ni con los estándares democráticos modernos.

Aclarado esto, veamos como simple muestra, el caso de algunos países que consideramos significativos para nuestro propósito, y en ánimo meramente descriptivo y que pueden dar razón del conjunto. Aclaremos igualmente que en Latinoamérica existen estados unitarios y estados federales; en éstos generalmente hay una doble estructura judicial, la local y la federal (como es el caso de México y Argentina), si bien en otros (como en Venezuela) existe un solo Poder Judicial. En orden a una mayor claridad y síntesis en la exposición, nos limitaremos al Poder Judicial que podemos llamar nacional, que es el que se aplica a todo el país, sin tocar el caso de poderes judiciales internos correspondientes a los estados miembros de una federación (estados, entidades federativas o provincias, según los usos y costumbres).

3. MÉXICO

México es, sin lugar a dudas, uno de los más típicos casos, fruto esto de su historia, como es por demás sabido. En México existe el Poder Judicial de la Federación y los poderes judiciales de las entidades federativas (que aquí no vamos a ver), y tiene una estructura bastante compleja (cf. AA.VV. La justicia mexicana hacia el siglo XXI, UNAM. - Senado de la República, México 1977: Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío Díaz: El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano, FCE. México 1990; Ignacio Burgoa: Las garantías individuales. Edit. Porrúa, México 1993 y Eduardo Andrade Sánchez: La reforma política de 1996 en México, UNAM. México 1997).

El Poder Judicial de la Federación tiene la estructura siguiente:

- i) Suprema Corte de Justicia.
- ii) Tribunales colegiados y unitarios de Distrito, y
- iii) Juzgados de Distrito.

Pero al margen de éste, existen jurisdicciones especiales de la Federación, esto es, tribunales federales con carácter jurisdiccional, que son los siguientes:

- i) Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.
- ii) Tribunal Fiscal de la Federación.
- iii) Tribunales Agrarios.
- iv) Tribunales Militares, y
- v) Consejos de Menores

Los tribunales militares tienen la siguiente configuración en orden descendente: Supremo Tribunal Militar, Consejos de Guerra y Jueces Militares. Es importante señalar que los miembros del máximo organismo militar (un presidente y cuatro magistrados) son todos militares de alta graduación, nombrados por la Secretaría de Defensa Nacional, con acuerdo del Presidente de la República. Sus miembros son abogados.

Cabe agregar que de conformidad con el artículo 130 de la Constitución vigente (de 1917, con numerosas reformas), subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta al orden militar -agrega el artículo en cuestión- estuviere complicado un paisano, conocerá el caso la autoridad civil que corresponda.

Adicionalmente, si este mandato fuese cuestionado o desconocido, cabría siempre el recurso a otras vías judiciales protectoras, y eventualmente al Juicio de Amparo.

En síntesis, lo más importante de México es que:

- a) El fuero militar no se extiende a civiles;
- b) Sus miembros son nombrados por el poder político.

4. EXCEPCIONES: PANAMÁ Y COSTA RICA

Panamá y Costa Rica no tienen ejército: recurren para el mantenimiento del orden interno a la policía o guardia nacional, que está más pertrechada de lo que normalmente una guardia de esa naturaleza necesita. Pero mientras Costa Rica reniega del ejército desde 1949 (en la Constitución de ese año, art. 12°), Panamá no lo tuvo desde que fue país independiente, esto es, desde que se separó de Colombia en 1903, en parte por la agitada vida política del istmo, muchas veces con gobiernos de facto, elecciones fraudulentas, una política militarizada y con una presencia gravitante de los Estados Unidos, que llegado el caso han invadido la capital del país, y esto en fecha muy reciente.

Sin embargo, lo concreto es que no hay ejército y el orden interno queda a cargo de la guardia o policía nacional con lo cual el problema no existe en teoría. Así ha quedado expresamente consagrado, en el caso específico de Panamá, por reciente reforma de 1994 (cf. Constituciones latinoamericanas, compilación y estudio preliminar de Luis A. Ortíz-Alvarez y Jacqueline Lejarza A., Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas 1997,

Cesar A. Quintero “Poder civil y poder militar en Panamá”, en AA.VV. Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica, Libro-homenaje a Domingo García Belaúnde. Germán J. Bidart Campos y José F. Palomino Manchego, coordinadores, Edit. Grijley, Lima 1997).

5. VENEZUELA

La Constitución venezolana es muy parca al referirse a la organización del Poder Judicial. Señala que éste se encuentra compuesto por la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales que la ley señala (art. 24º). A diferencia de la Argentina y México, países federales, Venezuela, que también lo es, tiene un poder judicial único, es decir con competencias en todo el territorio. La Corte Suprema está dividida en el Pleno y en tres salas: la Sala político-administrativa, la Sala de casación civil y la Sala de casación penal.

Aparte de la jurisdicción ordinaria, existen las jurisdicciones especiales, como son: la contencioso-administrativa; la contencioso-tributaria, la del trabajo, la de menores, la de tránsito, la agraria, la de hacienda, la de salvaguardia del patrimonio público y la militar (cf. Alían R. Brewer-Carías. Instituciones políticas y constitucionales, Universidad Católica del Táchira y Editorial Jurídica Venezolana, tomo III. Caracas 1996).

Como norma general, los civiles no son alcanzados por la jurisdicción militar, entendiéndose que lo son de manera excepcional.

Los tribunales militares son los siguientes en orden descendente: Corte Marcial, Consejos de Guerra (accidentales), Jueces Militares de Primera Instancia permanentes, y Jueces accidentales de Instrucción. En la cúspide de la jurisdicción militar se ubica la Corte Suprema de Justicia, que si bien está fuera de ella, revisa en casación sus fallos.

6. BRASIL

Brasil tiene una muy larga experiencia en materia de jurisdicción militar, dependiendo esto de las cartas autoritarias o de las cartas democráticas que han tenido en lo que va del siglo. La de 1967, reformada en 1969, era autoritaria; la vigente de 1988, que la reemplazó, es democrática, aun cuando es en exceso reglamentista. Es un país en donde, al igual que otros, la milicia ha tenido una presencia determinante, como lo demuestra el hecho de que antes de la transición democrática gobernaron los militares durante más de 20 años en forma institucional, sucediéndose unos a otros en tan dilatado lapso.

La vigente Constitución en su art. 92 indica que son órganos del Poder Judicial, los siguientes:

- i) El Supremo Tribunal Federal;
- ii) El Superior Tribunal de Justicia;
- iii) Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales;
- iv) Tribunales y Jueces de Trabajo;
- v) Tribunales y Jueces Electorales;
- vi) Tribunales y Jueces Militares; y
- vii) Tribunales y Jueces de los Estados y del Distrito Federal y de los Territorios.

Lo anterior corresponde al orden federal; pero la escala con variantes se reproduce al interior de los estados miembros (cf. Pinto Ferreira Comentarios á la Constituiçáo brasileira, editora Saraiva, vol. LV. São Paulo 1992; José Alfonso Da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, edit. Malheiros, São Paulo 1994).

El Superior Tribunal Militar está en la cúspide de la estructura judicial militar, que es parte, como se indica, del Poder Judicial de la Federación. Está compuesto por 15 ministros vitalicios, nombrados por el Presidente de la República, luego de ser aprobados por el Senado Federal. De los 15, cinco son civiles y el resto son militares. Los militares que son magistrados están en actividad, y es requisito que pertenezcan a un alto grado militar y cuenten con una buena foja de servicios. A diferencia de épocas anteriores, los civiles no están considerados dentro del ámbito castrense, si bien, como en otras partes, la Constitución habla de delito militar definido por la ley (lo cual puede dar márgenes de incertidumbre).

7. ARGENTINA

Al igual que otros países, y en especial su vecino el Brasil, la Argentina ha tenido una vida accidentada con los militares, tanto en el siglo pasado, como en el presente, sobre todo a partir de la década del treinta. Esto ha ocasionado no sólo notables excesos, sino un amplio debate doctrinario.

Así, durante épocas de crisis, los tribunales militares han sido determinantes y los civiles han vivido bajo su imperio: en épocas democráticas la situación ha sido a la inversa, sí bien en períodos de agitación subversiva, el terrorismo entraba dentro de la competencia militar, admitido esto por la doctrina, por la situación de emergencia.

Se ha discutido mucho si la justicia militar es de carácter jurisdiccional o simplemente administrativa; si bien existe un consenso en que más bien es administrativa.

Las Fuerzas Armadas dependen del Presidente de la República, en cuanto al mando; y del Congreso, en lo organizacional. Pero no dependen del Poder Judicial, por lo que en realidad están más cerca de la administración.

En épocas pasadas se aceptaba, como dijimos, el juzgamiento de civiles por militares; lo que hoy no se admite.

Por otro lado, si bien la justicia militar es cerrada, sus fallos son recurribles ante la justicia ordinaria; esto es, ante el Poder Judicial, sea por recursos ordinarios, por el especial Recurso extraordinario federal o por el habeas corpus en determinadas situaciones (cf. Germán J. Bidart Campos, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, tomo II (1993) y tomo VI (1995); Néstor P. Sagüés, Elementos de derecho constitucional, Edit. Astrea, 2 tomos, Buenos Aires 1997).

8. PERÚ

Tradicionalmente en el Perú el fuero militar ha sido una entidad independiente, nombrada por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, y para juzgar a los militares por delitos de función. Todo esto, mal que bien, fue recogido por la democrática Constitución de 1979, modélica en tantos aspectos. Sin embargo, la subversión en la que vivió el país a partir de 1980 por la acción terrorista de "Sendero Luminoso", la manera como avanzó y la impotencia del Estado, y sobre todo la inoperancia del Poder Judicial para el juzgamiento de los terroristas, llevaron a una serie de leyes de excepción, consagrada a raíz del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992, mediante la cual Fujimori buscó la reelección y gobernar sin trabas, dándole al fuero militar una fuerza desmedida. Para legitimarse, acudió luego a diseñar una nueva Constitución, copia y calco de la de 1979, pero con sesgo autoritario (cf. Enrique Bernaldes: La Constitución de 1993, Fundación Adenauer, Lima 1993; Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado. La Constitución peruana de 1993, Edit. Grijley. Lima 1994), lo que ha complicado la cuestión, pues lo que podía ser aceptado como una forma de solución temporal, ha sido consagrado en el texto constitucional como algo definitivo. Lo cual demuestra, sin lugar a dudas, que el gobierno de Fujimori se apoya -y es utilizado- por una cúpula militar, que ha sumido al país en un serio resquebrajamiento institucional.

Así, a nivel normativo, tenemos que la justicia militar:

- a) Es nombrada por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, y a él dan cuenta;
- b) Es integrada por militares de alta graduación, sin conocimientos jurídicos, si bien se tiende a incorporar a militares con título de abogados.
- c) En cuanto tal, es parte de la administración y tiene diversos niveles que culminan en el Consejo Supremo de Justicia Militar.
- d) Los oficiales militares que son destinados a dicho fuero militar, no son precisamente los que más destacan en sus áreas; más bien, es considerado como una minusvalía ser enviado a dicho fuero.

La actual Constitución (art. 173) señala que el fuero militar:

- i) Es competente en los casos de terrorismo y traición a la patria, sean cometidos por civiles o militares; y con las modalidades que señala la ley;
- ii) Las sentencias finales que emanan de estos órganos no son revisables (penas máximas de treinta años o de cadena perpetua, son irrevisables en el fuero común).
- iii) La Constitución se pone en un solo caso en el cual la Corte Suprema de Justicia revisa los fallos militares finales: cuando no aplica la pena de muerte. Pero esto no ha sucedido nunca, y es probable que nunca suceda, toda vez que para ello sería necesario:

- a) Denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, del que el Perú es signatario, y
- b) Desarrollar una legislación adecuada sobre la pena de muerte.

En la práctica, el fuero militar ha cometido excesos notables y tropelías inculcables. Bajo el pretendido signo de rapidez en la solución de los casos, se ha condenado a muchos inocentes, a tal nivel que el mismo Gobierno se ha visto obligado a crear una comisión ad-hoc (Ley N° 26555) para proponer el indulto de condenados, cuando se considere que hay indicios de su inocencia (lo cual es un contrasentido, pues no se debería indultar a quien se sabe que es inocente).

Los voceros del régimen han señalado, con cierto aire de verdad, que tenemos dos poderes judiciales:

- a) El Poder Judicial común, en el cual estamos todos; y

b) El Poder Judicial militar, que no lo revisa nadie y que depende del Poder Ejecutivo.

La conclusión que se desprende de esta descripción somera de los hechos es clara. El modelo peruano, si así queremos llamarlo, nos retrotrae a las épocas más oscuras de la historia, pues el fuero militar tiene manos libres para cualquier atropello y se da el lujo de incumplir los fallos judiciales (los habeas corpus interpuestos ante el Poder Judicial han sido desobedecidos por los jueces militares).

Tal cuadro dramático es preocupante, y a no dudar es una de las lacras del régimen. (cf. Gerardo Eto Cruz, César Landa Arroyo y José F. Palomino Manchego, “La jurisdicción militar en el Perú”, en AA.VV. Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, cit.)

9. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El subdesarrollo político y económico afecta, sin lugar a dudas, las figuras y las instituciones jurídicas. Además, el pasado militar de nuestra América ha sido determinante, y así se advierte en nuestra historia reciente (cf. Humberto Quiroga Lavié, Derecho constitucional latinoamericano, UNAM, México 1991). Y ello ha condicionado lo que grosso modo, podemos llamar modelo latinoamericano de jurisdicción militar, que no es original, sino derivado del modelo europeo, pero deformado a consecuencia de una dura experiencia histórico-política. Sin lugar a dudas, con un desarrollo futuro, el modelo latinoamericano tenderá a incorporarse al modelo europeo-continental, que es al que más se le acerca, por la comunidad de intereses y la común herencia romanista. Pero, mientras tanto, podemos hablar de este “modelo latinoamericano” como algo *sui generis*, que tiene las siguientes variantes, entendidas éstas como esquemas teóricos de carácter general:

1) Jurisdicción militar aparte: que puede ser una jurisdicción especial (Venezuela) o una jurisdicción distinta (como lo fue en México hasta 1996), pero revisable por la jurisdicción ordinaria;

2) Jurisdicción militar de carácter administrativo, pero revisable en sede judicial (caso Argentina);

3) Jurisdicción militar incorporada sistemáticamente al Poder Judicial (Caso Brasil);

4) Ausencia de jurisdicción militar (caso Panamá);

5) Jurisdicción militar paralela e independiente de la jurisdicción común (caso Perú).

El modelo, como vemos, tiene sub-tipos, que con un mayor análisis y sobre todo con mayor información no siempre disponible, puede aumentarse en su variedad, aun cuando creemos que las grandes líneas esbozadas se mantendrán. Y esto impide, por cierto, hablar de una unidad de jurisdicción. Lo que esperamos sea posible en el futuro.



GLOBALIZACION Y DERECHO

Por Francisco Fleitas Argüello*

HACIA LA INTERDEPENDENCIA

La fuerza incontenible de la globalización se halla abarcando casi todos los ámbitos de la vida social; la Ciencia del Derecho no ha escapado a esta corriente mundial, pero con matices y aspectos propios.

Por globalización se conoce la convergencia creciente de algunas dimensiones y variables de la economía de un elevado número de países. Presenta dos características especiales: es un fenómeno multidimensional y complejo; siempre en estado de flujo, aún no consolidado. Pero esta globalización, entendemos, debe estar sujeta a valores ético-morales y someterse a principios jurídicos, principalmente a la Justicia o Justicia Social.

Esta corriente actual está desplazando algunas teorías sobre la exclusiva aplicación territorial del Derecho en cada nación, agregando nuevos aspectos o situaciones referentes al quehacer humano; presenta nuevos desafíos y conflictos que ocupan a la disciplina legislativa.

Estamos siendo testigos de transformaciones políticas, sociales y económicas que marcaron verdaderamente el final de una época y los inicios de otra. La caída de los regímenes comunistas en los países del centro y este de Europa, Africa y Asia; la emergencia de nuevos países de rápida industrialización; el desplazamiento del poder y de la actividad económica desde el Atlántico al Pacífico; los problemas que la baja tasa de natalidad y el aumento de la esperanza de vida plantean a los países de Europa; el aumento del desempleo y las dificultades de creación de nuevos puestos de trabajo; la aparente desindus-

*) Profesor Asistente de Derecho Procesal Civil II. Turno Noche.

trialización de países avanzados y la supuesta desconexión entre la denominada economía real o productiva y la economía financiera.

La expansión territorial de las empresas; el crecimiento del comercio y los negocios internacionales y los bloques regionales, el aumento considerable de los flujos de bienes, servicios e inversión directa entre países, la implementación de nuevas tecnologías y de nuevas formas organizativas, la aparición de una nueva rivalidad global: empresas, países y bloques regionales; la convergencia de sistemas económicos y la crisis del sector público, reclaman una legislación adecuada y acorde con estos nuevos desafíos. Estas circunstancias permiten que el Derecho modifique constantemente su estrategia y enfoque de localización física, integrándose vertical u horizontalmente, prescindiendo de las fronteras geográficas de los países. Estas tendencias conducen inexorablemente hacia un Derecho Global e Interdependiente.

En la antigüedad, cada pueblo ejercía su derecho (consuetudinario primeramente y escrito, después) con independencia del derecho extranjero; como forma de autonomía y, por otro lado, por desconocimiento o rechazo de costumbres y leyes de otros pueblos, siendo su ámbito de aplicación exclusivamente territorial.

A medida que ciertos pueblos, por medio de su expansión y conquista, fueron imponiendo su Derecho a los demás pueblos sometidos, exceptuando tal vez algunos e insignificantes aspectos de aplicación muy particular del derecho de esa nación sometida, se fueron confundiendo una y otra legislación al momento de su aplicación práctica. Tal es el caso de Roma, que impuso su hegemonía y su derecho, pero permitiendo la aplicación del derecho particular de la nación sometida, en aquellos puntos que no se contraponían expresamente al *ius romano*.

El pensamiento imperante de aquellos pueblos era de que, acompañado con la conquista (la fuerza) llegaban también sus costumbres y su legislación a los pueblos subyugados.

Con anterioridad se conocen en la historia instrumentos normativos de aplicación extraterritorial; por ejemplo, el Código de Hammurabi (Babilonia), el Corpus Iuris Civile del Emperador Justiniano (Roma), el Código de Partidas del Rey Alfonso X (España). En el siglo XIX Napoleón inspiró la creación del Código Civil Francés (1804-1805), que fue de aplicación temporal en Europa y también en ciertas partes de América, por su actualidad, por los avances en ciertas disciplinas y por los innumerables aportes que contenía.

Paralelamente al sometimiento y a las guerras de conquistas, los pueblos fueron implementando una figura jurídica que servía de exteriorización del Derecho particular a una legislación supranacional. Así fueron impuestos los tratados o convenios entre dos o más naciones, que reconocían a dichos instrumentos normativos como parte integrante del ordenamiento jurídico particular o nacional, pero su contenido era especialísimo, tratando puntos específicos y puntuales que afectaban a la vida institucional de los pueblos contratantes.

Así también los movimientos de codificación y de la enciclopedia fueron introduciendo en las naciones la necesidad de ir unificando en materia jurídica sus leyes particulares y estar a la altura de los avances de los pueblos más civilizados.

A principios del siglo XX las guerras de expansión y sometimiento con las atrocidades cometidas y que las mismas generaban, ver la necesidad de la creación de un organismo internacional que aglutine a todas las naciones del mundo a fin de evitar conflictos y guerras de expansión territorial. Así, primeramente nace la Sociedad de las Naciones, que tuvo, por lo menos como objetivo inicial, evitar la expansión de países poderosos por el sólo afán de conquista territorial. Posteriormente ante los sucesivos fracasos de esta primera entidad que cobijaba a los países del mundo, nace las Naciones Unidas después de la sangrienta Segunda Guerra Mundial, que tiene actualmente en su seno a todos los países reconocidos. Existen, no obstante, otros organismos a nivel regional con tales propósitos u otros distintos, como la O.E.A, la U.E., la O.T.A.N., la Liga Árabe, etc.

Es decir, actualmente no es una novedad que una norma de aplicación netamente particular sea también de aplicación supranacional. La globalización se ha impuesto a la sociedad y ella, como se dijo, abarca también el ámbito del Derecho, que tiene como principal meta u objetivo, la internacionalización de varias disciplinas jurídicas.

NECESIDAD DE REGULACIÓN JURÍDICA EN LA GLOBALIZACIÓN

El hombre ha nacido para vivir en sociedad, porque no pudiendo en soledad procurarse lo que le es necesario y útil para la vida, ni para adquirir la perfección del espíritu, la civilización lo ha hecho sociable para unirse a sus semejantes en una comunidad tanto doméstica como civil, la única capaz de proporcionarle lo necesario para el perfeccionamiento de su existencia. La vida social no es pues exterior al hombre, éste no puede crecer y realizar su

vocación sino en relación con los demás. El hombre pertenece a diversas sociedades: familiar, profesional, política y en su seno debe ejercer su libertad responsable.

Un orden social justo ofrece al hombre una ayuda irremplazable para la realización de su libre personalidad. Por el contrario, un orden social injusto es una amenaza y un obstáculo que pueden comprometer su destino. Esta socialización que se desmultiplica en las sociedades desarrolladas, no debe perjudicar a la personalización, a lo que constituye el objeto mismo de toda sociedad: la promoción y el respeto de la persona humana. Por eso la propiedad privada juega un papel primordial en este equilibrio entre persona y sociedad.

El progreso de las ciencias y de las técnicas en todos los dominios de la vida social multiplica y estrecha relaciones entre las naciones y hace su interdependencia cada vez más profunda y vital. En consecuencia, se puede decir que todo el problema humano de cierta importancia, reviste hoy dimensiones supranacionales y a menudo mundiales. Se puede así comprender cómo se propaga cada vez más en el espíritu de los individuos y de los pueblos la convicción de una necesidad urgente de entendimiento y de colaboración, que puede realizarse mediante buenas relaciones entre los Estados y por el desarrollo del papel de los organismos internacionales.

El mundo se ha empequeñecido por la tecnología y los avances científicos; flagelos como el genocidio, los secuestros, el narcotráfico, la drogadicción, la piratería, el terrorismo, la contaminación o polución ambiental, la discriminación, la intolerancia, las violaciones de los Derechos Humanos, los conflictos armados; no conocen de territorialidad o nacionalidad, afectando directa o indirectamente a todos los países en el mundo, que reconocen de que solos es imposible la lucha contra estos males.

Todo lo que constituye una violación de la integridad de la persona humana, como las mutilaciones, la tortura física o moral, la coacción psicológica; todo lo que ofende la dignidad del hombre, como las condiciones de vida infrahumanas, los encarcelamientos arbitrarios e injustos, las deportaciones, la esclavitud, la prostitución, el comercio de mujeres y de jóvenes; todo lo que hace las condiciones de trabajo degradantes, reduciendo a los obreros al rango de meros instrumentos sin la consideración debida a su personalidad libre y responsable: todas estas prácticas y otras análogas son, en verdad, infames; corrompen la civilización, deshonoran a los responsables, más todavía que a los que las sufren e insultan gravemente el honor del Creador.

Una de las soluciones eficaces para combatir estos y otros flagelos sociales es la unidad de acción en un arma efectiva: la Globalización de los Valores Jurídicos, que no es otra cosa que la internacionalización y aplicación efectiva de los Principios Universales del Derecho, como lo son “la realización efectiva de la Justicia y, consecuentemente, el Bien Común”.

El Papa Juan Pablo II advertía hace poco sobre los peligros de la Globalización, refiriéndose a esos aspectos y otros, como la pobreza, la discriminación y la intolerancia; si se descuida, como ocurre en la realidad, el aspecto humano o de respeto a la dignidad del hombre. Esa es justamente la finalidad del Derecho en la Globalización: hacer posible el Bienestar General, el respeto irrestricto a los Derechos Humanos, en este caso, a nivel mundial.

REVALORIZAR LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO NATURAL

En la Globalización del Derecho, no se debe olvidar que ciertos principios señalados e incluidos en varios tratados vigentes, son producto de la influencia de la Teoría del Derecho Natural en su contenido. Se trata del reconocimiento por el hombre de los principios morales (moral natural) y jurídicos (derecho natural) que se le imponen para su propia perfección y plenitud de ser. Esta ley natural que está escrita y grabada en el corazón de cada hombre es la razón humana misma.

En el fondo de su conciencia, el hombre descubre la presencia de una ley que no se ha dado a sí mismo, pero a la que está obligado a obedecer. Por fidelidad a la conciencia, las personas debemos buscar juntos la verdad y la solución justa de tantos problemas mundiales que plantean la vida privada y la vida social.

Este Derecho Natural, decían los romanos, es un ordenamiento superior, inmutable, “que llama a los hombres por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas”, que no puede ser derogado por las leyes positivas, que “rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos”, y formado no por las opiniones, sino por la naturaleza, por “la recta razón inscrita en todos los corazones” (Cicerón).

Según Santo Tomás de Aquino, pertenecen a la ley natural aquellas reglas por las cuales se conserva la vida del hombre y se impide lo contrario; las que permiten hacer lo que la naturaleza enseñó a todos los hombres, como la unión de los sexos, la educación de los hijos y otras semejantes; y las que

coinciden con la inclinación del hombre a conocer la verdad sobre Dios y vivir en sociedad. De esta última deriva la obligación de no dañar a otros.

Todo Derecho debe, por consiguiente, fundarse sobre esos requerimientos de la naturaleza: debe proteger la vida y la integridad física de los hombres, favorecer la unión de los sexos para la propagación de la especie y la educación de los hijos haciendo del matrimonio y la familia dos instrumentos cuyos fines específicos merecen ser reconocidos y afianzados; y organizar un gobierno que mantenga el orden en la comunidad y oriente la conducta de sus miembros a fin de asegurar el bienestar colectivo.

Las ofensas a la dignidad del hombre, como las que fueron señaladas precedentemente, son el resultado de una mentalidad persistente en la Globalización Económica que considera al ser humano no como una persona sino como una cosa, como un objeto de compra o de venta al servicio del interés egoísta y del mero placer. La “cosificación” de la persona humana hay que proscribirla también en los sistemas de producción: hay que subrayar y poner de relieve el primado del hombre en el proceso de producción, el primado del hombre respecto a las cosas; el hombre y sólo él es una persona. Lo que cuenta es la dignidad de la persona humana, cuya defensa y promoción han sido confiadas al Derecho y de las que son rigurosamente responsables y deudores los hombres y las mujeres en todas las circunstancias de la historia.

Por ello, si se tuvieran siempre en cuenta estas orientaciones jurídicas en los normas de este mundo globalizado, éste será más equitativo y más justo.

HACIA LA INTEGRACIÓN JURÍDICA DE LAS NACIONES

Hoy día existen disciplinas del Derecho reconocidas mundialmente que tratan sobre legislación supranacional e interacción multilateral, como por ejemplo, el Derecho Internacional Público y el Privado, con sus principios y reglas propias que son de aplicación indistintamente en varios países del mundo. Se habla también hoy día de la aplicación de un Derecho Penal Internacional, común a todos los pueblos y acordes a sus particularidades; las Normas y Convenios de Protección de los Derechos de Autor (derechos intelectuales), tan violados por las falsificaciones; el Pacto de San José de Costa Rica, tan necesario su creación y de inapreciable contribución a la lucha por el Derecho.

Se cuenta hoy día con un Tribunal Internacional Penal para castigar crímenes denominados de Lesa Humanidad, que es todo un avance en materia de Derechos Humanos, con jurisdicción y competencia a nivel mundial.

En este aspecto, cabe señalar que los tratados de Montevideo suscritos en los Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado (Primer Congreso 1888-1889 y segundo Congreso 1939-1940), que contienen aspectos del derecho de familia, derecho patrimonial, derecho penal, derecho procesal penal, etc., constituyen esfuerzos en el afán de lograr una Codificación Internacional que fuera en lo posible completa en atención a la materias reguladas y constituyen aportes a la meta codificatoria, que materializó el anhelo de una ley común para América, en este caso.

Las Convenciones Interamericanas suscritas en las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional (1975, 1979, 1984, 1989 y 1994) fueron abandonando el objetivo de una codificación general por razón de la materia, que inspiraba tanto a los tratados de Montevideo como al Código Bustamante. En su lugar, los juristas proponen acuerdos multilaterales sobre materias específicas: Arbitraje Comercial, Conflicto de Leyes en Materia de Cheques, Letras de Cambio, Pagarés, Exhortos o Cartas Rogatorias.

Es de destacar el aporte de compatriotas en el ámbito del Derecho Internacional, así el ilustre pensador, considerado “mentor de la política internacional de nuestro país durante varios lustros ... guiando las relaciones exteriores con inteligencia y señorío”, Manuel Gondra, quien participó en la Quinta Conferencia Panamericana, reunida en Santiago de Chile en 1923, dando al continente americano un medio jurídico para dirimir sus conflictos y evitar las contiendas armadas entre naciones: “la Convención Gondra”, aprobada por aclamación de dicha Quinta Conferencia, contribuyó a la fama de nuestro país de ser un pueblo de sentimientos y propósitos pacifistas y puso valla al desborde de toda lucha sangrienta y bárbara.

En otro orden, la aprobación del GATT en 1947, acuerdo orientado a suprimir todo tipo de obstáculos al libre comercio, es un primer factor importante para explicar la expansión del comercio internacional.

Este acuerdo descansaba sobre tres principios básicos: de transparencia, de equidad y de reciprocidad.

Principio de transparencia, según el cual los gobiernos se comprometían a eliminar todo tipo de barreras cualitativas (no arancelarias) al comercio y a sustituirlas por barreras arancelarias (Código Aduanero, por ejemplo). El objetivo último de este principio era, inicialmente, dismantelar la red de regulaciones no arancelarias que afectaban al comercio internacional.

Principio de equidad, o cláusula de la nación más favorecida, por el cual todos los países se comprometían a tratar de manera igual a sus socios comerciales. Este principio pretendía evitar los conflictos entre países por razones comerciales.

Principio de reciprocidad, que comprometía a los firmantes del acuerdo a adoptar reducciones recíprocas en sus barreras arancelarias, las cuales se deberían extender inmediatamente al resto de los países con los que aquellos mantuviesen relaciones comerciales, debido a la cláusula de nación más favorecida.

Tanto el GATT, en sus inicios, como las posteriores reuniones y acuerdos firmados entre países convocados por aquella institución, supusieron un fuerte impulso al libre comercio, lo que ha contribuido al crecimiento del comercio mundial en las pasadas décadas.

La internacionalización de las finanzas y de los mercados financieros es uno de los indicadores más elocuentes de la globalización de la economía mundial en los años noventa. El fuerte crecimiento de los capitales internacionales y el impacto de los movimientos de los tipos de cambio o de la oscilación de los tipos de interés de un país en otros países, son una realidad cotidiana de nuestros días.

La desregulación de los mercados financieros nacionales y el progresivo desmantelamiento de los controles al libre movimiento de capital entre países también han influido en la Globalización de las finanzas internacionales. La regulación de las operaciones del sector financiero es tan antigua como la existencia de ese sector. Su justificación ha sido y es la necesidad de proteger el ahorro y reducir el riesgo con el que operan los diferentes agentes financieros.

OBSTÁCULOS A LA GLOBALIZACIÓN DE PRINCIPIOS JURÍDICOS

Se contraponen a la globalización de los principios jurídicos la pobreza, el fanatismo religioso, el nacionalismo, el racismo, la ignorancia, el analfabetismo, que constituyen duras barreras u obstáculos a la Internacionalización de Valores Jurídicos.

La pobreza, que es para no pocos doctrinarios del Derecho, el caldo de cultivo de la delincuencia o de varias tipologías de delitos y del delincuente, y azota a nuestro mundo de manera incontenible. La pobreza no la crean los

pobres, como a veces se piensa; no se debe ni a sus limitaciones ni a la escasa demanda de trabajo. Estas no son causas, sino síntomas. La pobreza viene de que no sabemos descubrir las posibilidades humanas, y no acertamos a crear un esquema teórico, con conceptos, normas, instituciones y políticas que las apoyen.

Por eso sostengo que muchas veces, no todas, la Administración de Justicia, encargada de la aplicación, interpretación o integración del Derecho, tal y como la conocemos ahora, muchas veces no ayuda a los pobres, sino que les estorba, porque los olvida y porque, por lo tanto, carece de conciencia social.

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA GLOBALIZACIÓN

La inseguridad jurídica es otro de los males de la actualidad que no hacen posible la Justicia. La administración de justicia sigue siendo la gran asignatura pendiente en muchos países del mundo. Salvo retoques, más epidérmicos que reales, seguimos teniendo en lo esencial la misma estructura de personal, de planta, presupuestaria, de funcionamiento etc., desde hace décadas. La imagen de la Justicia ante sus propios servidores, el resto de operadores y los ciudadanos en general sigue siendo descreída, lejos de lo que cabría esperar de un poder del Estado que se manifiesta como servicio público en el dintel del siglo XXI.

La Globalización, en resumen, es progresiva e incontenible en estos tiempos; que ella no traiga consigo desequilibrios sociales, más pobreza e injusticia, dependen de la aplicación efectiva de los Valores y Principios Jurídicos de validez universal, para, en todo caso, restaurar ese desorden social.

BIBLIOGRAFIA

YUNNUS, Muhamad. Globalización y su regulación en el marco de la ley. Acepprensa, París, 1998.

CANALS, J. Globalización e Interdependencia; Universidad de Navarra, Pamplona, 2000.

CHABOT, Jean Luc. La Doctrina Social de la Iglesia y la Globalización. Ediciones Rialp, Madrid, 1999.

MOUCHET, Carlos. ZORRAQUIN Becu, Ricardo; Introducción al Derecho, 70 Ed., Bs. As., 1970.

Constitución Nacional del Paraguay, 1992.

Código Civil Paraguayo, 1987.

OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Helista, Bs. As.



INCIDENTE DE NULIDAD

Por Hugo Aníbal Francisco Becker Candia*

“Siempre es saludable recordar que el proceso es un método de debate, un mecanismo a través del cual se procura dirimir el litigio. Las formas sirven en la medida en que organizan ese debate y lo estructuran sistemáticamente. Pero, obviamente, propugnamos el desarraigo de aquellos formulismos huecos que embarazan, complican y convierten en un rito misterioso lo que, en definitiva, al decir de OSSORIO, no debe ser otra cosa que “un diálogo entre gentes con sentido común.”(1).

INCIDENTE

Se trata del resorte procesal utilizado con más frecuencia en nuestros tribunales. Como consecuencia de la proliferación incontrolada, la institución -que tendría que ser noble de por sí- ha sufrido un descrédito considerable, al punto que la palabra “incidentista” se utiliza en forma peyorativa, como sinónimo de rábula, chicanero.

A nadie escapa que el incidente es una demanda accesoria, se lo llama “pretensión incidental” o “demanda incidental”, que contiene una pretensión concreta -de anulación de una actuación procesal en nuestro caso-, dentro de un proceso, conexas a la principal. Para que exista incidente es menester “que medie oposición a una pretensión que constituya su presupuesto lógico y que la cuestión posea cierta envergadura, de modo tal que requiera de su resolución a través de una sentencia interlocutoria.”(2).

*) Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial.

1) Cuestiones de competencia, de A. Alvarado V., y A. H. Lauria, pág. 67.

2) J. A. 1985-II-459.

En doctrina y jurisprudencia se habla también de simples incidentes - regulación de honorarios-, incidentes necesarios -verificación de crédito-, sub incidentes -oposición a preguntas en una audiencia testifical- y el proceso incidental que por vía de juicio ordinario o sumario se plantea dentro de un proceso.(3).

Sabemos también que cuando el incidente suspende la prosecución del juicio, se tramita en el principal. Si no lo suspende -todo lo atinente a medidas cautelares, redargución de falsedad, etc.- se tramita por “pieza separada”, “cuerda separada”, “cuerda floja”, según la terminología forense usual, conforme se indica en el Art. 181 del C.P.C., que da la siguiente definición: “Se entiende que impide la prosecución del principal toda cuestión sin cuya resolución previa es imposible, de hecho y de derecho, continuar sustanciándolo”.

Para una mejor comprensión del tema que nos ocupa, es primordial un brevísimo análisis de las nulidades del derecho civil.

ACTOS JURIDICOS. INVALIDEZ. INEFICACIA. INOPONIBILIDAD.

En su vida de relación el ser humano realiza numerosos actos. Cuando ellos están destinados a crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos, se llaman actos jurídicos, Art. 296 del C.C.

Las normas que tratan la materia exigen que las partes tengan capacidad, que los actos sean voluntarios y lícitos; indican los elementos que caracterizan al acto o contrato, y previenen una forma de realizarlos, que también servirá como prueba.

Los actos realizados en violación de las previsiones legales, no producen sus efectos normales, es decir, son ineficaces o inválidos. Aquí es importante distinguir, la ineficacia propiamente dicha que presupone un acto jurídico válido, que por causas posteriores -revocación, rescisión, resolución-, no produce efectos. En su sentido restringido -que es el que nos interesa- el acto es ineficaz, inválido o nulo, por causa de vicios existentes al tiempo de la formación del acto jurídico.

La inoponibilidad reconoce un acto jurídico válido entre partes, quienes por eso no pueden pedir su nulidad. Pero sí lo pueden hacer terceros, por causas legales que restan eficacia al acto frente a ellos. Como ejemplo podríamos

3) Incidentes Procesales, de G. Portillo y L. Galván, pág. 6 y sgtes.

citar la hipoteca no inscrita, que es válida entre partes y sus herederos, pero no produce efectos frente a terceros, Art. 2369 del C.C.

Exponemos algunas definiciones de nulidad: A) Sanción de invalidez prescripta por la ley por adolecer el acto jurídico de un defecto constitutivo(4). B) Sanción legal que priva de sus efectos a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de la celebración(5).

NO HAY NULIDAD SIN TEXTO. INEXISTENCIA

El Art. 355 del C.C., dispone: “Las únicas nulidades que los jueces pueden declarar son las que expresa o implícitamente se establecen en este Código”. Complementando esta norma, el Art. 27 preceptúa: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no establece otro efecto para el caso de contravención”.

Como una reacción frente a la exigencia legal, surgió en Francia la teoría del acto inexistente, cuya paternidad se atribuye al propio NAPOLEON, quien presumiblemente, al analizar el que sería Art. 146 de su Código, habría hecho la distinción entre un matrimonio existente, pero anulable, por haberse contraído con vicios del consentimiento, y el matrimonio inexistente, por ausencia de consentimiento libre ante el Oficial del Registro Civil.

Como únicamente se podía declarar nulidades previstas en la ley, la inexistencia comenzó a extenderse a todos los casos en que se presentaban anomalías o irregularidades graves, pero faltaba la sanción legal de nulidad.

A pesar que autores de la talla de BORDA y LLAMBIAS la aceptan expresamente y este último con lógica de hierro dice: “La ausencia de cualquiera de estos elementos esenciales del acto, significa también la ausencia del mismo acto”, en nuestra práctica judicial -por ejemplo en la S.D.Nº 143 del 7 de marzo de 2.000-, no aceptamos la teoría porque: a) no está prevista en la ley; b) el Código Civil sanciona el incumplimiento de los requisitos esenciales con la nulidad, Art. 27. c) por vía del llamado acto inexistente, hemos verificado que se pretende generalmente burlar los derechos de terceros de buena fe, en virtud de que al no existir un acto, no pudo producir efecto alguno, ni

4) Tratado teórico práctico de las nulidades, de LLOVERAS DE RESK, pág. 28 -cita de BUTELER CACERES-.

5) Manual de derecho civil, Parte general, de Borda, pág. 506.

generar derechos. Por ello, tampoco podemos coincidir con los autores que afirman que la distinción carece de efecto práctico.

ACTO NULO Y ANULABLE. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

Siguiendo a BORDA diremos que en el Código de VELEZ actos nulos son aquellos en los cuales el vicio, la irregularidad, se presenta en forma clara, patente, manifiesta. Anulable es el acto que contiene vicios que no aparecen en esa forma, lo que implica que se requiere de una investigación y comprobación judicial. Es la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico en virtud de una causa originaria, es decir, existente al momento de la celebración(6).

La nulidad relativa es aquella que solo afecta intereses privados y por ende: a) está sujeta a la prescripción liberatoria; b) puede ser confirmada en forma expresa o tácita.

La nulidad es absoluta cuando el vicio atenta contra el orden público y, en consecuencia, cualquiera tiene derecho a invocarla, el juez la debe declarar de oficio, aun contra la voluntad de las partes, y no puede ser objeto de confirmación. Asimismo, la acción de anulación es imprescriptible.

Esta clasificación, o mejor, terminología, desaparece en el nuevo Código, pero ello no implica que no existan las nulidades absolutas y relativas. A nuestro parecer, el acto nulo se equipara, o es sinónimo de nulidad absoluta y el acto anulable se refiere a la nulidad relativa. Es un criterio simplista que ya algún eco tuvo en el vecino país y es lo que al parecer sostienen algunos doctrinarios nacionales, como el Profesor GAUTO BEJARANO(7). Ver Arts. 355, 356, 357, 358, 359, 366, 658, Inc. a), y ccddes. del Código Civil.

EL PROCESO CIVIL. LAS FORMAS

Para que estemos en presencia de un proceso es necesario que alguien formule una pretensión jurídicamente conformada, que otra persona se resista a esa pretensión y que un tercero -JUEZ- idóneo, competente, independiente, imparcial e imparcial, resuelva el caso.

6) Tratado de derecho civil, Parte General, T. II, pág. 382.

7) La Ley, Año 12, N° 3, pág. 747.

El proceso es un método de debate y a los efectos de que tal debate se lleve en forma ordenada, se proteja el derecho de defensa de los litigantes, se impida la arbitrariedad del magistrado, y en general, se respeten los principios procesales, de igualdad, contradicción, economía, moralidad, eficacia, etc.; aparece la regulación legal de los actos procesales. Es decir, como realizarlos, cuando, donde. Es importante señalar que los actos procesales son actos jurídicos, con la nota distintiva de que siempre deben realizarse con presencia del Estado, a través del Poder Judicial; mientras que en los actos jurídicos del derecho civil, puede intervenir el Estado, pero excepcionalmente y para dar fe al acto.

Existen varios sistemas, como el de regulación legal y su opuesto, el de libertad de las formas. Aparece también un sistema intermedio en el que se presentan dos variantes: regulación judicial o convencional de formas, y el sistema basado en la finalidad de las formas. Todo ello en contraposición a nuestro sistema de legalidad de las formas, es decir, la ley se encarga de determinar como se realizarán los actos procesales, cuando y donde. Es lo que en el concepto amplio se conoce como forma.

Según PALACIO, la forma se refiere mas bien al “como” habrá de realizarse un acto procesal(8). CHIOVENDA al respecto dice: “Las actividades de las partes y de los órganos jurisdiccionales mediante las cuales el pleito procede desde el principio hacia la definición, y el conjunto de los cuales se llama proceso, deben amoldarse a determinadas condiciones de lugar, de tiempo, de medios de expresión; estas condiciones llámense formas procesales en sentido estricto” (9).

Ya desde las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, 1970, se ha destacado que el proceso moderno “debe ser antiformalista” y contemplar las formalidades en cuanto tengan un contenido. La corriente actual es antiformalista y se ha construido una teoría llamada de instrumentalidad de las formas, que nos indica que no tienen una finalidad propia, conforme con lo cual lo que importa es no tanto cumplir estrictamente con la forma respectiva, sino con la finalidad asignada al acto en cuestión. R. BERIZONCE, sostiene el sistema de finalidad de las formas, regido por el principio de instrumentalidad, o finalista, en virtud del cual los actos procesales son válidos en tanto se hayan realizado de cualquier modo apropiado para la obten-

8) Derecho procesal, T. 4, pág. 117.

9) Principios de derecho procesal civil, T. 2, Pág 109.

ción de su finalidad. Halló esta consagración en la ley de rito italiana y de ahí pasa a las legislaciones modernas(10)

Jueces y abogados estamos acostumbrados a un formalismo carente de contenido y constantemente olvidamos que las formas fueron creadas en beneficio de los litigantes y no pueden volverse en una suerte de trampa mortal para los derechos del justiciable. Lamentablemente, no dudamos en convertir lo accesorio en substancial. GELSI BIDART ha dicho con acierto que “Para la humanización del proceso ha de tenerse presente, ante todo que éste es un instrumento, un medio para lograr algo que no es él mismo, que no tiene su fin en sí -como puede tenerlo, en cambio, un procedimiento artístico o un juego-. Si su finalidad se logra o no -resultado- se verá “a posteriori” (11). PEYRANO acota que el justiciable de hoy ya no se contenta con una justicia pro forma o con sentencias líricas. “Aquí y ahora se lucha por el propio derecho de manera casi encarnizada”. Contrariamente a lo que sostienen nuestros tribunales, dice que “Suele acontecer que la pepita de oro de la justicia, se encuentra oculta en el cieno de una sentencia poco primorosa”(12).

Hace mas de quince años la Corte por medio de su titular había instado a los jueces a dictar sentencias justas, que pongan las cosas en su lugar, y no piezas procesales de alto contenido jurídico y literario, pero desprovistas de justicia.

CHIOVENDA tenía la ilusión de que ninguna litis se perdiera por razones de forma. Pese a ello ha defendido su existencia y valor dentro del proceso, diciendo que quienes cuestionan el formalismo, se comportan como la paloma que se queja del aire que le impide volar con mayor velocidad, cuando que es el propio aire el que hace que vuele(13).

El Art. 102 del C.P.C. dice: “Los actos del proceso para los cuales la ley no requiere formas determinadas, pueden cumplirse en el modo mas idóneo para que alcancen su finalidad”. Concuera con el Art. 111 del mismo código, en lo tocante al principio de finalidad, que impide un decreto de nulidad de un acto procesal, cuando ha logrado el objetivo que la ley establece. Entendemos que se trata de un significativo avance, aunque hay todavía mucha tela que cortar.

10) Estudios de nulidades procesales, pág. 20.

11) La humanización del proceso, pág. 247.

12) Cuestiones de derecho procesal, pág. 19 y sgtes.

13) Ensayos de derecho procesal, T. I, Págs. 123 y 167.

NULIDAD CIVIL Y PROCESAL. INEXISTENCIA

En modo alguno podemos pretender que las reglas del Código Civil se aplican al proceso en la materia que tratamos. En primer lugar, en el proceso civil por regla general no existen nulidades absolutas, porque como vimos, las formas se crearon en beneficio exclusivo de las partes y no del orden público.

“En materia procesal, las nulidades son relativas y por consiguiente al ser consentidas quedan subsanadas”(14).

Los vicios del consentimiento como error, dolo y violencia raramente suelen articularse para lograr la nulidad de un acto procesal. Igual cosa ocurre con la simulación.

Tenemos una primera conclusión: las nulidades procesales son -por regla general- relativas y sujetas a convalidación expresa o tácita. Así lo dispone en forma clara el Art. 114 del C.P.C. No debe confundirse la posibilidad de declarar la nulidad de oficio por el juez, con nulidad absoluta. La facultad conferida por el Art. 113, del referido Código, solo puede ser ejercida si la irregularidad impide el dictado del fallo, si el acto no fue convalidado y si no se presenta cosa juzgada.

Dijimos al comienzo que no compartimos la teoría del acto inexistente. Pero ello es así en el derecho civil. En el derecho procesal civil, sin embargo, es imperioso admitir dicha teoría. En efecto, nuestro proceso se maneja por un sistema preclusivo -cierre de etapas que no pueden volver a abrirse- y cosa juzgada -agotamiento de la actividad recursiva que impide la reedición del caso-. Entonces, si no admitimos el acto procesal inexistente; por efecto de la cosa juzgada quedaría firme una sentencia dictada por un Comisario o por el Actuario, por ejemplo, o una sentencia que no decide la suerte de los litigantes -por ejemplo cuando se demanda por usucapión y se contrademanda por reivindicación y el juez rechaza ambas demandas-, o si se da valor a escritos no firmados, o la falta de correcta representación se convalidaría, etc. La inexistencia es una cuestión de hecho ajena a toda idea de validez por padecer el acto de una deficiencia de tal naturaleza que lo hace inconcebible, sin necesidad de ingresar al examen de sus vicios(15). En contra: “No es dable hablar de actos

14) Repertorio La Ley I, Pág 298, N° 138, CSJ, A. y S. N° 9, 6-02-80.
15) E.D., 92-178.

procesales “inexistentes”, porque tal categoría de actos no tiene cabida en el derecho procesal”(16).

Los autores sostienen que en estos casos basta una simple resolución declarativa de inexistencia. Resulta claro que se hace necesario un pronunciamiento, dado que -como vimos mas arriba- un escrito sin firma -acto inexistente- puede dar apertura al proceso o a una instancia, en los que recaen resoluciones que de una u otra manera deben ser declarados ineficaces.

EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Se presenta cuando el magistrado da un valor inusual al cumplimiento de formalismos. Hemos tenido ocasión de observar un caso que llegó hasta el Mas Alto Tribunal en el que se dejaron de lado pruebas diligenciadas correctamente en el interior del país y oportunamente devueltas y agregadas materialmente al expediente, por no constar la providencia de “Agréguese”(17)

En otro asunto, publicado en La Ley, no se hizo lugar a un incidente de nulidad, a pesar de que el vicio era grosero y provocó indefensión, porque el nulidicente no apeló la providencia que ordenaba la agregación de la prueba(18). También se dieron casos de nulidad de resoluciones, por resolverse por auto interlocutorio y no por sentencia, excepciones articuladas en juicio ejecutivo. Asimismo, por no notificarse por cédula un proveído de llamamiento directo de autos para resolver, en un incidente, cuando que las partes no ofrecieron pruebas a diligenciar.

En el A. y S. N° 455 del 23 de diciembre de 1998, la Sala Constitucional de la Corte, dijo: “Las disposiciones procesales, además de mantener el orden en la conducción del proceso, tienden a evitar arbitrariedades, limitando la actividad del juez y encaminando la de las partes. Sin embargo, no se puede llegar al absurdo de entronizar las formas en detrimento de la justicia. En otras palabras no se puede prescindir del fin que las inspira”(19). En todos los casos la Corte se ha pronunciado sobre que el exceso ritual manifiesto es una forma de arbitrariedad.

16) E.D., 24-327.

17) A. y S. N° 53 del 22 de mayo de 1980.

18) Repertorio I, pág. 297, N° 125 y N° 126.

19) Jurisprudencia Constitucional, de Josefina Sapena, pág. 688.

Este exceso ritual manifiesto se presenta desde varios ángulos. Por ejemplo: a) para hacer lugar a un incidente, sin que se presente indefensión; b) al requerir el magistrado, la contestación subsidiaria de la demanda, como requisito de procedencia, cuando que el perjuicio de la falta de notificación es evidente y cabe presumirlo. Consideramos ilustrativo un voto del Dr. Gómez Frutos, del que extractamos: "...disfrazando de legalidad algo que es intrínsecamente perverso, ya que un Magistrado no puede esconderse bajo las formas para amparar una injusticia". "...diga por ejemplo que la parte demandada no mencionó la defensa de la que se vio privada, cuando que pagó la totalidad del crédito reclamado durante la tramitación del juicio ejecutivo. ¿Qué mayor defensa que cancelar la obligación, cumpliendo el objetivo del proceso?"(20). En este voto también se reitera la obligación de intimar presentación de título y notificar por cédula la orden de venta al deudor y al acreedor hipotecario, no produciéndose en su caso, la extinción de ese gravamen.

NULIDAD DE OFICIO Y NULIDAD ABSOLUTA

El Art. 113 del C.P.C. autoriza al magistrado a declarar de oficio la nulidad. Es imprescindible señalar que dicha facultad no implica que en el proceso existan nulidades absolutas. Aun en los Códigos que expresamente lo admiten, como el de Santa Fe, República Argentina, se especifica que no se puede declarar si el vicio quedó convalidado y también, se dispone que la nulidad queda purgada por la cosa juzgada. Recordemos nuevamente que la norma habilita la declaración ex officio de la nulidad, cuando el vicio impide que se dicte sentencia, o cuando la ley así lo establezca.

La nulidad absoluta, como vimos al comienzo, es aquella que afecta el orden público, es imprescriptible, inconvaleable y "debe" ser declarada de oficio.

CONCEPTO DE NULIDAD PROCESAL

Es evidente que se trata de una sanción legal por la cual se priva de eficacia a un acto procesal por inobservancia de las formas procesales previstas en la ley. Demás está decir que el vicio debe ser anterior o concomitante, pero no posterior al acto. La irregularidad debe provocar ineludiblemente indefensión.

20) La Ley, Año 2000, pág. 475, A.I.Nº 592, 25-10-99, Sala 4.

Algunos autores, como RODRIGUEZ, sostienen que se declara la nulidad de una “relación procesal” que se estructura entre las partes y el magistrado judicial, porque no se trata de un acto de un incapaz o un negocio simulado o con reserva mental; “nos encontramos con que la nulidad apunta a la relación procesal en que intervienen el juez y las partes”(21).

LEGITIMACION ACTIVA

El Art. 112 del C.P.C., preceptúa como regla general la declaración de nulidad a instancia de la “parte perjudicada” y que no contribuyó a la existencia de vicios. Es decir, puede reclamar la anulación de un acto el litigante afectado, que no fue culpable del vicio.

Entra a tallar el viejo principio relativo a que nadie puede invocar su propia torpeza. Lo consagrado en la norma citada se conoce como principio de protección.

DECLARACION DE OFICIO

Reglada por el Art. 113 del C.P.C. Puede declararse cuando el vicio impida el dictado de la sentencia “y en los demás casos en que la ley lo prescriba”. Hemos visto mas arriba que la doctrina y la jurisprudencia fijaron otros requisitos: a) que no exista convalidación; b) que haya perjuicio; c) que no se presente cosa juzgada.

Creemos que por el principio de conservación, y también por el de celeridad y economía, los jueces tendrían que ser cautos en la declaración de nulidad ex officio.

MEDIOS DE IMPUGNACION

Tenemos el recurso de nulidad, la acción autónoma de nulidad, la acción o excepción de inconstitucionalidad, el recurso de reposición y el incidente de nulidad. Solamente trataremos esta última figura, dejando para un trabajo posterior el estudio de las demás.

Una de las clasificaciones de los actos procesales, que atañe específicamente a nuestra materia es la siguiente: A) Actuaciones procesales, como el diligenciamiento de pruebas, de mandamientos, de notificaciones, etc. B) Re-

21) Nulidades procesales, pág. 30.

soluciones judiciales que son: providencias, autos interlocutorios y sentencias, Art. 156 del C.P.C.

El Art. 117 expresa: “La nulidad de los actos procesales podrá pedirse por vía de incidente o de recurso, según se trate de vicios en las actuaciones o en las resoluciones. El incidente se deducirá en la instancia donde el vicio se hubiere cometido. Cuando las actuaciones fueren declaradas nulas, quedarán también invalidadas las resoluciones que sean su consecuencia”.

Con la redacción actual se obvia todo problema interpretativo. El recurso de nulidad queda reservado exclusivamente para los vicios que contenga una resolución judicial, considerada en si misma, dejando de lado toda reflexión y análisis respecto del procedimiento que le haya precedido.

En la práctica judicial es común ver que contra resoluciones se articulan incidentes de nulidad y contra actuaciones, recurso de nulidad. También es rutinario que los tribunales superiores anulen fallos por vicios de procedimiento que antecedieron al dictado de la resolución, contrariando lo normado en el Art. 117 citado.

La incidencia deberá plantearse en la instancia en que el vicio se produjo. Esto es muy importante porque a menudo se cuestionan actuaciones del Superior en primera instancia, aduciéndose que el expediente ya ha sido devuelto.

El Tribunal del Fuero, Sala 5, dijo: “En cambio, el recurso de nulidad cubre las deficiencias que pueda tener alguna resolución interlocutoria o la sentencia definitiva. Se refiere a vicios de la sentencia definitiva. Para este recurso no interesa si lo anteriormente hecho en el proceso, me refiero a su desarrollo, está o no bien, esto es cuestión de incidente de nulidad” Y mas adelante: “El recurso de nulidad, implícito en el de apelación, está destinado solamente a reparar los vicios propios de la sentencia definitiva, no de las actuaciones que la precedieron”(22).

INCIDENTE DE NULIDAD CON APELACION

No es raro ver que un litigante, notificado de la sentencia o de un auto, acuda a articular incidente de nulidad de actuaciones y al mismo tiempo, recurrir la resolución respectiva.

22) A. y S. N° 33, 10-06-97, cita de la obra Código procesal civil de Bs. As. Comentado, de Epifanio Condorelli, Págs. 629/630.

Nuestra posición invariable -aunque podemos estar equivocados- es la de estar en contra de tal forma de proceder, por diversas razones: A) Por el principio de legalidad; dado que la ley en parte alguna permite la articulación simultánea de medios de impugnación, como son el incidente y el recurso. B) Solamente el recurso de reposición puede ir acompañado de apelación en subsidio, Art. 394 del C.P.C. C) De acuerdo con el Art. 117 del mismo código, anulada la actuación, queda invalidada por imperio de la ley la resolución que es su consecuencia. D) Normalmente esa forma de actuar tiene un evidente afán dilatorio. Es decir, se hace recorrer primero el incidente por todas las instancias conocidas y posteriormente, se comienza y sigue por el mismo camino con el recurso. No es extraño ver que por medio de esta maniobra, con apariencia de legalidad, se “gana” fácilmente un año o más de inútil tramitación, cuando que el afán de los justiciables y autoridades es terminar de una buena vez con los llamados “tiempos muertos” del proceso.

“Resulta inadmisibile el recurso de apelación deducido en forma conjunta con un incidente de nulidad, ya que ambas vías no pueden intentarse en forma simultánea”(23).

“El recurso de apelación en subsidio solo está admitido respecto del recurso de reposición, y en consecuencia excluido cuando se solicita la nulidad de un acto procesal”. “Deducido un incidente de nulidad, la resolución a ser estudiada por la alzada no es la providencia tachada de nula, sino el decisorio que desestimara dicha nulidad”(24).

EFFECTOS DE LA DECLARACION DE NULIDAD

A) En primer lugar, se priva de efectos al acto anormalmente realizado. B) El magistrado dispondrá, “cuando sea posible, la renovación de los actos a los cuales alcanza la nulidad, ordenando las medidas necesarias para el efecto”, Art. 116 del C.P.C. C) Quedan invalidadas las resoluciones que fueron su consecuencia, Art. 117 del C.P.C.

Con el anterior Código era necesario plantear el incidente de nulidad para dejar sin efecto la actuación. Al mismo tiempo, se debía interponer recursos contra la resolución que fue su consecuencia. El no recurrir era causa de rechazo seguro de la incidencia. Al anular la actuación, el juez concedía los recursos y el Superior -una vez firme el auto del juez, recibido el expediente y

23) E.D., 153-116.

24) Nulidades procesales, de M. E. Fiscella, Págs. 4/5, N° 18.

luego de seguir los trámites de segunda instancia-, anulaba la resolución, que era consecuencia de la actuación nula. Para este proceder se sostenía que era un “principio inconcusos que el juez no podía anular su propia decisión”. Si la incidencia era rechazada, quedaban denegados los recursos. De ahí que el nulidicente -en caso de resultar perdedor- se veía obligado a utilizar dos medios de impugnación: 1º Apelación y nulidad contra la resolución que rechazaba la incidencia; 2º Queja por denegación de recursos contra el apartado segundo que denegaba aquellos.

Ya en segunda instancia, el estudio de la queja quedaba diferido para lo que se resuelva en la apelación y nulidad. No era raro que la queja radicara en un tribunal y la apelación en otro.

“Con la declaración de nulidad de las actuaciones, la sentencia cuya revisión se pide ha quedado sin sustentación jurídica alguna, por lo que el juzgado, en la imposibilidad de rever su propia decisión, lo remite al tribunal de alzada que no tiene otra posibilidad que la de revocar la mencionada sentencia”(25).

Con todo este lío, no era inusual ver que se perdía el caso por no plantear la queja e incluso, el ganador del incidente era a veces notificado de la providencia de “Autos” y no expresaba agravios, poniendo en aprietos al Tribunal, al verse compelido a declarar desierto el recurso de nulidad, por falta de fundamentación.

Todo este esquema irritante y muy difícil, quedó solucionado por nuestro Código actual, que recoge la buena doctrina: “La nulidad de la actuación invalida la resolución que es su consecuencia y con tal solución, no se priva al litigante de la doble instancia”.

Es elemental destacar que la nulidad de un acto no implica la nulidad de los anteriores, ni de los posteriores que no tengan relación con aquel. Pero si por ejemplo se cuestiona la nulidad de la notificación de la demanda, es evidente que todos los actos procesales posteriores quedarán nulos y sin valor, al declararse la nulidad de la notificación mencionada, y la causa habrá de retrotraerse y repetirse nuevamente el acto notificadorio. Asimismo, por imperio del Art. 117 del C.P.C., quedarán invalidadas todas las resoluciones posteriores, incluyendo la sentencia definitiva que pudo dictarse.

25) Repertorio La Ley I, pág. 298, N° 132.

También cabe la posibilidad de una declaración parcial de nulidad. Y en nuestra práctica hemos verificado que en caso de cédula de notificación conjunta para marido y mujer, se declaró la nulidad de la notificación únicamente en lo referente a la notificación al marido, quedando válida en lo referente al otro cónyuge(26).

PRINCIPIOS QUE DOMINAN EL TEMA DE NULIDADES PROCESALES

Iremos analizando brevemente el elenco de los más destacados:

ESPECIFICIDAD

El Art. 111 dispone: “Ningún acto del proceso será declarado nulo si la nulidad no está conminada por la ley. Podrá, no obstante, pronunciarse la nulidad, si el acto carece de un requisito formal o material indispensable. Si el acto ha alcanzado su fin, aunque fuere irregular, no procederá su anulación”. Se recoge así la máxima “pas de nullite sans texte” del derecho francés. No hay nulidad, sin texto que así lo establezca. Pero el Art. 111 admite, como el Código Civil, las llamadas nulidades implícitas. Es decir, a falta de texto, es posible aun declarar la nulidad de un acto, si se ha omitido un elemento sustancial en su ejecución.

Para mejor ilustración, nos referimos a algunos casos: A) Falta de juramento del testigo. El Tribunal del Fuero, Sala 5, declaró que su falta no es causal de nulidad(27). En contra, la Sala 3(28). La doctrina ha vacilado sobre el punto, pero nosotros pensamos que su falta no es causal de nulidad, pero sí puede tenerse en cuenta en la sentencia, para la apreciación de la prueba. Al parecer, algunos estudios recientes han indicado que los testigos que prestan juramento, mienten menos que aquellos que no lo hacen. Pero en síntesis: nada hace presumir que el juramento hará variar una declaración. El juramento tenía gran importancia en épocas anteriores porque el perjurio tenía castigo de Dios y de la ley. Es decir, se aplicaba por una parte y con todo rigor el principio de moralidad y si era uno de los litigantes quien mentía, perdía el caso, iba a la cárcel -y también al infierno, sin perjuicio de las penas que ya en vida la divinidad le podía infligir-. Creemos que en caso alguno procede la nulidad ya que el litigante -que asistió al acto- contribuyó al vicio al no hacer notar al

26) A.I.N° 405 del 08 de setiembre de 1997, Sala 3.

27) A.I.N° 392 del 23 de diciembre de 1991.

28) A.I.N° 265 del 23 de agosto de 1991.

juez la omisión, lo que le quita legitimación. Si no asistió a la audiencia, actuó con negligencia e igual cooperó para que se produzca el vicio. B) reconocimiento judicial practicado por un Juez de Paz de un Distrito de la Capital, en contra de lo preceptuado en el Art. 264 del C.P.C. No hay nulidad si no se ha cuestionado la resolución que así la ordenaba. C) Acta de declaración testimonial no firmada por el Juez. Se ha declarado que no existe nulidad si firmaron el testigo, las partes y el Actuario.

FINALIDAD

Caracterizado en la última parte del Art. 111. Se consagra el principio al que hemos hecho referencia mas arriba, que pone de resalto la “instrumentalidad” de las formas procesales. Es decir, ellas no tienen un propósito en si mismas, sino únicamente garantizar la defensa en juicio.

Se ha dicho hasta el cansancio que la misión de las nulidades no es el aseguramiento por sí de la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley(29). COUTURE ha dicho que el proceso no es una misa jurídica.

Podemos señalar que cuando el acto -irregularmente celebrado- cumple el objeto indicado por la ley -notificar, intimar de pago, etc.-, torna inútil e innecesario el pronunciamiento de nulidad, por no existir indefensión.

TRASCENDENCIA

El vicio, la irregularidad debe trascender de la nulidad misma. Todos sabemos y repetimos que no existe la nulidad por la nulidad misma. Cobra importancia en este tema la sencilla, pero brillante, acotación de ALSINA relativa a que “donde hay indefensión, hay nulidad; si no hay indefensión, no hay nulidad”(30). Por aplicación de este principio, si la desviación no incide o no tiene trascendencia sobre la defensa en juicio, no procede una declaración de anulación.

Al hablar de la legitimación para promover el incidente, hemos visto que la norma, Art. 112, dispone que la tiene “la parte perjudicada por el acto vicia-

29) Nulidades procesales, de Maurino, pág. 38.

30) Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. 1, pág. 652.

do”. La propia norma pone como condición la existencia de perjuicio y de no haber contribuido a la nulidad -principio de protección-.

Quien pide la anulación de un acto jurídico debe demostrar el perjuicio y el interés jurídico que se procura subsanar, salvo que por la importancia del acto, el perjuicio quede patente.

Uno de los actos mas trascendentes del proceso es la notificación al accionado para que comparezca a estar en juicio y conteste la demanda. En algún momento se ha exigido la contestación en forma subsidiaria, para quien pide la nulidad del emplazamiento. Siguiendo la doctrina mayoritaria, pensamos que tal exigencia es injustificada, por estas razones principales: A) cabe presumir que la falta de contestación crea perjuicio. B) Se rompería el principio de igualdad al exigir que el accionado conteste la demanda con solo cinco días, que tiene para promover el incidente, plazo mucho menor a los dieciocho días con que normalmente cuenta para ello. C) Se presume que no tiene conocimiento del texto íntegro de la demanda y de los documentos anexados.

No ocurre lo propio con el juicio ejecutivo, en el que el Art. 463 del C.P.C., exige negar firma, consignar monto reclamado u oponer excepciones. En cierta ocasión hemos rechazado un incidente presentado tempestivamente, en el que se verificaron deficiencias en la notificación -se notificó en un domicilio que el demandado había fijado en otro juicio-, pero el accionado solo indicó que no pudo oponer la excepción de pago, sin acompañar documento alguno en respaldo de esta alegación. El Tribunal del Fuero, Sala 1, revocó nuestra resolución diciendo que “no parece justo obligar al demandado, quien no tuvo conocimiento anterior del juicio, a diligenciar las pruebas de su excepción en un plazo mas restringido”(31). No podemos compartir tal temperamento teniendo en cuenta la exigencia rotundamente contemplada en el Art. 463, y porque al no presentarse recibo o indicarse el documento en el que conste el pago -lo que no era en modo alguno difícil-, la afirmación de haberse pagado la deuda es muy poco creíble. Además, la excepción se plantea en forma subsidiaria y no puede ser objeto de prueba ni de resolución. Previamente se hará lugar a la anulación, y ahí se dará trámite a la excepción. Es lo que algunos autores, como RODRIGUEZ, entienden como “seriedad del pedido”(32).

31) La Ley, Año 2.000, pág. 50. A.I. N° 319, 19-07-99.

32) Obra citada, T. 2B, pág. 734.

En último caso, debería aportarse aunque sea un indicio que haga presumir que la obligación se ha modificado o extinguido, o que no hay personería o competencia, o que el título no es hábil, etc.

El Tribunal del Fuero, Sala 3, dijo: “Si bien las actuaciones impugnadas adolecen de ciertas irregularidades...el recurrente no ha señalado cual fue el perjuicio que se le ha ocasionado...el demandado no negó la deuda, ni desconoció las firmas a él atribuidas...no existe la nulidad por la nulidad misma”(33).

CONVALIDACION

Hemos visto que por regla general las nulidades procesales son relativas, es decir, pueden quedar convalidadas, consentidas, subsanadas o confirmadas por voluntad expresa o tácita de la parte perjudicada. De la exégesis del Art. 114 del C.P.C. surge que la “subsanación” se produce por aplicación del principio de finalidad que ya hemos analizado párrafos atrás -inciso a-. La confirmación es tácita, cuando no se formula reclamación dentro del plazo de cinco días subsiguientes al “conocimiento del acto viciado” -inciso b. También hay subsanación por la cosa juzgada -inciso c.

El legislador incurre, a nuestro entender, en errores en la terminología. Subsanan es sinónimo de sanear. En ocasión de asistir a cursos dictados por magistrados españoles, hemos tratado -si bien tangencialmente- la “extirpación”, por utilizar una palabra, del incidente de nulidad del proceso civil español, lo que trajo una agilización muy importante de las causas. Por otra parte, nos han informado que, por ejemplo, la falta de juramento del testigo puede ser saneada de oficio por el juez, llamando nuevamente al testigo para que jure. -esto sería considerado una blasfemia jurídica por litigantes y tribunales en nuestro país y probable causa de recusación y hasta de enjuiciamiento-. Por subsanación, entonces, debemos entender la reparación, el saneamiento de los vicios, sin un pronunciamiento previo de nulidad y justamente para prevenirlo. Vemos así que no debe confundirse subsanar o sanear un acto -que implica “curarlo” de sus vicios-, con la convalidación o confirmación, que es una suerte de renuncia a cuestionar la validez del acto.

COUTURE, expresa que si el que puede y debe atacar no ataca, aprueba(34).

33) A.I. N° 582, 02-12-97.

34) Fundamentos de derecho procesal civil, pág. 396.

Se ha discutido en diversas ocasiones si todas las nulidades pueden ser convalidadas.

La tesis afirmativa está defendida, entre otros, por ALSINA y PALACIO. La tesis negativa por COUTURE y otros. Pensamos que siendo muy difícil determinar lo que cae dentro del llamado “orden público” y por razones de seguridad jurídica, las nulidades no sujetas a confirmación deben estar expresamente indicadas en la ley.

Respecto al acto inexistente, la doctrina mayoritaria, a la que nos adherimos, sostiene con lógica de hierro, que no puede ser convalidada. Tal vez se pueda sanear o reconocerle valor por algún acuerdo transaccional, pero nunca confirmar.

Criticamos también el plazo de cinco días que se ha tomado del Código Argentino en el que el plazo para apelar cualquier resolución es de cinco días. En nuestro proceso, las providencias y autos se apelan en tres días y solo las sentencias en cinco. Creemos que puede darse el absurdo de pasar en autoridad de cosa juzgada la resolución -providencia o auto- que es consecuencia de un acto viciado, pero por imperio de la ley, se permita analizar la nulidad del acto precedente, que en caso de ser declarada, invalidará una resolución no recurrida. Cabría analizar, sin embargo, si no se presenta convalidación por cosa juzgada. También cabe la posibilidad de acortar el plazo para pedir anulación a tres días, cuando la actuación dio origen a una providencia o auto interlocutorio.

El plazo de cinco días es exagerado y sugerimos que se lo reduzca a tres días. También, a los efectos de clarificar el panorama, el plazo debería correr desde el día en que la parte toma intervención en el expediente. El Art. 208 del Código Procesal Laboral fija un plazo de cuarenta y ocho horas para la reclamación, partiendo del supuesto de conocimiento del acto viciado, “por intervención directa o posterior en juicio”. Es una solución práctica y justa.

Son interesantes algunos casos observados: A) Notificado autos para resolver o para sentencia y consentido por las partes, quedan convalidadas las falencias procesales previas. MAURINO; dice: “Consentido el llamamiento de autos para sentencia, quedan purgadas las deficiencias procesales previas, precluyendo el derecho del interesado para impugnarlas”(35). B) La falta de intervención del Agente Fiscal o del Defensor Oficial no genera nulidad abso-

35) Obra citada, pág. 62.

luta. En primer lugar, no son partes en el sentido estricto del término, dado que no pueden formular una pretensión autónoma, opuesta a la de los litigantes. Por otro lado, la iniciativa debe partir de estos funcionarios, quienes pueden convalidar el vicio. C) la persona a quien se le está descontando mensualmente de su sueldo una suma de dinero en concepto de embargo, no puede alegar desconocimiento del juicio respectivo.

CONSERVACION

Siendo relativas las nulidades procesales y en virtud de los principios indicados precedentemente, surge el de conservación que básicamente establece que en la aplicación de una sanción de anulación, debe seguirse una interpretación restrictiva. “En caso de duda sobre la configuración de un vicio procesal, corresponde declarar la validez desde que la nulidad debe ser considerada como remedio excepcional y último”(36).

R. BERIZONCE, recomienda: “la conveniencia de preservar la eficacia, la validez de los actos...frente a la posibilidad de anulación o pérdida, lo que llevaría a un resultado disvalioso”(37).

El principio en estudio nos indica, por un lado, que las nulidades procesales son de aplicación restringida y el decreto de anulación es un remedio excepcional, último, al que debe recurrirse cuando no es posible subsanar el vicio. Por otro lado, tenemos otro criterio de interpretación que excluye de la nulidad el llamado procedimiento analógico, es decir, no se puede anular un acto procesal aplicando una norma por analogía.

REQUISITOS PARA LA PRESENTACION

En primer lugar, es importante aclarar que el recurso -apelación o nulidad- no se fundamenta. Pero el incidente de nulidad debe serlo, bajo pena de rechazo in limine.

El recurrente habrá de acreditar su legitimación e indicar de entrada, en forma clara y precisa, la fecha en que tuvo conocimiento del acto supuestamente viciado, a los efectos de obviar el principio de convalidación. En la obra de MARIA E. FISCELLA, se lee: “Corresponde al nulidicente denunciar la fecha exacta en que tomó conocimiento del acto viciado ya que resulta impres-

36) La Ley Argentina. Año 1998. B-612.

37) La nulidad en el proceso, pág. 55.

cindible determinar la misma, a los fines de poder resolver la procedencia formal del incidente. El no cumplimiento de tal carga procesal, conduce al rechazo de la pretensión deducida”(38).

Seguidamente se indicarán concretamente los vicios que contiene el acto procesal cuestionado. No puede haber nulidad, sin que existan violaciones de las formas que la ley establece para la realización de un acto procesal.

Siguiendo con lo preceptuado en el Art. 183 del C.P.C. es imprescindible agregar la prueba documental, y ofrecer todas las otras pruebas de que pretende valerse. El no ofrecimiento de pruebas, puede provocar también el rechazo liminar, especialmente cuando se pretende la anulación de notificaciones, aduciendo diligenciamiento en otro domicilio o falsedad del Ujier.

Finalmente, por el principio de trascendencia, habrá de poner de resalto en forma seria el perjuicio sufrido, y el interés jurídico en la declaración de nulidad. Hemos analizado el referido principio, por lo que a él nos remitimos. Solamente queremos repetir que hay perjuicios que cabe presumir, como por ejemplo, la falta de notificación de la demanda, la oposición del juez a que el interesado asista a una audiencia de prueba, falta de un presupuesto fundamental de la constitución del proceso, como la ausencia de mandato, fallecimiento de una parte, etc.

RECHAZO IN LIMINE

El juez está obligado a rechazar in limine los incidentes manifiestamente improcedentes, la apelación se concede en estos casos “sin efecto suspensivo”, Art. 184 del C.P.C.

En repetidas ocasiones hemos sentado nuestra postura en el sentido de que la improponibilidad objetiva o subjetiva debe surgir del propio escrito, y no de la investigación que de los autos haga el magistrado, dado que en tal caso el incidente no sería “manifiestamente improcedente”.

Frente a este rechazo liminar, creemos que por razones de celeridad y economía de trámites y de gastos, el magistrado está facultado también a hacer lugar sin mas trámites al incidente de nulidad, cuando el vicio sea grosero, claro, patente y manifiesto.

38) Nulidades procesales, pág. 88.

TRAMITE

Se corre traslado a la otra parte por cinco días. Se notifica por cédula.

La apertura a prueba queda a criterio del juez, Art. 185, pero nosotros sostenemos que tal facultad no debe ser ejercida en forma arbitraria y si las partes ofrecen pruebas que no sean ostensiblemente inconducentes o superfluas -que requiere de una declaración fundada del juez-, debe recibirse la incidencia a prueba; siendo recurrible la solución contraria.

Nuevas incidencias planteadas, se resuelven al final, Art. 188. No se admiten más de cuatro testigos y de requerirse de prueba pericial, el juez designará de oficio a uno solo. Las declaraciones no pueden recibirse fuera del Juzgado, Art. 187. Se puede producir prueba de oficio.

La incidencia se resuelve por auto fundado que es apelable en relación y con efecto suspensivo. La resolución se notifica por automática -salvo que el juez disponga la notificación personal o por cédula-, porque evidentemente no pone fin al proceso.

La Acordada N° 9/89 aclara lo que debe entenderse por interlocutoria con fuerza de sentencia. Sin embargo la Sala 1 sostiene que si el incidente es posterior a la sentencia, se notifica por cédula(39).

En materia de juicio ejecutivo, la Sala 2 de la Capital viene sentando el criterio de la inapelabilidad, fundado en el Art. 442 del C.P.C. Hemos encontrado el siguiente precedente: “La resoluciones dictadas en un incidente de nulidad en un juicio ejecutivo, no siempre son apelables o inapelables, ya que ello se dilucidará según las circunstancias del caso”(40).

En cuanto a las costas, se sigue el principio general del Art. 192, que habla del vencimiento como causa de condena en costas. El Art. 194 solo permite exoneración en casos de “cuestiones dudosas de derecho”. No obstante, es usual la exoneración en caso de allanamiento oportuno, expreso, incondicional y efectivo, salvo que, haciéndose lugar al incidente, resulte claro que el perdedor fue culpable de la irregular realización del acto. También en caso de vencimiento parcial puede haber exoneración, o distribución, Art. 195.

39) La Ley, Año 25, N° 5, pág. 547.

40) SC Mendoza, Sala I, Septiembre 11-1989). ED, 136-658.- Con nota de Germán J. Bidart Campos.

CASUÍSTICA

En el curso de nuestra exposición hemos ya analizado algunos casos. Por considerar de interés, indicamos sumariamente:

A) Notificación de la demanda: la doctrina y la jurisprudencia se han mantenido rigurosos con el cumplimiento de todas las formalidades exigidas por el Art. 135 y siguientes del C.P.C. La notificación de la demanda es el acto más importante del proceso y el que da nacimiento a la relación procesal. El Art. 144 sanciona con la nulidad el incumplimiento de alguno de los requisitos legales, como la omisión de aviso, no seguir los pasos legales, etc. No hace falta contestar la demanda en subsidio, como ya hemos visto, porque la indefensión se presume y se rompería el principio de igualdad al exigir la contestación en solo cinco días, cuando que el plazo en juicio ordinario es de dieciocho días.

Pequeños errores en el nombre del destinatario, son insuficientes para la anulación, si no se demuestra que se trata de otra persona. Quien afirma que vive en otro lugar, distinto al que se practicó la notificación, carga con la prueba de esa afirmación. La falta de copias para traslado no es causal de nulidad de la notificación, pero se puede obtener la interrupción o suspensión del plazo respectivo. Se ha presentado alguna duda sobre si dicha falta puede ser convalidada, a tenor de lo normado en el Art. 107 del C.P.C. Quien actúa por derecho propio debe ser notificado de la audiencia para absolución de posiciones en el domicilio ad litem. Si tiene apoderado las notificaciones deben realizarse al profesional en su domicilio y al litigante, en su domicilio real. Quien cambia de domicilio procesal, debe notificar por cédula a la otra parte. Mientras así no lo haga, son válidas las notificaciones diligenciadas en el anterior domicilio. Pensamos que la solución legal no es justa, porque en nuestro proceso no es el letrado quien expide la cédula, sino el Ujier, quien debe revisar el expediente, por lo que carece de sentido la notificación a la adversa. La jurisprudencia ha dicho que tratándose de notificación de oficio -como la de la sentencia, Art. 385 C.P.C.- el órgano judicial no puede ignorar el domicilio que él mismo tuvo por constituido mediante una resolución judicial. Respecto del domicilio convencional, aunque esté asentado en instrumento público, la Corte ha dicho que la notificación allí practicada es nula, cuando la fijación del domicilio y la notificación se hicieron de mala fe, ejerciendo abusivamente el derecho, es decir, con la abierta intención de que la otra parte no tenga conocimiento de la demanda. Nosotros pensamos que es válido el domicilio convencional si consta en escritura pública o en documento privado reconocido en juicio. La notificación diligenciada en día inhábil no es en principio

nula, porque es convalidable. Si alcanzó su fin, tampoco procede la nulidad. La ausencia temporal de una persona de su domicilio real no es motivo para declarar nula la notificación. Debe dejar alguien encargado.

Es nula la notificación personal si no consta la hora en que se realizó(41). En absoluto podemos compartir esta solución. Se trata evidentemente de un exceso ritual manifiesto. Solo puede aplicarse si la hora tiene relación con el vencimiento de un plazo que tenga trascendencia, como por ejemplo para recurrir(42). La Corte ha dicho también que es válida la apelación hecha en una notificación personal, aunque no se cuente con patrocinio letrado(43).

Un tema importante es el de la redargución o “querella” de falsedad. A nadie escapa que la cédula es instrumento público, Art. 375, inciso d, del C.C., pero es ante todo un “acto procesal”. Reconociendo que la jurisprudencia ha vacilado y recogido soluciones contradictorias, hemos sostenido siempre que **NO HACE FALTA REDARGÜIR DE FALSEDAD UNA CEDULA -u otro documento similar-**. Ello es así porque: A) No se trata de un documento presentado por las partes. B) es un acto procesal sujeto a contralor del juez, por lo que la nulidad debe ser declarada por vía incidental. C) el nombre que se le de, en nada modifica la labor probatoria. Es decir, tanto si llamamos redargución o simplemente incidente, la labor del interesado debe estar destinada a probar la falsedad en que incurrió el Ujier Notificador; o en su caso, las alteraciones materiales en cuanto a firmas, enmiendas, interlineados, agregados, etc.

B) Pruebas: antes que nada conviene aclarar que la validez de las pruebas documentales se rige por el derecho de fondo. En cuanto a la pertinencia de la prueba, se trata de una cuestión de eficacia o ineficacia, que nada tiene que ver con la nulidad. Finalmente, la caducidad tampoco debe confundirse con la nulidad. Se produce la caducidad de una prueba generalmente por negligencia -prevista expresamente en la ley- del oferente, como ser falta de notificación, de presentación de pliegos, de pedidos de nuevas audiencias o de reiteración de oficios, etc. La nulidad, como vimos, es una sanción legal por contener vicios constitutivos, estructurales, el acto realizado.

41) A. y S. N° 83, 21-10-94, Tribunal del Fuero, Sala 1.

42) Obra citada, de Josefina Sapena, pág. 482, A. y S. N° 441, 20-08-97, Sala Constitucional.

43) Obra citada, de Josefina Sapena, pág. 675, A. y S. N° 436, 09-12-98, Sala Constitucional.

Es evidente que son nulas las pruebas producidas sin que una de las partes haya sido notificada por cédula, o personalmente, del auto que recibió la causa a prueba.

La denuncia de hechos nuevos -pese a la interpretación gramatical que surge del texto del Art.250 del C.P.C.- suspende el plazo probatorio, por lo que son nulas las pruebas producidas estando en trámite ese incidente(44).

Hemos visto que la falta de firma del juez en un acta no es causal de nulidad, si las partes, el testigo y el Actuario estuvieron presentes y firmaron. Ya hablamos sobre el juramento. Se ha sostenido pacíficamente que pequeñas diferencias en el nombre del testigo no anulan su declaración. Igual cosa ocurre si no fue interrogado por su estado civil o profesión. Hay nulidad cuando se prohíbe la intervención de un litigante en la producción de la prueba. Idem si se realizó sin la presencia del juez, Art. 153, inciso a, del C.P.C.; o si no fueron interrogados según el Art. 328 del mismo código, que usa la palabra “siempre”.

La audiencia de absolución de posiciones se notifica por automática al rebelde, conforme con lo previsto en los Arts. 68, in fine, y 71 del C.P.C. La solución es dudosa, teniendo en cuenta el alcance literal de la palabra “citar”, que no es lo mismo que notificar. El litigante que presenta certificado médico, y obtiene suspensión de la audiencia, queda notificado por automática de la nueva audiencia.

Si se prueba que el perito no es idóneo, la pericia es nula. Tanto el C.O.J. como la Corte exigen que solo se designen a peritos matriculados. Pero entendemos que la objeción debe hacerse al contestar el traslado de la prueba. Si el juez ordenó que los peritos realicen la diligencia “unidos”, Art. 356 del C.P.C., es nula la pericia realizada por separado, sin que se indiquen con seriedad los motivos. Si el perito omite expedirse sobre algún punto o su exposición o conclusión es poco clara, lo correcto es solicitar previamente explicaciones, de acuerdo con lo previsto en el Art. 359 del C.P.C.

C) Juicio ejecutivo: hemos visto que en este juicio la ley es mas exigente en lo que respecta al principio de trascendencia, porque el Art. 463 del C.P.C. exige depositar el capital reclamado y lo fijado para gastos, oponer excepciones, negar la autenticidad de la firma, el carácter de locatario o el cumplimiento de la condición.

44) A.I. N° 18 del 16 de febrero de 1999, Tribunal del Fuero, Sala 2.

Nosotros pensamos que la nulidad, como excepción, solo es factible cuando se deposita lo reclamado. En efecto, si se me exige oponer excepciones, ¿por qué no las opongo? Si la firma no me pertenece, ¿por qué no habré de oponer excepción de falsedad? Si no soy inquilino o si no se cumplió la condición, ¿por qué no articular inhabilidad de título? Por el principio de trascendencia no es lícito peticionar la nulidad del proceso, a efectos de articular una defensa que bien se pudo oponer ya.

Creemos firmemente que la nulidad deberá peticionarse por vía incidental, porque la excepción presupone una citación en realizada en debida y legal forma.

En realidad el problema se produjo al omitirse en el Art. 463 del C.P.C., la posibilidad de la vía incidental, como se consagra en el similar del Código Argentino.

En lo tocante a las subastas, vemos que al participar terceros ajenos a la litis, quienes solo tienen interés en comprar, debe extremarse el rigor para anular ese acto, porque se podría crear un clima contrario, de desconfianza a esta clase de actos ordenados por el Poder Judicial, al que se llama a todas las personas interesadas, quienes a menudo en vez de adquirir un bien, pagan por un buen lío judicial del que, frecuentemente, no pueden salir sin costo para sus bolsillos, sin olvidar el desgaste mental de toda controversia judicial. Si se crea un clima de desconfianza, lo único que se logrará es desalentar a los postores y perjudicar a los deudores, dejando el camino libre para los oportunistas.

La orden de venta se notifica por cédula(45). Es una solución discutible y controvertida desde hace tiempo, por lo que se impone una aclaración legislativa. MAURINO expresa: “La resolución de fijación de remate y la designación de martillero en la etapa de la ejecución de sentencia, se notifican automáticamente”(46).

El Art. 497 del C.P.C. dice: “La nulidad de la subasta podrá plantearse hasta cinco días después de realizada. Del pedido se correrá traslado a las partes, al martillero y al adjudicatario”. El traslado al rematador y al comprador se justifica porque el primero puede incurrir en responsabilidad y el segundo tiene interés legítimo en el bien que ha comprado.

45) A.I. N° 189 del 4 de junio de 1998, Tribunal del Fuero, Sala 4.

46) Obra citada, pág. 150.

Se aparta la norma del principio general que fija el plazo de cinco días a partir del conocimiento del acto. La explicación es sencilla: se trata de la nulidad de la subasta considerada en sí misma, es decir, por déficit en las publicaciones, en la designación, por no haberse realizado en horas de la tarde y presencia del Actuario, etc.; partiendo del supuesto de un procedimiento previo correcto y notificación a todas las partes. Pero cuando se trata de vicios anteriores al remate, rige el principio general. Así también lo entiende MAURINO(47).

Se ha declarado que el precio irrisorio no es causal de nulidad. La falta de citación al acreedor hipotecario no anula el remate, pero no se extingue la hipoteca, al no cumplirse la condición exigida por el Art. 2402 del C.C. Es decir, el inmueble se vende con el gravamen. Es válido el pago con cheque, siempre que el comitente no lo prohíba y el Martillero esté de acuerdo. Asume en este caso toda la responsabilidad. Así se establece claramente en el Estatuto del Comerciante, Art. 49, inciso f). Es nula la subasta de la totalidad de un inmueble que es ganancial del demandado, si su cónyuge no fue ejecutada(48). Solución que hasta hoy crea dificultades, dado que el subastarse el cincuenta por ciento hay poca oferta y por precios irrisorios, porque el adquirente tendrá que demandar tarde o temprano por división de condominio, conforme lo establece el Art. 236 del C.C., aparentemente no derogado por la Ley 1/92. Tampoco debe confundirse comunidad conyugal con condominio. Los errores en la redacción de los edictos pueden anular la subasta, si son graves e irrogan perjuicio.

En relación a la venta de derechos y acciones por mucho tiempo nuestros tribunales declararon que era improcedente. PEYRANO critica ácidamente la jurisprudencia similar existente en Argentina(49). Pensamos que es posible la venta y así lo hemos resuelto en todos los casos. Los argumentos son simples: A) El Código Civil permite y regula la venta de derechos y acciones. B) En el listado del Art. 716 del C.P.C. no aparecen los derechos y acciones y la norma aclara al final: "NINGUN OTRO BIEN QUEDARA EXCEPTUADO". C) El Poder Judicial está en la obligación de proteger al acreedor y permitir que este perciba lo que legalmente le corresponde. D) no hay ejercicio abusivo de derechos ni perjuicio para el deudor.

47) Obra citada, pág. 158.

48) A. y S. N° 199 del 28 de diciembre de 2000, Tribunal del Fuero, Sala 2.

49) Cuestiones de derecho procesal, pág. 145.

D) Escritos: no es raro observar que los abogados, por comodidad o por dificultad en la comunicación con su cliente, “hace” la firma de éste en un escrito para ser presentado al Poder Judicial. Hemos tenido ocasión de ver que la demanda se ha iniciado con firma apócrifa, lo mismo que la apertura de la segunda o la tercera instancia.

Parece evidente que la vía para impugnar es la del incidente de nulidad. Sin embargo, en la práctica diaria se tropieza con un tema de mucha importancia y que ha dado lugar a opiniones diversas en doctrina y jurisprudencia. Se trata de la comparecencia del presunto signante, quien -como es de esperarse- dice que la firma la insertó de puño y letra. Para un sector importante de opinión, este reconocimiento impide cualquier ulterior investigación y cierra el caso. “Carece de objeto sustanciar el incidente de nulidad por falsedad de la firma que ostenta el memorial del actor, si éste concurrió posteriormente y la reconoció como de su puño y letra”(50). Pensamos que la solución aparte de ilegal es injusta. En efecto: tenemos por un lado que se está premiando a quien actúa con dolo en un juicio y bien pudo vencer un plazo y solucionarse el tema mediante un hecho punible de falsificación de firma. Por otra parte, un suceso de suma gravedad quedará impune y solo contribuirá a que proliferen hechos de esta naturaleza.

“Es procedente la vía incidental de nulidad para aquellos supuestos en los que se desconociere la firma de un escrito judicial, debiendo determinarse su autenticidad y sin que la misma pueda quedar librada a manifestaciones posteriores o al reconocimiento ulterior, por quien sostiene que suscribe la pieza, que le pertenece”(51).

Se ha discutido si hay nulidad o inexistencia. A nuestro entender la solución es obvia: al ser apócrifa la firma hay nulidad. Si un escrito no tiene firma, es inexistente.

No obstante, en doctrina y jurisprudencia se ha entendido que el escrito con firma falsa es un no escrito, un no acto, o un acto inexistente. Nuestra opinión se funda en que la falta de reclamación oportuna, trae aparejada la convalidación, cosa que no puede ocurrir con un acto inexistente. También nos basamos en el sistema de nulidades del derecho civil. “El plazo para promover el incidente de nulidad, a los efectos de la redargución de falsedad de la firma

50) E.D., 3-467.

51) J.A. 1993 - IV - 329.

que suscribe un escrito judicial, comienza a correr desde que el recurrente tomó conocimiento de la existencia de ese escrito(52).

SENTENCIA DICTADA

Se presenta una aparente controversia entre los Arts. 163 y 117 del C.P.C., dado que por una parte el juez que dicta sentencia pierde competencia, salvo para casos especiales previstos en la ley, y por la otra; la nulidad de actuaciones debe reclamarse en la instancia en que el vicio se produjo. Ya en el Repertorio, Segundo Suplemento, del Dr. LACONICH encontramos precedentes respecto de la posibilidad de articular incidente de nulidad luego de dictada sentencia. “El hecho de haberse dictado sentencia definitiva no obsta a que pueda promoverse el incidente de nulidad ante el mismo Juez(53). Recientemente la Sala Constitucional tuvo la ocasión de estudiar y resolver el caso. Así rechazó una acción de inconstitucionalidad sosteniendo que era correcto plantear incidente de nulidad luego de dictada sentencia, porque ella presupone un procedimiento válido(54). MAURINO, en apoyo de la tesis contraria sostiene que “una vez pronunciada y notificada la sentencia, concluye la jurisdicción del juez, no pudiendo revisar ni anular su propio pronunciamiento”(55). “Tratándose de una eventual nulidad que afectaría no a la sentencia apelada, considerada en si misma, sino al trámite que la precediera, la impugnación debió articularse no en el marco del recurso de apelación o el de nulidad implícito en el mismo, sino promoviendo el incidente respectivo, en la instancia donde se produjera el vicio”(56).

Pese a tan calificadas opiniones, nuestros repertorios están llenos de nulidades de resoluciones por vicios de los procedimientos que las precedieron, los que fueron consentidos al no articular el afectado el pedido de anulación respectivo, ante el juez que dictó la resolución.

Pensamos que la claridad del Art. 117 del C.P.C. habilita a las partes a pedir la nulidad de actos anteriores a la sentencia, y ésta quedará invalidada no por voluntad del magistrado, sino por imperio de la ley. Es decir, en modo alguno el juez estará incurriendo en un reexamen de la justicia de su fallo; solo

52) E.D., 22-355.

53) Pág. 158, N° 863.

54) Obra citada, de Josefina Sapena, pág. 711, A. y S. N° 287 del 7 de junio de 1.999.

55) Obra citada, pág. 215.

56) J. A. 1985-III-598.

está habilitado a analizar y resolver si las actuaciones que precedieron a la sentencia son o no válidas, regulares, siguiendo los principios que se esbozaron. Hemos comentado mas arriba el sistema anterior que era dificultoso, y hasta perverso, al obligar a plantear incidente e interponer recursos.

CODIGO PROCESAL PARAGUAYO DEL TRABAJO

La notificación realizada en forma irregular es nula, salvo que de las constancias de autos surja que el interesado haya tenido conocimiento de la resolución, en mérito de lo dispuesto por el Art. 91, que confirma el principio de finalidad. El Art. 204, establece que las nulidades de procedimiento pueden ser declaradas de oficio o a petición de parte, “siempre que hayan perjudicado la defensa o restringido la prueba” -principio de trascendencia y declaración oficiosa-. El siguiente artículo legitima al Ministerio Público y a la parte “que tenga interés legítimo” y no haya causado el vicio o “consentido expresa o tácitamente”. El Art. 207 dispone con precisión: “Las nulidades de procedimiento son relativas y quedan cubiertas por voluntad expresa de las partes”.

La convalidación tácita se produce si no se efectúa la reclamación dentro de cuarenta y ocho horas de haber tenido conocimiento del acto viciado, “por intervención directa y posterior en el juicio”, conforme lo dispone el Art. 208. En su última parte este artículo consagra el principio de finalidad que ya hemos estudiado, en estos términos: “Tampoco en el caso de que el acto procesal, aun cuando fuere irregular, haya logrado el fin a que estaba destinado”.

El Art. 209 dice: “La parte que ha originado el vicio que produzca la nulidad o que hubiese renunciado expresa o tácitamente a diligencias o trámites instituidos en su interés, no podrá impugnar la validez del procedimiento”.

Según el Art. 210, la nulidad no afecta actos anteriores, ni posteriores que sean independientes del viciado.

Observamos que no hay una solución expresa para la resolución que sea consecuencia del acto viciado. Entendemos que se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil en virtud del Art. 836 de este Código y lo preceptuado en el Art. 6 del C.P.P.T. En efecto, en materia procesal laboral rigen los principios de oralidad, celeridad en la substanciación y economía de gastos, sin olvidar que los jueces deben aplicar la equidad y el principio “in dubio pro operario”. Ver Arts. 7, 8, 55 y concordantes.

CODIGO PROCESAL PENAL

Para anular una notificación es primordial que se presente “indefensión,” así lo estipula el Art. 161.

El imputado puede por excepción reclamar una decisión, aunque haya contribuido a que produzca la nulidad, según la indicación del Art. 165.

El Art. 166 consagra la existencia de nulidades absolutas en los actos concernientes a intervención, asistencia y representación del imputado o violación de garantías establecidas en la Carta Magna, los Tratados internacionales y el Código.

Se incluye con claridad el principio de saneamiento de los actos viciados, por el Art. 167. Las nulidades relativas pueden convalidarse por no haberse solicitado el saneamiento, por haberse aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto o si éste, no obstante las irregularidades “ha conseguido su fin con respecto a todos los interesados,” conforme el Art. 169.

El Art. 168 regula la forma y el tiempo en que se debe pedir el saneamiento de las nulidades procesales. El Art. 170 preceptúa que “cuando no sea posible sanear un acto, ni se trate de casos de convalidación, el juez o tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá declarar su nulidad por auto fundado o señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva. En todo caso se debe intentar sanear el acto antes de declarar la nulidad de las actuaciones”.

Hemos analizado la diferencia entre sanear un acto viciado, convalidarlo o declarar su nulidad. En el proceso penal el juez o tribunal tiene como misión principal: “intentar curar de sus vicios a un acto procesal y solo como solución última, cabe la declaración de anulación”.

En el proceso penal se justifica la existencia de nulidades absolutas por la índole de los derechos en juego y como una forma de evitar la arbitrariedad, especialmente, en lo tocante al imputado.

CONCLUSIONES

A) Las nulidades procesales son siempre relativas, por lo que están sujetas a confirmación expresa o tácita.

B) En el derecho procesal civil no existe norma expresa que consagre la nulidad absoluta, con los alcances que a esta figura se le da en el derecho de fondo. La declaración de oficio no implica dejar sin efecto los principios enunciados. Es decir, no hay nulidad sin perjuicio, o si se presenta convalidación o cosa juzgada.

Sin embargo, los proyectos de reforma contemplan la nulidad absoluta, por ejemplo, por haberse realizado la audiencia preliminar sin asistencia del juez⁽⁵⁷⁾. El Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica, en su Art. 106 permite la declaración de oficio cuando “la ley la califique expresamente como insubsanable o el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables para su validez”.

C) El acto inexistente no es susceptible de convalidación.

D) Los jueces están obligados a cumplir los principios de especificidad, trascendencia, finalidad, convalidación y conservación, en atención a que las formas de los actos procesales no tienen una finalidad en si mismas. Se crearon para garantizar la defensa en juicio.

E) En el derecho civil existen derechos sustanciales, que ameritan su protección por vía de la nulidad absoluta. El incumplimiento de una forma procesal no viola, por regla general, un derecho sustancial.

F) No se debe confundir el error de un magistrado en su fallo -error in judicando- que debe ser solucionado por vía recursiva, con los vicios procedimentales que precedieron a su dictado, que se solucionan por vía del incidente de anulación, aunque se haya dictado sentencia.

G) Los magistrados tendrían que hacer mayor uso del poder-deber que les confiere el Art. 184 del C.P.C. y rechazar liminarmente incidentes, excepciones y hasta demandas principales, cuando la improponibilidad objetiva o subjetiva sea evidente, clara, indudable.



57) Art. 100 del Código General del Proceso del Uruguay

TEORIA DE LA IMPREVISION. BREVE ANALISIS DEL ART. 672 DEL CODIGO CIVIL*

Por Rubén Maciel Guerreño**

Sumario: 1. Introducción. 2. Fuentes próximas. 3. Ambito de aplicación. 4. Requisitos. 4.1. La excesiva onerosidad de la prestación. 4.2. Las circunstancias sobrevivientes. 4.3. El carácter extraordinario e imprevisible. 4.4. Relación de causalidad. 5. Efectos. 5.1. Resolución. 5.2. Reducción y modificación. 5.3. Los Principios de UNIDROIT. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La Teoría de la Imprevisión es un novedoso instituto incorporado al Código Civil de 1987 a través del artículo 672. Como tal, la imprevisión merece ser objeto de un profundo análisis que nos llevará a determinar con precisión las condiciones de aplicación del mismo y evitar así un uso arbitrario, más aun teniendo en cuenta la actual crisis económica por la que atraviesa nuestro país y que ha provocado una rápida desvalorización de nuestra moneda con respecto a otras.

Con el fin de determinar las bases en que se apoya el artículo 672, primeramente se hará referencia a sus fuentes más próximas, lo cual contribuirá a una mejor interpretación del instituto. También se determinará cuáles

*Monografía presentada a la cátedra de “Doctrina General del Contrato”, en el Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Asunción. Diciembre, 2001.

***) Abogado, egresado sobresaliente de la promoción 2000 de la Universidad Católica de Asunción. Notario, egresado de la promoción 2001 de la Universidad Nacional de Asunción. Asistente Fiscal.

son aquellos contratos pasibles de ser modificados o resueltos conforme a la Teoría de la Imprevisión.

En cuanto a los requisitos señalados en la norma a estudiar, procuraremos establecer de manera precisa el significado y alcance de cada uno de sus términos, para así reconocer los casos que podrían ser saneados por este remedio legal. Serán igualmente precisados e individualizados los efectos de la aplicación de la imprevisión, teniendo en cuenta los diversos tipos de contratos reglados en nuestro Código Civil, concluyendo el presente trabajo con un breve resumen de los puntos desarrollados.

Nuestro trabajo consistirá, además, en una suerte de análisis comparativo entre el artículo 672 de nuestro Código Civil y la normativa que rige la cláusula de excesiva onerosidad sobreviniente en los Principios de UNIDROIT(1).

2. FUENTES PRÓXIMAS

El instituto de la imprevisión contractual o excesiva onerosidad sobreviniente, consagrado en el artículo 672 de nuestro Código Civil vigente, no reconoce una disposición equivalente en el Código Civil de Vélez Sársfield que nos rigió hasta el año 1987, el cual consagraba con amplitud el principio de la autonomía de la voluntad.

Tampoco el Anteproyecto de Código Civil, presentado a la Comisión Nacional de Codificación por el Prof. Dr. Luis De Gásperi, consagraba la imprevisión como mecanismo de reestablecimiento del sinalagma funcional de los contratos(2).

El artículo 672 de nuestro actual Código Civil fue incorporado a nuestro ordenamiento por iniciativa de la propia Comisión Nacional de Codifica-

1) El UNIDROIT o Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado se originó en 1926, inicialmente, como un organismo auxiliar de las Ligas de las Naciones. Actualmente, se halla estructurada como una organización intergubernamental independiente, con sede en Villa Aldobrandini, en Roma. Su objetivo es buscar la armonización y la coordinación de la legislación privada en los diversos Estados, y preparar gradualmente la adopción de reglas uniformes de derecho privado.

2) Moreno Ruffinelli, José Antonio. La Teoría de la Imprevisión y su aplicación a nuestro derecho positivo. Tesis. Asunción, 1973. p.138.

ción, la cual no ha especificado las fuentes de dicho artículo, limitándose a expresar en forma breve la trascendencia que reviste la incorporación de la Teoría de la Imprevisión al Código Civil paraguayo(3).

En la Exposición del Senador Raúl Sapena Pastor, en lo que respecta a la fuente del artículo 672 del Proyecto, el mismo manifestó que "...hemos identificado el origen del Art. 672 del proyecto en los artículos 1467 y 1468 del Código Civil Italiano de 1942, cuyos términos han sido literalmente reproducidos, con pequeños cambios, que no alteran ni mejoran la redacción"(4).

3. AMBITO DE APLICACIÓN

El artículo 672 de nuestro Código Civil es aplicable, principalmente, a los contratos de ejecución diferida, debido a que el remedio contra los efectos de la excesiva onerosidad encuentra su razón de ser en el lapso entre la configuración del contrato y la ejecución del mismo(5).

Los contratos de ejecución diferida, según nos enseña Mosset Iturraspe, son aquellos que comienzan a producir sus efectos con posterioridad a la fecha de su celebración(6). En otras palabras, la ejecución diferida se produce cuando, celebrado el contrato, se impide el ejercicio o el cumplimiento de los derechos y las obligaciones emergentes del mismo, hasta el vencimiento del plazo estipulado.

La ejecución diferida en el tiempo puede a su vez ser cumplida en forma instantánea(7) o continuada(8), circunstancia que resulta indiferente para la aplicación del artículo 672.

3) Sapena Pastor, Raúl. Fuentes Próximas del Código Civil. Editorial El Foro. Asunción, 1986.p. 33.

4) Ibid.

5) Messineo, Francesco. Doctrina General del Contrato - Tomo II. Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986. p 377.

6) Contratos. Ed.actualizada. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 1995. p 90.

7) El cumplimiento es instantáneo o coetáneo cuando se realiza de una sola vez, en un modo único, suficiente para agotar el negocio, el cual puede ejecutarse de manera inmediata o diferida. Ver Mosset Iturraspe. Op. cit, p 90.

8) El cumplimiento es continuado o de tracto sucesivo cuando sus efectos se prolongan en el tiempo, o sea, cuando las prestaciones se realizan perió-

Ahora, en el caso de los contratos de ejecución inmediata, pero de cumplimiento continuo o periódico, nuestro Código Civil no lo ha incluido como una modalidad contractual susceptible de resolución o modificación en virtud al artículo 672, a pesar de que su fuente directa, el artículo 1467 del Código Civil italiano de 1942, lo prevé como un contrato pasible de ser revisado en caso de excesiva onerosidad sobreviniente. Por ende, dentro de este marco conceptual y en atención a la letra del artículo 672, los contratos de ejecución continuada o de tracto sucesivo no podrán ser resueltos o modificados en caso de que la prestación se hiciera excesivamente onerosa, salvo que su ejecución sea diferida.

Sin embargo, conforme a las nuevas concepciones, esta distinción entre contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo, es irrelevante para la aplicación de los mecanismos legales de restablecimiento del sinalagma funcional. En este sentido, los Principios de UNIDROIT, en su artículo 6.2.2, no hacen referencia a contratos de ejecución diferida o periódica, sino que presuponen la existencia de una prestación pendiente que ha incrementado su costo o disminuido su valor debido a sucesos extraordinarios e imprevistos.

Con relación a los contratos aleatorios(9), el artículo 672 no establece expresamente que podrán ser objeto de revisión en caso de imprevisión, pero si interpretamos “a contrario” el segundo párrafo del artículo en estudio, se deduce que los contratos aleatorios podrán ser resueltos cuando la onerosidad sobrevinida no estuviera dentro del alea normal del contrato, como también lo entiende Mosset Iturraspe(10). En cambio Messineo afirma que dicha normativa hace referencia a aquellos contratos conmutativos que contienen algún

dicamente, el cual puede iniciarse concomitantemente con el perfeccionamiento del contrato o puede iniciarse en una fecha posterior. Ver Mosset Iturraspe. Op. cit, p 91.

9) “El contrato se caracteriza por el hecho de que la consecución de la ventaja perseguida por las partes depende de un acontecimiento incierto en su realidad o cuyo conocimiento se discute entre las partes mismas y que precisamente por eso tiene función aleatoria”. Mossete Iturraspe, Jorge. Op. Cit. p 81. Para Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, el contrato es aleatorio cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones a cargo de las partes no se encuentra fijada de antemano y de manera inmodificable, por ejemplo, cuando el comprador no sabe si la cosa que adquiere valdrá en el futuro más o menos del precio pagado por ella. Ver Instituciones de Derecho Civil - Volumen I, 1ª ed, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1995, p 405.

10) Cfr. Op. Cit. p 373.

elemento aleatorio y no a los contratos aleatorios en sí, porque "...el que es parte en un contrato aleatorio sabe (o debe saber) que el riesgo que asume no está determinado previamente y puede inclusive llegar al punto de producir un fuerte desequilibrio entre las prestaciones"(11).

Nosotros consideramos que dichos contratos podrían ser revisados en caso de imprevisión, pero debemos reconocer que será bastante difícil determinar, a ciencia cierta, si la excesiva onerosidad sobrevenida se debió o no al alea normal de un contrato de esa naturaleza. Solamente se podrá comprobar dicho extremo, si fuera posible calcular la probabilidad que se tuvo en cuenta al momento de la celebración del contrato, considerando los casos favorables y posibles, para luego cotejarlo con la probabilidad existente al tiempo de la ejecución de la prestación. Con lo cual se podrá determinar si dicha probabilidad inicial, que tuvieron en cuenta las partes al celebrar el contrato, se mantuvo hasta el momento de la ejecución o ha variado considerablemente a causa de acontecimientos impensados.

Consecuentemente, podría llegar a aplicarse el artículo 672 a los contratos aleatorios si se demuestra que la probabilidad es muy cercana o igual a 0 ó 1, debido al aumento de los casos posibles o la disminución de aquellos favorables, ocasionado por circunstancias imprevistas y extraordinarias.

Igualmente, los contratos unilaterales, es decir, los contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, como lo preceptúa el artículo 1468 del Código italiano, podrán también ser objeto de modificación en caso de que lleguen a ser excesivamente gravosas. Al respecto, Messineo formula el siguiente ejemplo: "El caso de la donación con ejecución diferida en el que, precisamente, de la dilación derivada pueda sobrevenir la excesiva onerosidad por la producción de algún acontecimiento extraordinario e imprevisible"(12).

Conforme a lo expresado precedentemente, podemos concluir que el artículo 672 es aplicable a los contratos onerosos(13), sean conmutativos, aleatorios o unilaterales, siempre que sean de ejecución diferida o de tracto sucesivo. Por consiguiente, se excluyen los contratos gratuitos y los de ejecución inmediata, cuando sean de cumplimiento instantáneo.

11) Messineo, Francesco. Op. Cit. p 394.

12) Ibid. p 393.

13) Utilizamos el término oneroso y no bilateral porque los contratos con prestaciones recíprocas son necesariamente onerosos, pues cada contratante necesariamente recibe una ventaja y realiza al mismo tiempo un sacrifi-

Para finalizar este punto, creemos que es conveniente mencionar las ideas consagradas en los Principios del UNIDROIT, los cuales pueden constituir un medio para complementar la normativa de nuestro Derecho Interno.

Los Principios del UNIDROIT regulan en su Capítulo 6, Sección 2, denominado Excesiva Onerosidad o “Hardship”, los supuestos en que el equilibrio de las prestaciones es fundamentalmente alterado por circunstancias excepcionales y sobrevinientes. En lo que respecta a su campo de aplicación, los principios no individualizan las modalidades contractuales que podrán ser beneficiadas por este mecanismo de reestablecimiento del sinalagma funcional. Esto se debe a que la “excesiva onerosidad” presupone la existencia de prestaciones que todavía no han sido cumplidas por las partes (independientemente de la clase de contrato), debido a que una vez realizada la prestación ya no se puede alegar un incremento fundamental de su costo o una disminución sustancial de su valor, ocasionadas por un cambio de circunstancias posterior al cumplimiento. Pero, en los comentarios a los artículos del UNIDROIT, se advierte que la excesiva onerosidad, por lo general, suele tener importancia en los contratos de larga duración, es decir, en aquellos contratos en que la prestación de una de las partes debe ser realizada a lo largo de cierto tiempo(14).

4. REQUISITOS

En este punto analizaremos los presupuestos que son exigidos expresamente por el artículo 672 de nuestro Código Civil, para la modificación o resolución de aquellos contratos cuyo sinalagma ha sido quebrantado en el momento de su ejecución. Igualmente se analizarán las circunstancias que, tácitamente, son exigidas por nuestra norma para la viabilidad de la revisión del contrato en caso de imprevisión.

4.1. La excesiva onerosidad de la prestación

Lo primero que debe ser percibido es el incremento de la onerosidad de la prestación pendiente de cumplimiento, respecto de lo que era en el momento de la celebración del contrato. Este aumento de la onerosidad debe ser establecido. Pero esto no significa que los contratos onerosos sean necesariamente bilaterales debido a que a veces puede ocurrir que el contrato presente una sola prestación y sin embargo exista para una parte ventajas y sacrificios.

14) UNIDROIT - Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Editado por el UNIDROIT. Roma, 1995. p 160.

cido conforme a un criterio objetivo, según lo concibe Messineo(15), por lo que la prestación deberá ser excesivamente onerosa por sí misma y no con relación a un determinado deudor, hecho que se infiere de la propia formulación normativa que utiliza la expresión “prestación excesivamente onerosa” y no “prestación excesivamente onerosa para una de las partes”.

La excesiva onerosidad presupone, principalmente, el cumplimiento de prestaciones que consisten en la elaboración de mercaderías o productos de la tierra, o bien en la prestación de servicios, los cuales pueden volverse onerosos por el encarecimiento inesperado y excesivo de los medios necesarios para la realización de dichas prestaciones. Por ello el artículo 672 es fundamentalmente aplicado a los contratos de ejecución diferida o de tracto sucesivo.

Los contratos cuya prestación consiste en dinero también podrán ser excesivamente onerosos, por ejemplo, cuando su poder adquisitivo se reduce considerablemente debido a la depreciación monetaria, o cuando la desvalorización de la moneda frente a otras se acelera inesperadamente debido a circunstancias sobrevinientes.

Estos supuestos, en que se daría la excesiva onerosidad de las prestaciones a ser ejecutadas, fueron previstos en el artículo 6.2.2 de los Principios de UNIDROIT y se hallan resumidos en dos situaciones que alterarían fundamentalmente el equilibrio del contrato.

El primero, por el “aumento del costo de la prestación”, que puede ser ocasionado por un drástico encarecimiento de las materias primas necesarias para la producción de mercaderías o para la prestación de servicios. El segundo, por la “disminución del valor de la prestación recibida”, la cual puede responder a un cambio brusco en las condiciones del mercado o a la frustración de la finalidad a la que se destina la prestación. En este último supuesto, se puede advertir que el UNIDROIT se apoyó en la “base del negocio objetiva”(16) elaborada por Larenz, específicamente, en lo que respecta a la imposibilidad de alcanzar el fin objetivo del contrato(17).

15) Op. Cit. p. 375.

16) “Entendemos por ‘base del negocio objetiva’ las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido.” Larenz, Karl. Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos. Traducción de Carlos R. Fernández Rodríguez. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, p 170.

Cabe destacar la vaguedad del término “excesiva onerosidad”, puesto que, no existe un límite preciso entre la aplicabilidad y la inaplicabilidad de dicha expresión(18). Por ende, la determinación de la excesiva onerosidad de la prestación dependerá del prudente arbitrio del juez, teniendo en cuenta las circunstancias particulares que se presenten en cada caso.

4.2. Las circunstancias sobrevinientes

El incremento excesivo de la prestación pendiente de cumplimiento debe ser el resultado de acontecimientos posteriores a la celebración del contrato. Es por ello que la onerosidad excesiva tiene que presentarse en la etapa de ejecución de las prestaciones, o sea, no debe ser concomitante a la celebración del contrato, porque, en este caso, estaríamos eventualmente ante un supuesto de lesión, figura prevista en nuestro Código en el artículo 671. Este requisito es también exigido por el apartado (a) del artículo 6.2.2 de los Principios de UNIDROIT, al prescribir que los sucesos que ocasionan la excesiva onerosidad deben ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato(19).

Este acontecimiento sobreviniente debe consistir en un hecho objetivo(20), es decir, debe escapar al control de la parte en desventaja, según la expresión utilizada por el artículo 6.2.2 (c) de los Principios de UNIDROIT. Por ello el artículo 672 establece que la resolución del contrato no procederá cuando el deudor fuere culpable, o sea, cuando las circunstancias que sobrevienen al contrato y que provocan el desequilibrio de las prestaciones, fueran provocadas por negligencia o dolo del obligado.

“Como consecuencia de la desaparición de las bases objetivas, la parte afectada puede negarse a cumplir la contraprestación, o peticionar el reajuste, o en última instancia recurrir al enriquecimiento sin causa”. Moreno Rodríguez, José Antonio. Teoría de la Causa. 1ª ed. Intercontinental Editora. Asunción, 1996, p 203.

17) Según Larenz el fin objetivo del contrato es aquel que consignado expresamente en el contrato o que al menos fue tenido en cuenta por las partes al determinar el contenido del contrato, circunstancia que debe deducirse del propio contrato.

18) Cfr. Mendonca, Daniel. Interpretación y Aplicación del Derecho. 1ª ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1997, p. 21.

19) Ver comentarios al artículo 6.2.2 (a) de los Principios de UNIDROIT.

20) Cfr. Messineo, Francesco. Op. Cit. pp. 375 y 376.

4.3. El carácter extraordinario e imprevisible

La excesiva onerosidad, relevante para la aplicación del artículo 672 de nuestro Código Civil, es únicamente aquella que se produce por circunstancias “extraordinarias” e “imprevisibles”, sobrevinientes a la celebración del contrato.

Al carácter extraordinario del acontecimiento le debe seguir imprevisibilidad del mismo. Razón por la cual es irrelevante, no sólo la onerosidad excesiva determinada por un acontecimiento ordinario y previsible, sino también la determinada por un acontecimiento anormal pero previsible(21).

Estas circunstancias extraordinarias, y a la vez imprevisibles, afirma Mosset Iturraspe, ponen a buen resguardo la seguridad de los contratos y evidencian que el remedio previsto es de excepción(22). En este mismo sentido, los Principios de UNIDROIT exigen que las circunstancias sobrevinientes sean de tal importancia que lleguen a “alterar en forma fundamental” el equilibrio de las prestaciones, para que se produzca esa situación excepcional que denominan “Excesiva Onerosidad” o “Hardship”; de lo contrario, los términos del contrato deberán ser respetados, aunque una parte sufra graves pérdidas en lugar de las ganancias que esperaba, aun en el supuesto de que el cumplimiento del contrato ya no tenga sentido para dicha parte(23).

Por acontecimiento extraordinario se entiende quel hecho que se aparta al curso natural y normal de las cosas, cuando no se acostumbra que suceda.

Por acontecimiento imprevisible se entiende aquel hecho que no ha podido ser pronosticado por las partes, aun teniendo el debido deber de cuidado. La imprevisibilidad debe referirse al momento de la celebración y conclusión del contrato, pues si el hecho sobreviniente fuere previsible por las partes al tiempo de la estipulación del contrato, los mismos deben soportar las gravosas consecuencias resultantes del acuerdo, por no haber tomado las medidas necesarias para evitarlas o paliarlas.

Con relación a la imprevisibilidad de las circunstancias que hiciere excesivamente gravosas, la prestación de una de las partes, los Principios de UNIDROIT en su artículo 6.2.2 (b) establece que los sucesos (que se hayan

21) Ibid.

22) Mosset Iturraspe, Jorge. Op. Cit. p 375.

23) Cfr. Comentarios al artículo 6.2.1. de los Principios de UNIDROIT.

producido después de la celebración del contratos) que provoquen la excesiva onerosidad, no pueden haber sido razonablemente previstos por la parte en desventaja. Pero aclara que aun en el caso de que los sucesos extraordinarios se hayan iniciado antes de la celebración del contrato, se podría desembocar en una situación de excesiva onerosidad cuando el ritmo de dichos sucesos se haya incrementado en forma drástica durante la vigencia del contrato.

4.4. La relación de causalidad

Este presupuesto se halla implícitamente exigido por el artículo 672 de nuestro Código Civil, según se infiere de la frase "...si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa..". puesto que no es suficiente demostrar que la prestación se ha vuelto excesivamente onerosa y que sobrevinieron circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sino que debe existir una relación de causalidad entre dichos extremos.

"El acontecimiento extraordinario e imprevisible, para justificar el remedio legal, debe encontrarse además en relación de causa a efecto respecto de la excesiva onerosidad; es decir, debe ser su causa única o prevalente. Porque si no fuese su causa o fuese la causa secundaria, no legitima la resolución del contrato"(24).

5. EFECTOS

La excesiva onerosidad, resultado de los factores anteriormente señalados, faculta a la parte en desventaja a ejercer una acción por revisión del contrato, con el objeto de lograr la resolución de los efectos pendientes de cumplimiento. Como así también, se podrá obtener la reducción de las prestaciones o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlas.

5.1. Resolución

Nuestro Código utiliza la palabra "resolución" en varios supuestos normativos, por lo que resulta un tanto dificultoso determinar con precisión el significado que le atribuye nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la resolución es definida, por lo general, como la privación de los efectos del contrato proveniente de un hecho posterior a la celebración del mismo y que

24) Messineo, Francesco. Op. cit, p 376.

provoca el incumplimiento de la obligación por una de las partes o por ambas, concepto que se adecua a lo estipulado por los artículos 722, 725 y 727 del Código Civil.

En este punto, es conveniente aclarar que el significado de una palabra o expresión lingüística no debe ser considerado como intrínseco o verdadero, porque depende de una convención⁽²⁵⁾. Por tanto, pasaremos a precisar el significado que se le adjudicará a la palabra “resolución” utilizada en el artículo 672 de nuestro Código.

Es así que por resolución se entenderá como el remedio jurídico utilizado para evitar un grave perjuicio económico que el contrato origina a una de las partes, debido al grave quebrantamiento del equilibrio de las prestaciones, por el advenimiento de sucesos extraordinarios e imprevisibles, consistentes en la privación de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento. En este caso, la resolución del contrato que pone fin a la relación jurídica de él nacida sólo puede darse por decisión judicial, porque de lo contrario se cometería un acto arbitrario que haría incurrir en mora a la parte cuya prestación se halla pendiente de cumplimiento, con todas las consecuencias del caso. En síntesis, la resolución prevista en el artículo 672 no opera de pleno derecho.

Este remedio legal es aplicable a los contratos de ejecución diferida, a los de cumplimiento continuo y a los contratos aleatorios cuando la onerosidad sobrevenida excediere el alea normal de los mismos. Con relación a los contratos unilaterales, el Código no permite la resolución de ellos sino que prevé otras soluciones.

La resolución como mecanismo de restablecimiento del sinalagma funcional debe ser utilizada, en forma excepcional y subsidiaria. Sólo cuando la modificación o reducción de las prestaciones, pendientes de cumplimiento, no pueda reestablecer la situación de equilibrio originario, se debe optar por la resolución del contrato.

La resolución del contrato, en virtud al artículo 672, implicará, en los contratos de ejecución diferida pero de cumplimiento instantáneo, el restablecimiento de la situación al estado en el que se encontraba al momento de la celebración del contrato, o sea, tendrá un efecto retroactivo, *ex tunc*. Pero, en

25) Carrió, Genaro R. Nota sobre Derecho y Lenguaje. 4ª ed. corregida y aumentada. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1990. p. 92.

los contratos de ejecución diferida de cumplimiento continuo, como en los contratos de ejecución inmediata de cumplimiento continuo, los efectos de la resolución registrarán para el futuro, ex nunc, es decir, las prestaciones ya cumplidas quedarán firmes.

5.2. Reducción y modificación

El artículo 672 establece que en los contratos unilaterales “el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlos”, facultándolo de esta manera a optar sólo por medidas menos gravosas para la existencia del contrato, al no permitirle demandar la resolución de los mismos.

La reducción de la prestación pendiente de cumplimiento consiste en la forma más adecuada y sencilla de morigerar la excesiva onerosidad sobreviniente, por lo que no requiere mayores explicaciones.

En lo que respecta a la modificación equitativa de la manera de ejecutar las prestaciones, la misma presenta ciertas dificultades de comprensión, pues, como bien lo expresa Messineo, es difícil de imaginar cómo se articularía dicha modificación de la ejecución, para que tenga un efecto positivo sobre el sinalagma funcional que se halla quebrantado. Quizás -dice Messineo- podría mostrar su congruencia como remedio contra la excesiva onerosidad, si se concibe como aligeramiento del deber de prestación, en el sentido de dilación en el tiempo o de menor intensidad del esfuerzo en el cumplimiento(26).

Si bien el Código prevé la reducción o modificación de las prestaciones por excesiva onerosidad únicamente en los contratos unilaterales, creemos que también podrían ser aplicados a los demás tipos de contratos cuyas prestaciones se han vuelto excesivamente onerosas, con lo cual se buscaría el cumplimiento del contrato, respetando con ello el principio de que los contratos se celebran para ser cumplidos, resaltando el carácter excepcional de la resolución del contrato en virtud al artículo 672.

5.3. Los Principios de UNIDROIT

Los efectos de la “excesiva onerosidad o hardship” son reglamentados por el artículo 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT de forma tan sencilla y

26) Messineo, Francesco. Op. Cit. p. 393.

eficaz que nos vemos, hasta si se quiere, obligados a hacer mención de ellos de manera particular.

Como primera medida, se faculta a la parte en desventaja a pedir la renegociación del contrato con el objeto de adaptarlo a las nuevas circunstancias, solicitud que debe ser presentada inmediatamente después del momento de aparición de los sucesos que generaron la excesiva onerosidad. Además, la solicitud de renegociación debe indicar los motivos en que se basa el pedido, a fin de permitir a la otra parte determinar si se justifica o no la renegociación del contrato.

Tanto la renegociación de la parte en desventaja como la conducta de ambas partes durante el proceso de renegociación deberán ser realizadas conforme al principio de buena fe, lealtad negocial y deber de cooperación. Esto implica que la parte en desventaja debe creer honestamente que existe una situación de excesiva onerosidad, en lugar de solicitar la renegociación simplemente como una medida estratégica. Así también, ello implica que ambas partes deben conducir las renegociaciones de una manera constructiva, absteniéndose en particular de cualquier tipo de obstrucción y otorgando toda la información que sea necesaria.

Con el objeto de evitar posibles abusos de los recursos previstos en caso de excesiva onerosidad, el inciso (2) del artículo 6.2.3 previene que el requerimiento de renegociación no autoriza a la parte en desventaja a suspender el cumplimiento de sus obligaciones.

Unicamente, cuando la renegociación ha fracasado, los Principios de UNIDROIT permiten a cualquiera de las partes acudir a un tribunal, el cual podrá optar entre dos alternativas. La primera posibilidad es la de dar por terminado el contrato, en cuyo caso deberá fijar una fecha determinada y las condiciones bajo las cuales se va a dar por concluido el contrato, siempre que lo considere razonable. La segunda posibilidad consiste en modificar el contrato, adaptándolo a las nuevas circunstancias, de modo tal a restablecer una distribución más justa del menoscabo sufrido por las partes.

6. CONCLUSIONES

El artículo 672 de nuestro Código Civil representa realmente una verdadera innovación legislativa, al posibilitar la revisión de los contratos ante el acaecimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles, que hacen excesivamente onerosa la prestación pendiente de cumplimiento, alterando con

ello el sinalagma funcional que debe mantener todo contrato. Esta posibilidad de revisión del contrato, que puede desembocar en la modificación o resolución del mismo, es denominada comúnmente en nuestro medio como “Teoría de la Imprevisión”, instituto que vino a relativizar el principio “Pacta sunt servanda”, que por tanto tiempo se mantuvo intangible.

Como la aplicación del artículo 672 es de carácter excepcional, el análisis realizado tuvo por objeto precisar la oportunidad o circunstancia, en presencia de las cuales, es correcta su aplicación, resumiéndose en los siguientes puntos.

6.1. Fuente. El origen del artículo 672 del Código Civil paraguayo se debió a la iniciativa de la Comisión Nacional de Codificación, la cual ha reproducido casi literalmente los artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano de 1942.

6.2. Ambito de Aplicación. Entendemos que el artículo 672 puede ser aplicado a todos aquellos contratos en donde la prestación, de al menos una de las partes, se halle pendiente de cumplimiento o debe realizarse a lo largo de cierto período de tiempo.

6.3. Requisitos. En primer lugar, debe producirse un aumento excesivo de la onerosidad de la prestación pendiente de cumplimiento, ya sea por el incremento del costo de la prestación a cargo de una de las partes o por la disminución del valor de la prestación a cargo de la otra. Esta alteración del equilibrio del contrato tuvo que haber sido ocasionada (relación de causalidad) por circunstancias sobrevinientes a la celebración del contrato, las cuales deberán revestir el carácter de extraordinarias (deben escapar al control de la partes en desventaja) e imprevisibles (no pueden ser razonablemente previstos por la partes en desventaja en el momento de celebrarse el contrato).

6.4. Efectos. Aparentemente, la aplicación del artículo 672 provocaría la privación de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento, específicamente en los contratos de ejecución diferida y en los contratos aleatorios, pero lo que se debe buscar en primer término es la modificación del contrato a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, y restablecer así el equilibrio de las prestaciones. En lo que respecta a los contratos unilaterales, la única solución prevista por el artículo 672 es la morigeración de la excesiva onerosidad a través de la reducción de la prestación o de la modificación equitativa de la modalidad de ejecución de las prestaciones. En este punto, consideramos con-

veniente la unificación y simplificación de los efectos de la imprevisión, a la luz del artículo 6.2.3 de los Principios de UNIDROIT, el cual exige una instancia previa de renegociación antes de recurrir a los órganos jurisdiccionales, los cuales podrán optar por dar por terminado el contrato o de adaptarlo a las nuevas circunstancias con el objeto de restablecer su equilibrio.

7. BIBLIOGRAFÍA

Carrió, Genaro R. Nota sobre Derecho y Lenguaje. 4ª ed. corregida y aumentada. Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1990.

Díez Picazo, Luis y Antonio Gullón. Instituciones de Derecho Civil. Volumen I. 1ª ed. Editorial Tecnos S. A. Madrid, 1995.

Larenz, Karl. Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos. Traducido por Carlos R. Fernández Rodríguez. 1ª ed. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956.

Mendonca, Daniel. Interpretación y aplicación del derecho. 1ª ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería. Almería, 1997.

Messineo, Francesco. Doctrina General del Contrato - Tomo II. Traducido por R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. 1ª ed. Ediciones Jurídicas Europa - América. Buenos Aires, 1986.

Moreno Rodríguez, José Antonio. Teoría de la Causa. 1ª ed. Intercontinental Editora. Asunción, 1996.

Moreno Rodríguez, José Antonio. Cláusulas Abusivas en los Contratos. 1ª ed. Intercontinental Editora. Asunción, 1999.

Moreno Ruffinelli, José Antonio. La Teoría de la Imprevisión y su aplicación a nuestro derecho positivo. Tesis. Edición al cuidado del autor. Asunción, 1973.

Mosset Iturraspe, Jorge. Contratos. 1ª ed. actualizada. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, 1995.

Rezzónico, Juan Carlos. Principios fundamentales de los contratos. 1ª ed. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999.

Sapena Pastor, Raúl. Fuentes Próximas del Código Civil. 1ª ed. Editorial El Foro. Asunción, 1986.

UNIDROIT. Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Roma, 1995.



SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR

Inés Martínez Valinotti*

El primer Laudo Arbitral dictado en el MERCOSUR es del 28 de abril de 1999 y el último, del 21 de mayo de 2002, de lo cual surge el escaso número de casos planteados ante los Tribunales Arbitrales del MERCOSUR. El país que recurrió con más frecuencia al procedimiento fue la Argentina, con tres controversias resueltas; el Brasil y el Uruguay han acudido en dos oportunidades, y el Paraguay en una.

A modo de comparación, vale la pena recordar que ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, creado en 1952, se han promovido más de 10.000 asuntos, habiéndose alcanzado la cifra de 200 casos nuevos por año ya en el año 1978, y en 1985 se superó la cifra de 400 asuntos por año. Por esta circunstancia, se ha agregado al Tribunal de Justicia un Tribunal de Primera Instancia.

Estos Tribunales europeos tienen el carácter de supranacionalidad a diferencia de los Tribunales del MERCOSUR que son conformados Ad Hoc, para cada caso concreto, y tienen validez solo entre las Partes.

Conforme a la Decisión No. 28 de 1994, el Consejo Mercado Común aprobó fijar la sede de los Tribunales Ad Hoc en la ciudad de Asunción.

*) Doctora en Ciencias Jurídicas y Magister en Relaciones Internacionales, Catedrática de Derecho Internacional Público y Privado en la Facultad de Derecho, UNA. Asesora Jurídica de Integración, Ministerio de Relaciones Exteriores.

Breves antecedentes

Una de las consecuencias más significativas del acceso del Paraguay al sistema democrático iniciado en febrero de 1989, fue la incorporación del mismo al proceso integracionista que con inusitada expectativa vivían los países del cono sur americano.

Al proceso integrador iniciado por Argentina y Brasil en 1986, al que se sumó Uruguay en 1988, se agregaba el Paraguay en 1990, integrándose así un grupo cuatripartito que había tenido en el último siglo experiencias enriquecedoras.

En el caso paraguayo, existía una llamativa convivencia de acuerdos bilaterales con motivo de la operación compartida con dos países vecinos, asociados en la construcción de grandes usinas hidroeléctricas.

El Paraguay, como último país de la región, que como los demás había soportado durante décadas el impacto del autoritarismo, recibía como un homenaje de sus pares, el privilegio de que sea en sus tierras el escenario fijado para suscribir el Tratado de Asunción, concretado el 26 de marzo de 1991.

Este hecho significaba también desde el punto de vista histórico el olvido de las secuelas traumáticas que como consecuencia de una conflagración internacional en el siglo pasado, había surgido entre los mismos países que fundaron el Mercado Común del Sur.

Bajo estos signos promisorios de elevados niveles políticos e históricos, nacía el MERCOSUR con el propósito de constituir un bloque de países que a través del mecanismo de la integración, logre el mayor nivel de sus economías con justicia social.

Es importante tener en consideración que a la vista de las propias expresiones del Tratado de Asunción, este es básicamente un pacto de conformación de una voluntad política de países interesados en desarrollar sus economías modernizándolas, pero al mismo tiempo sin descuidar el *desarrollo con justicia social*, al que se suma la necesidad permanente de coordinar políticas macroeconómicas (art. 5) e introduciéndose el reconocimiento de la asimetría existente entre los países asociados (art. 6).

La nueva organización internacional creada acogía, como debía ser, experiencias anteriores realizadas en la propia región y fuera de ella, desechando

lo perimido e innovando en lo que fuera necesario. La institucionalidad y los órganos diseñados en el Tratado de Asunción, reproducían experiencias similares, aunque en algún caso la puesta en vigencia del órgano creado, fue diferida en el tiempo.

El período de transición adoptado por disposiciones del propio Tratado de Asunción ha sido el motivo por el que el funcionamiento institucional no tuviera la aceleración inicial que las expectativas demandaban (Art. 3).

Con relación al tema, el jurista argentino Héctor Masnatta expresa que “en el MERCOSUR, por falta de desarrollo de una estructura jurídica suficiente, no existe hasta el momento un sistema de resolución de conflictos homogéneos que custodie la seguridad jurídica del Tratado”. Con insistencia se preocupa Masnatta de que “los conflictos que se presentan en el marco del MERCOSUR, quedan sujetos en sus decisiones al *día por día*, a la influencia de la situación política o económica interna de cada país, a sus intereses circunstanciales o globales, y al accionar de los grupos de presión. Es tangible el peligro de que los conflictos se resuelvan en función de la situación de importancia relativa de un socio, en lugar de serlo por las reglas pre-existentes y constantes, así como por precedentes que hagan previsible las soluciones”(1).

La preocupación expresada tiene fundamento al analizar retrospectivamente el cronograma previsto en la institucionalización del MERCOSUR, cuya fecha final de la transición fue prevista para diciembre de 1994, tiempo para el cual se hubiera completado la constitución del Sistema de Solución de Controversias, de no haber surgido los atrasos imprevistos. Fue en vano que el propio Anexo III dispusiera que “antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes adoptarán un Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común” (Anexo III).

El sistema previsto constituirá una garantía de que las partes darán cumplimiento a los compromisos asumidos en el Acuerdo, y asegurará una uniformidad en la interpretación de la normativa del proceso.

Este sistema permanente y otros - como el que hasta hoy se encuentra vigente en el MERCOSUR-, de órganos ad hoc, constituyen los procedimientos adoptados en los acuerdos comerciales.

1) Masnatta, Héctor, “Tratados Internacionales de Integración Económica”, p. 5, Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, Buenos Aires, 2001.

Legislación anterior

La creación de organismos especializados que resuelvan las controversias en las instituciones, es de amplia y antigua data en el Derecho Internacional.

La experiencia de organismos similares ha facilitado la creación de modernos institutos, aunque deben tenerse siempre en consideración las pautas culturales diferenciadas de los países, lo que relativiza la simple imitación de modelos.

Lo que sí se puede afirmar es que en la mayoría de los sistemas de integración económica, al crearse los órganos de carácter ejecutivo y legislativo en las instituciones de carácter comunitario, se han creado coetáneamente los organismos judiciales que resolverán los problemas jurídicos suscitados dentro de la comunidad.

Los distintos sistemas de integración - a través de sus órganos-, van generando esa normativa jurídica, referida a las cuestiones económicas que son de su competencia y de carácter obligatorio para las Partes.

Esa normativa a su vez establece los medios adecuados para una interpretación uniforme de los preceptos del sistema, creando órganos judiciales independientes de los otros órganos que conforman la estructura institucional del mismo.

Además de ejercer otras funciones otorgádasle, las principales son la de ejercer el control de la legalidad, la de dirimir las diferencias y la de establecer una uniformidad en la interpretación de la normativa.

Sistemas en el Derecho Comparado

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia del Benelux y la Corte de Justicia Andina del Acuerdo de Cartagena son “tres buenos ejemplos de organismos judiciales creados como órganos autónomos de una organización de integración económica”(2).

2) Garré Copello, Belter, “El Tratado de Asunción y el Mercado Común del Sur”, p. 15, Edit. Universidad Ltda., Montevideo, 1991.

El **Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena** está compuesto por cinco magistrados, pudiendo a solicitud del Tribunal y por unanimidad, la Comisión modificar el número y crear cargos de abogados generales. Los Jueces tienen un primer y un segundo suplente cada uno, para casos de ausencia temporal o definitiva, que deben reunir las mismas condiciones que ellos.

En cuanto a la **Organización Mundial del Comercio**, que absorbió y sustituyó al GATT, si bien no constituye un organismo de integración, sino un órgano internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre países, aplica el Acuerdo denominado “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias” (ESD), adoptado en la Ronda Uruguay. Se considera que el Entendimiento se ha convertido hoy día en el mecanismo más importante a nivel mundial para la solución de conflictos comerciales entre los Estados. El procedimiento “es en muchos aspectos el pilar central del sistema multilateral de comercio y la contribución más particular de la OMC a la estabilidad de la economía mundial “

Es aplicable a las controversias que puedan surgir con respecto al incumplimiento de los instrumentos jurídicos que conforman la Organización Mundial del Comercio. Se basa en los principios de equidad, rapidez, eficacia, aceptabilidad mutua. “Está destinado a dar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio en su conjunto, preserva los derechos y las obligaciones de los países miembros, sin poder aumentarlos ni disminuirlos”.

El procedimiento es similar al de un tribunal o Corte de Justicia, pero la primera etapa es la de celebración de consultas entre las partes en la diferencia (artículo 4, ESD). Este procedimiento de consultas y la mediación pueden llevarse a cabo en cualquier etapa posterior del proceso.

En la segunda etapa, y de no llegarse en las consultas celebradas a una solución satisfactoria, el país reclamante puede pedir la constitución de un Grupo Especial. Los Grupos Especiales están integrados por tres o cinco expertos de diferentes países y el informe de éstos es sometido al Órgano de Solución de Diferencias, que únicamente puede rechazarlo por consenso.

Si una de las partes apela -antes de que el Órgano de Solución de Diferencias se pronuncie, el caso pasa al Órgano Permanente de Apelación (Artículo 17 ESD), integrado por siete personas, de las que actuarán tres en cada caso, que deben pronunciarse sobre las “cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las cuestiones jurídicas formuladas por éste” (Art. 17, inciso 6, ESD).

El Órgano de Solución de Diferencias debe aceptar o rechazar el informe del examen en apelación, también por consenso. Su labor es además, la de vigilar la manera en que se cumplen las resoluciones adoptadas, estableciéndose un procedimiento para ello, en el propio acuerdo.

Por otra parte, el artículo 24 establece un *Procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados Miembros*.

Por último, en lo que se refiere al sistema de solución de diferencias en la OMC, debe señalarse que según el artículo 25, las partes pueden recurrir como medio alternativo al procedimiento “rápido del arbitraje” para facilitar la resolución de algunos litigios “que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes”.

Las partes en una diferencia podrán recurrir al arbitraje de mutuo acuerdo (art, 25 del ESD). No se establece un procedimiento detallado para el recurso al arbitraje o la selección y la actuación del los árbitros o las entidades arbitrales. Las partes en la diferencia tienen libertad para aplicar las normas y procedimientos que consideren apropiados por mutuo acuerdo. Los artículos 21 y 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias se aplican *mutatis mutandis* a los laudos arbitrales (párrafo 4, artículo 25, ESD).

Centro de Asesoría Legal en asuntos OMC

El Paraguay ha participado en diversos casos como tercera parte, en los procedimientos de solución de diferencias conforme a los derechos que otorga el artículo 10 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias a los miembros de la Organización Mundial del Comercio.

Como miembro de la OMC, se encuentra habilitado para recurrir al mecanismo de solución de diferencias, pero debe tenerse en cuenta que ello implicaría elevados costos que demandarían dicho trámite.

Sin embargo, el Paraguay es miembro fundador el Centro de Asesoría Legal de la Organización Mundial del Comercio (Advisory Centre on WTO Law) establecido el 17 de julio de 2001, actualmente en pleno funcionamiento en la ciudad de Ginebra.

Efectivamente, el 30 de noviembre de 1999 fue suscrito -en ocasión de la Tercera Conferencia Ministerial de la OMC - en la ciudad de Seattle el

“ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECE EL CENTRO DE ASESORIA LEGAL DE ASUNTOS OMC”.

En el referido Convenio se considera “ que los países en desarrollo y entre ellos en particular los menos adelantados, y los países con economías en transición cuentan con conocimientos limitados acerca de la normativa de la OMC y el manejo de diferencias comerciales complejas, y que su capacidad de dotarse de tales conocimientos impone severas obligaciones financieras e institucionales”.

Asimismo, tiene en cuenta el derecho de recurrir en igualdad de condiciones a dichos procedimientos, por lo que se crea un sistema de capacitación jurídica, pericia y asesoría en asuntos relacionados con la normativa de la OMC, rápidamente accesible a los países en desarrollo y en particular los menos adelantados entre ellos, y los países con economías en transición.

El Acuerdo establece una tabla de contribuciones mínimas de los países desarrollados, de los países en desarrollo y los de economía en transición, como también una escala de honorarios por los servicios prestados por el Centro.

El Paraguay ha aprobado por ley el Acuerdo que establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la Organización Mundial del Comercio y sus Anexos N°s. I, II, III y IV, habiendo sido depositado el instrumento de ratificación por la Embajada del Paraguay en La Haya el 30 de setiembre del año 2002, en el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos.

La legislación del MERCOSUR

Como ya se mencionara, el procedimiento para la de solución de las controversias en el MERCOSUR ha sido establecido en forma transitoria según lo preceptuado en el artículo 3 del Tratado de Asunción.

De acuerdo al criterio del jurista uruguayo Pérez Otermín, el sistema de Solución de Controversias debía recorrer tres etapas; y el tercer sistema aprobado por los países miembros debía ser permanente (3).

3) Pérez Otermín, “El Mercado Común del Sur, desde Asunción a Ouro Preto”, p. 33, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

Sin embargo, el Protocolo de Olivos, suscrito el 18 de febrero de 2002, que vendría a constituir el tercer sistema, anuncia en su artículo 53 que este último instrumento también es transitorio.

Podemos señalar entonces que el Protocolo de Olivos es apenas complementario del de Brasilia que mantiene su estructura, y lo que sí incorpora es la novedad del *recurso de revisión* y consecuentemente el *Tribunal Permanente* como el órgano ejecutor del recurso.

Laudos Arbitrales de los Tribunales del MERCOSUR

Los Laudos emitidos hasta la fecha, son los siguientes:

- **El primer Laudo** del Tribunal Ad Hoc del Mercosur fue dictado en la ciudad de Montevideo, el 28 de abril de 1999.

La controversia fue sustanciada entre la República Argentina (Parte reclamante) y la República Federativa del Brasil (Parte reclamada) “ sobre Comunicados número 37 del 17 de diciembre de 1997 y No. 7 del 20 de febrero de 1998, del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior : Aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco”.

El Tribunal Arbitral fue constituido de conformidad con el Protocolo de Brasilia, e integrado por los árbitros : Doctores Juan Carlos Blanco (Presidente), Guillermo Michelson Irusta y Joao Grandino Rodas, nacionales respectivamente de Uruguay, Argentina y Brasil.

- **El segundo Laudo** del Tribunal Ad Hoc fue dictado en Asunción el 27 de setiembre de 1999. Fue constituido para la controversia planteada por la Argentina contra el Brasil sobre la existencia de subsidios a las exportaciones de carne de cerdo.

El Tribunal fue presidido por Jorge Peirano Basso, de la República Oriental del Uruguay y compuesto por los Doctores Atilio Aníbal Alterini y Luiz Olavo Baptista, árbitros de Argentina y Brasil.

- **El tercer Laudo** del Tribunal Ad Hoc del Mercosur fue relativo a la Controversia entre el Brasil, reclamante y la Argentina, parte reclamada; identificada como controversia sobre “Aplicación de Medidas de Salvaguardia sobre productos textiles (Resolución 861/99) del Ministerio de Economía y

Obras y Servicios Públicos”. Fue suscrito en Colonia, República Oriental del Uruguay el 10 de marzo del 2000.

El Tribunal fue conformado por Gary N. Horlick de los Estados Unidos de América (Presidente), el Doctor José Carlos de Magalhaes, del Brasil y el Doctor Raúl Emilio Vinuesa de la Argentina.

- **El cuarto Laudo** fue suscrito en Montevideo el 21 de mayo de 2001. Las partes fueron la República Federativa del Brasil (reclamante) y la República Argentina (Parte reclamada), identificada como Controversia sobre “Aplicación de medidas antidumping contra la exportación de pollos enteros, provenientes del Brasil, Resolución No. 574/00 del Ministerio de Economía de la República Argentina”. Los miembros del Tribunal Arbitral fueron el Dr. Enrique Carlos Barreira por la Argentina, el Doctor Tercio Sampaio Ferraz Jr. de la República Federativa del Brasil y el Doctor Juan Carlos Blanco como Presidente.

- **El quinto Laudo** del Tribunal Ad Hoc del Mercosur fue dictado en la ciudad de Asunción, el 29 de setiembre de 2001.

La controversia fue sustanciada entre la República Oriental del Uruguay y la República Argentina sobre “Restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo”.

Los miembros del Tribunal Arbitral fueron los Árbitros señores Luis Martí Mingarro (Presidente), Atilio Anibal Alterini y Ricardo Olivera García, nacionales respectivamente de España, Argentina y Uruguay.

- **El sexto Laudo** fue dictado en la Controversia sobre “Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (remolded) procedentes del Uruguay”, y fue firmado en Montevideo el 9 de enero de 2002. Esta controversia fue planteada por el Uruguay contra el Brasil, y actuaron como árbitros los doctores Raúl Emilio Vinuesa, argentino, como Presidente del tribunal, Doctora Maristela Basso por el Brasil y el doctor Ronald Herbert por el Uruguay.

- **El séptimo Laudo** fue dictado en Asunción, el 19 de abril de 2002. La controversia fue entre la Argentina y el Brasil, siendo éste el país demandado por los “Obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño. No incorporación de las Resoluciones GMC No. 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 y 71/98 lo que impide su entrada en vigencia en el Mercosur”.

Como Presidente del Tribunal Arbitral actuó el Doctor Ricardo Olivera García de la Rca. Oriental del Uruguay, y como árbitros por el Brasil y la Argentina, Guido Fernando Silva Soares y Héctor Masnatta, respectivamente.

- **El octavo Laudo** fue dictado en São Paulo, el 21 de mayo de 2002. La controversia fue entre la República del Paraguay a la República Oriental del Uruguay sobre la aplicación del IMESI (Impuesto Específico Interno) a la comercialización. El Tribunal Arbitral estuvo compuesto por los árbitros Doctor Evelio Fernández Arévalos por el Paraguay, el Doctor Juan Carlos Blanco por Uruguay y el Doctor Luiz Olavo Baptista de Brasil como Presidente.

Lista de Árbitros de acuerdo a los Artículos 10 y 12 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias

ARGENTINA

Artículo 10

Guillermo Michelson Irusta
Raúl Emilio Vinuesa
Julio César Rivera
Julio Gottheil
Juan Carlos Cassagne
Enrique Carlos Barreira
Ricardo Xavier Basaldúa
Mario A. Alsina
Héctor Masnatta
Atilio Aníbal Alterini

Artículo 12

Nacionales

Enrique Mantilla
Marcelo Halperin

De Terceros Países

Ricardo Alonso García (España)
Alberto Zelada Castedo (Bolivia)

BRASIL

Artículo 10

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros
Guido Soares
Jacob Dölinger
Jorge Fontoura

Artículo 12

Nacionales

Alfredo de Assis Goncalvez Neto
Hermes Marcelo Huck

José Carlos de Magalhaes
 Luiz Olavo Baptista
 Maristela Basso
 Nadia de Araújo
 Tércio Sampaio Ferraz Júnior
 Welter Barral

PARAGUAY

Artículo 10

Carlos A. Mersán
 Evelio Fernández Arévalos
 Carlos A. Saldivar
 Mamfredo Ramírez Jou
 Rodrigo Campos Cervera
 Hugo Allen
 Ramón Silva Alonso
 Miguel Ángel Ramírez García
 Luis Enrique Chase Plate
 Pilar Callizo de Filártiga

URUGUAY

Artículo 10

Juan Carlos Blanco
 Sergio Abreu
 Eduardo Mezzera
 Didier Operti
 Nahum Bergstein
 Santiago Pérez del Castillo
 Eduardo Tellechea Bergman
 Jorge Peirano Basso
 Ricardo Olivera
 Ronald Herbert

De Terceros Países

Fausto de Cuadros (Portugal)
 Isabel de Magalhaes Collaco
 (Portugal)

Artículo 12

Nacionales

José Emilio Gorostiaga
 José F. Fernández Estigarribia

De Terceros Países

Luis Martí Mingarro (España)
 Rafael Chamorro Mora
 (Nicaragua)

Artículo 12

Nacionales

Jorge Talice
 José María Gamio

De Terceros Países

Carlos Manuel Castillo
 (Costa Rica)
 Galo Pico Mantilla (Ecuador)

Lista de Expertos de acuerdo al Artículo 30 del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

ARGENTINA

Adrián Makuc
Rodolfo Rua Boiero
Beltrán Gambier
Horacio O. Giudici
Susana Szapiro
Guillermo Toranzos Torino

BRASIL

Bolívar Moura Rocha
Carlos Eduardo Caputo Bastos
Lía Valls Pereira
Luis Fernando Franceschini da Rosa
Mario Marconini
Sergio Mourão Correa Lima

PARAGUAY

Luis González Arias
Antonio Fernández Gadea
Ricardo Rodríguez Silvero
Enrique Cantero
Teresa María Gross Brown de Romero Pereira
Carmelo Di Martino

URUGUAY

Gustavo Magariños
Julio Lacarte Muró
Graziella Bonfiglio
Roberto Puceiro
Isidoro Hodara
Darío Sarachaga



ACCION AUTONOMA DE NULIDAD

Por Alexis Vallejos Mendoza*

Sumario: 1- Introducción. 2- Denominaciones. 3- Concepto. 4- Antecedentes. 4.1. Antecedentes en el Derecho Paraguayo. 5- Apreciaciones de la acción autónoma de nulidad prevista en el artículo 409 del Código Procesal Civil, Ley N° 1337/88. 5.1- Cosa juzgada y acción autónoma de nulidad. 5.2- El fraude como causal de la acción autónoma de nulidad. 5.3- Legitimación. 5.4- Proceso 5.5- Prescripción de la acción autónoma de nulidad. 5.6- Competencia. 5.7- Efectos.

1. INTRODUCCION

Todo litigio judicial llega a su fin con la sentencia en la cual el juez hace lugar a la demanda o la desestima. Con ella se hace efectiva o se desvanecen las pretensiones que motivaron la controversia y se da la razón a alguna de las partes.

La institución que sometemos a un breve estudio es un medio de impugnación de la que se valen los sujetos de derecho (terceros) que no han tenido intervención en la contienda judicial en razón de que las resoluciones dictadas en ella le han causado perjuicios.

Es nuestra intención presentar una amplia perspectiva sobre la acción autónoma de nulidad, una especie entre las nulidades procesales, que tiende a dejar sin efecto las resoluciones con autoridad de cosa juzgada.

*) Alumno 5to. Curso, Turno Noche, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.N.A. Mención de Honor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica.

2. DENOMINACIONES

La acción autónoma de nulidad es conocida y denominada por los doctrinarios y las legislaciones de muchas maneras, pero fundamentalmente en todas esas denominaciones se mantiene la idea de que es una institución que tiene por objeto revocar una resolución con autoridad de cosa juzgada, en razón de que la misma ocasiona perjuicios para quien lo invoque. Así por ejemplo, el gran maestro del derecho procesal, Eduardo J. Couture, reconoció a la acción autónoma de nulidad con el nombre de *Acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta*; Alberto Luis Maurino la denomina simplemente como *Acción de Nulidad*; Mario Augusto Morello, citado por Maurino, la llamó *Pretensión autónoma de sentencia declarativa de la cosa juzgada irrita*; Roberto Berizonce utiliza el término *Acción autónoma declarativa de impugnación de un proceso*. Y Jorge W. Peyrano, por su parte, habla de *Pretensión autónoma subsanadora de desviaciones procesales*.

En el derecho paraguayo, la institución por la cual se otorga la posibilidad de obtener la revocación de las resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, es conocida con el nombre de **Acción autónoma de nulidad**, tal como se halla establecida en el Código Procesal Civil, Ley 1337/88, artículo 409.

3. CONCEPTO

Primeramente, resulta necesario ofrecer un concepto de acción. Couture ha dejado la siguiente noción de acción: “*La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*”(1).

Esencialmente, del concepto expuesto se colige que la acción es una facultad que tiene el sujeto de derecho (persona física o jurídica) de acudir ante el juez con el objeto de que le sean satisfechas sus pretensiones o peticiones. Igualmente, constituye un derecho subjetivo, puesto que, el ejercicio de la misma depende de la persona facultada.

De lo referido se puede inferir que la acción autónoma de nulidad es el derecho que tienen las personas de solicitar, ante el órgano jurisdiccional (juez), la declaración de la nulidad de alguna resolución, con autoridad de cosa juzga-

1) Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 57.

da, por causar la misma, agravios en sus derechos o imponer obligaciones sin habersele conferido el derecho a la defensa en juicio. El ejercicio de la acción autónoma de nulidad supone que a determinada persona afecta lo dispuesto en una resolución, dictada en juicio, sin que se la haya escuchado u obviado su actuación.

Como dijimos, en el Código Procesal Civil se ha incluido la voz *autónoma* para distinguirla de otro tipo cual es la acción de nulidad de actos jurídicos, institución que tiene un fin distinto al tema de estudio en el presente trabajo.

4. ANTECEDENTES

Son varios los autores que se refieren al presente título. Es nuestra intención, hacer mención específica de las instituciones cuyas líneas generales sirvieron de base para el nacimiento de la acción autónoma de nulidad. En este sentido expresa el Profesor Antonio Tellechea Solís: “Es así, como por inspiración y acción del pretor, Magistratura que aparece en tiempos de la República Romana, de tan prodigiosa creatividad, surge la llamada **“In Integrum Restitutio”**, denominada también por los romanos **“Extraordinarium Auxilium”**, como expresión de un remedio procesal excepcional y extraordinario, capaz de vulnerar la rígida **“Res Judicata”**, Cosa Juzgada del Derecho Romano”(2). Igualmente en el derecho romano encuentra el citado profesor la **Suplicatio** y expone: “La **“Suplicatio”** fue otro auxilio procesal extraordinario. Estaba destinado a lograr la revisión de las decisiones tomadas por el Prefecto del Pretorio, que normalmente eran irrecurribles. Se interponía este recurso extraordinario ante el propio Emperador romano”(3). Por otra parte en la Edad Media, como antecedente de la acción autónoma de nulidad, encuentra Tellechea a la **Querella Nullitatis**, que tiene afinidades con la In **“Integrum Restitutio”** y al respecto manifiesta: “La **“Querella Nullitatis”** aparece en el siglo XII. Ella, no perseguía tanto lograr la declaración de la inexistencia del fallo, como en el caso de la **“In Integrum Restitutio”** y de la **“Suplicatio”**, así como de la **“Revocatio in Duplum”** (antecesor del recurso de nulidad), sino más bien a despojar a la sentencia de su validez jurídica, como instrumento de ejecución”(4).

2) Antonio Tellechea Solís, Nulidades en el Proceso Civil. El Recurso de Nulidad. La Acción Autónoma de Nulidad, Editorial La Ley Paraguaya S.A., Asunción, 1990, pág. 150.

3) Antonio Tellechea Solís, op. cit., pág. 152.

4) Antonio Tellechea Solís, op. cit., idem.

Como vemos, existe una relación entre la *in integrum restitutio* y la *acción autónoma de nulidad*, puesto que en ambas se pretende volver a dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes de haberse dictado la resolución. Asimismo, en la *acción autónoma de nulidad*, al igual que la *supplicatio*, se dispone la revisión de la resolución aunque se sostenga su inimpugnabilidad. Por último, y como lo expresa el autor citado, la *acción autónoma de nulidad* al igual que la *querella nullitatis*, de aplicación en la Edad Media, también pretende que no sea ejecutable contra un sujeto de derecho determinada resolución.

4.1. ANTECEDENTES EN EL DERECHO PARAGUAYO

En nuestra anterior Ley de Procedimientos Civiles y Comerciales no se encontraba disposición alguna que hiciera referencia a la acción autónoma de nulidad. Esta es una innovación en el nuevo Código Procesal Civil vigente y a cuyo análisis nos avocaremos más adelante, no obstante, tenemos como principal antecedente la incorporación de esta institución a la jurisprudencia de los tribunales. Al efecto citamos el siguiente fallo en el que se resuelven puntos atinentes a la acción autónoma de nulidad: “Coincido con el a quo que, si bien nuestro derecho positivo no admite la nulidad como acción para impugnar actos o resoluciones procesales, que tienen remedios apropiados y previstos en la ley de forma (incidentes, excepciones y recursos de nulidad) sin embargo la doctrina y la jurisprudencia lo admiten en casos excepcionales, cuando la acción es deducida “por un extraño que no haya intervenido en el juicio, aun cuando éste hubiera terminado por sentencia” (Alsina, t. I, p. 668, ed. 63). Couture lo admite para casos excepcionales de fraude, dolo o colusión, cuando la acción revocatoria va “dirigida a obtener la invalidación de actos ilícitos cubiertos de formas procesales, realizados en perjuicio de terceros que no han litigado” (Fundamentos del Derecho Procesal Civil, núms. 167, 189 y 217, Fallos, t. 98, p. 251)”(5). En otra parte del mismo fallo se reitera la posibilidad existente para un tercero no interviniente en un juicio, para promover la acción autónoma de nulidad y se excluye esta facultad para quien ha tomado intervención en el juicio: “Decíamos al comienzo que la doctrina y la jurisprudencia, admiten excepcionalmente la acción autónoma de nulidad para impugnar actuaciones y resoluciones procesales, pero debe ser promovida por terceros, extraños al juicio y no por aquellos que tomaron intervención en el mismo y controlaron dichas actuaciones, agotando incluso los recursos”(6).

5) Tapel. Civ. y Com., Sala 3, Ac. y Sent. N° 91, 5/VII/82. Revista Jurídica Paraguaya LA LEY, Año 6, Editorial La Ley Paraguaya S.A., Asunción, 1983, pág. 102.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia sostuvo la posibilidad a favor de terceros, ajenos a un juicio, de la acción autónoma de nulidad: “Pero aquella **-la jurisprudencia-** no acepta que también puedan hacer lo mismo los terceros perjudicados, en situaciones parecidas. A éstos, les restaría la acción autónoma de nulidad, que implicaría la revisión del proceso en su totalidad, porque sería injusto e ilegítimo negarles una defensa que tienda a lograr la reparación del daño sufrido. Nuestro Código no la consagra expresamente; pero tampoco la prohíbe”(7).

5. APRECIACIONES DE LA ACCION AUTONOMA DE NULIDAD PREVISTA EN EL ARTICULO 409 DEL CODIGO PROCESAL CIVIL, LEY N° 1337/88

La acción autónoma de nulidad se encuentra en la citada ley en el libro II Del proceso de conocimiento ordinario, Título IV, De los recursos, Capítulo IV Del recurso de nulidad.

En efecto, el artículo 409 de la citada ley dispone: “**Acción Autónoma de Nulidad.** *Las resoluciones judiciales no hacen cosa juzgada respecto de los terceros a quienes perjudiquen. En caso de indefensión, ellos dispondrán de la acción autónoma de nulidad, cuando la excepción de falsedad de la ejecutoria o la de inhabilidad de título fuese insuficiente para reparar los agravios que aquellas resoluciones pudiesen haberles ocasionado*”.

Como se ve, en la primera parte del artículo transcrito, se menciona que las resoluciones judiciales no adquieren la calidad de cosa juzgada respecto de terceros, lo que, a contrario sensu, se entiende que sólo entre las partes del juicio, las resoluciones, una vez fenecidos los plazos para impugnar aquellas, adquieren la calidad de cosa juzgada.

Advierte, igualmente el citado artículo, que en caso de indefensión, los terceros tienen la posibilidad de ejercer la acción autónoma de nulidad. Fundamentalmente, se ha previsto esta vía para restablecer el derecho de defensa de un tercero que no fue llamado a ser parte o tomar intervención en un juicio, en el cual la resolución dictada le ha causado agravios. La defensa del tercero no se refiere a otra cosa sino al derecho de defensa en juicio, el cual presupone el respeto al debido proceso.

6) Idem, op. cit., pág. 103.

7) C.S., Ac. y Sent. N° 171, 20/XII/82. op. cit., pág. 318.

“El debido proceso -expresa Hernán Casco Pagano- se halla conformado por dos notas características: la audiencia y la prueba”(8).

La nulidad procede cuando se ha vulnerado la defensa en juicio tal como lo sostiene Alsina: “Donde hay indefensión, hay nulidad; si no hay indefensión, no hay nulidad”(9).

Toda indefensión se produce por no respetarse el debido proceso, es decir, el derecho a ser *escuchado*, expresar sus derechos y el derecho a *ofrecer y producir pruebas* por la cual se comprueban y aseveran los derechos invocados. Por último, cabe apostillar que el derecho a la defensa en juicio, antítesis de la indefensión, está consagrado en la misma Constitución Nacional, en el artículo 16, por lo que de esta manera es notorio que la defensa en juicio tiene sustento constitucional.

El artículo en análisis condiciona el ejercicio de la acción autónoma de nulidad pues establece que previamente a la promoción de aquella, se oponga la excepción de falsedad de ejecutoria o la de inhabilidad de título.

La excepción de falsedad de ejecutoria esencialmente se funda en la adulteración material -ésta puede ser en la alteración de los términos de la resolución o la falsificación de la firma del juez o actuario que refrenda la resolución-. En cuanto a la excepción de inhabilidad de título, la misma puede argumentarse porque la resolución no se encuentra firme y ejecutoriada, o al ser una sentencia de condena que no se haya cumplido aún el plazo para su ejecución, o inclusive, cuando la misma no sea ejecutable, por falta de acción, que exija una prestación determinada. Creemos que el fundamento en el cual debe basarse la excepción de inhabilidad de título, debe ser la falta de acción, puesto que se argüirá -como tercero no interviniente en el juicio- la falta de exigibilidad para el cumplimiento de alguna prestación que imponga la resolución. Sólo si no procedieren las excepciones citadas, se podrá plantear la acción autónoma de nulidad.

Conviene, no obstante, señalar que así como no se dio intervención en el juicio al tercero, de la misma manera también puede darse el supuesto de que

8) Hernán Casco Pagano, Derecho Procesal Civil, Editorial La Ley Paraguaya S.A., Asunción, 2000, pág. 277.

9) Alberto Luis Maurino, Nulidades Procesales, 2ª Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, pág. 56.

10) Eduardo J. Couture, op. cit., pág. 401.

tampoco se le haya citado a oponer excepción. En esta circunstancia, creemos que no es posible desestimar lisa y llanamente la acción autónoma de nulidad por no haberse agotado esos medios -interposición de excepción de falsedad de ejecutoria o inhabilidad de título- por la razón misma de no habersele citado para el ejercicio de aquellas defensas. Tal condición -la de interponer las excepciones- no resulta vinculante a los efectos de ejercitar directamente la acción autónoma de nulidad.

Es importante señalar que, tanto la excepción de falsedad de ejecutoria como la de inhabilidad de título que dispone el artículo 409 tiene su concordancia con el artículo 526 incs. a) y c) del Código Procesal Civil que se refiere a las excepciones admisibles, contra la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales paraguayos.

La última parte del artículo 409 pronuncia que, no habiendo sido suficientes las excepciones de falsedad de ejecutoria o de inhabilidad de título para reparar los agravios, se otorga la posibilidad de plantear la acción autónoma de nulidad. Queremos señalar que ésa es la razón principal de la institución en estudio: la posibilidad de que se reparen los agravios que ocasionan las resoluciones dictadas en un juicio, y consecuentemente, dejar sin efecto las mismas contra los terceros. Necesariamente, para que proceda la nulidad, por la cual se pretende dejar sin efecto alguna resolución, ésta debe ocasionar daño o perjuicio para quien la invoque, atendiendo a lo que establece el adagio francés “*pas de nullité sans grief*”: “no existe nulidad sin perjuicio”.

5.1. COSA JUZGADA Y ACCION AUTONOMA DE NULIDAD

Al referirnos a la acción autónoma de nulidad, hemos dicho que se pretende la declaración de la nulidad de alguna resolución, con autoridad de cosa juzgada.

Resulta llamativa la posibilidad existente de revisar una resolución que ha pasado con autoridad de cosa juzgada, y si la misma resulta de un proceso injusto, sea declarada nula, es decir, dejarla sin efecto y valor.

Es necesario hacer algunos delineamientos sobre la cosa juzgada y la incidencia de la acción autónoma de nulidad sobre aquella.

En efecto, la cosa juzgada -según Couture y a la cual nos adherimos- es “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”(10).

El citado procesalista manifiesta lo siguiente referente a la cosa juzgada como **autoridad**: “Autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano jurisdiccional cuando ha adquirido carácter definitivo”(11); de esto se colige que la cosa juzgada no tiene el carácter de efecto sino que es peculiaridad de la sentencia, es decir, calidad, atributo de ésta.

Respecto a la Cosa Juzgada como **eficacia** expresa el maestro uruguayo: “Además de la autoridad, el concepto de cosa juzgada se complementa con una medida de eficacia. Esa medida se resume en tres posibilidades: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad”(12). Es inimpugnable en razón de que pasada con autoridad de cosa juzgada, no puede ser objeto de nueva discusión lo resuelto en la sentencia. Es inmutable porque no se puede cambiar los términos de la resolución una vez cumplidos los plazos para el planteamiento de algún recurso. Por último, adquirirá plena eficacia cuando lo resuelto es posible de ser ejecutado, y respecto a esto, aclara muy bien Couture: “Sólo es posible en las sentencias de condena, que imponen el cumplimiento de una obligación”.

El problema surge cuando por la acción autónoma de nulidad puedan ser revisados los términos de la resolución con autoridad de cosa juzgada a pesar de que ésta ha sido prevista como “medida de seguridad del ordenamiento jurídico”(13), ya que con ella lo que se pretende es lograr la paz en la sociedad, el respeto a las resoluciones dictadas por la autoridad competente, a las leyes y principalmente a la vigencia de la justicia.

Pues bien, ¿cómo puede sostenerse que, en algunos casos, una sentencia no se halle investida por la cosa juzgada?

En principio toda nulidad queda subsanada por la cosa juzgada, según el artículo 114 del Código Procesal Civil. Pero, se prevé igualmente la acción autónoma de nulidad por razones de justicia. Es inaceptable que una resolución con autoridad de cosa juzgada aunque cumpla con las formalidades de la ley, sea ella resultado del fraude con la intención de causar perjuicios a los derechos de un tercero, no interviniente en un juicio, y que, además, se le

11) Eduardo J. Couture, op. cit., idem.

12) Eduardo J. Couture, op. cit., pág. 402.

13) Luis P. Frescura y Candia, Introducción a la Ciencia Jurídica, 3^a Edición, Editorial El Foro, Asunción, 1989, pág. 64.

impongan prestaciones sin habersele escuchado, esto es, sin haberse establecido un debido proceso.

La acción autónoma de nulidad conlleva igualmente el valor jurídico supremo, **la justicia** y evitar que con la mera invocación de la cosa juzgada una persona sufra perjuicios irreparables en sus derechos o bienes. Si se configuran daños irreparables a los derechos de personas no intervinientes en un juicio, como producto del fraude, o dolo o bien por el incumplimiento del debido proceso corresponderá hacer lugar la acción autónoma de nulidad, como medio para dejar sin efecto las resoluciones, dictadas en un juicio y que ocasionan perjuicios.

Conviene insistir en explicitar que al preverse la acción autónoma de nulidad no es que se haya vulnerado la calidad de la cosa juzgada de las resoluciones sino más bien se ha pretendido hacer prevalecer la justicia, pues ella consiste en dar a cada uno lo que le corresponde y que es el valor a que toda sociedad aspira.

5.2. EL FRAUDE COMO CAUSAL DE LA ACCION AUTONOMA DE NULIDAD

Hemos visto que para el ejercicio de la acción autónoma de nulidad es menester -según el artículo 409 del C.P.C.- que haya habido indefensión en cuanto al tercero que promueve aquella. Pero, igualmente, pudo haber mediado fraude o dolo para que se dictase la resolución.

El fraude procesal “consiste en toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares, que tienda a obtener o dictar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada, o la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos, o a impedir su pronunciamiento o ejecución”(14).

Tellechea Solís expresa que el origen del dolo o fraude en un juicio puede ser por: “colusión de las partes, para defraudar a la misma ley. Puede provenir del Juez que, olvidando su independencia, su imparcialidad o su honestidad, admita presiones políticas, acceda a favorecer a sus amigos o acepte poner precio a su pronunciamiento. Puede provenir de quienes siendo auxiliares

14) Víctor De Santo, Diccionario de Derecho Procesal, 2ª Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, pág. 154.

de la Justicia, atenten contra ella, como cualquier funcionario judicial, perito, informante de oficinas públicas, etc.”(15).

Es valiosa la incorporación de la acción autónoma de nulidad, pues por medio de ella el sujeto afectado por las resoluciones recaídas en un proceso fraudulento tiene la posibilidad que se declare la nulidad de aquellas, en cuanto causen agravios que afecten sus derechos.

Si bien, antes de probarse por la vía de la acción autónoma de nulidad el dolo o fraude, lo categórico que debe ser comprobado, es la producción de perjuicio a un tercero, no parte en un juicio. El daño o perjuicio que se pretende dejar sin efecto, por medio de la declaración de nulidad, es cuestión medular. Todo agravio que una resolución cause debe ser concreto, real y demostrado con pruebas, pues debemos recordar que, como hemos dicho más arriba, para la procedencia de la nulidad es necesaria la existencia del perjuicio.

Las resoluciones de un proceso fraudulento no pueden quedar investidas con autoridad de cosa juzgada y que las mismas no puedan ser objeto de revisión, ya que, sería contrario a la justicia hacer valer una resolución producto del fraude.

5.3 LEGITIMACION

Un punto importante es elucidar la legitimación tanto para promover la acción autónoma de nulidad como también determinar quiénes pueden ser llamados a contestarla, es decir, la capacidad procesal.

Legitimación es la capacidad que tienen los sujetos de derecho para promover la demanda de acción autónoma de nulidad y ser llamados a contestar a la misma.

La legitimación -como vemos- se desprende en: LEGITIMACION ACTIVA: Sólo los terceros que no tomaron intervención en el juicio pueden promover la acción autónoma de nulidad. Asimismo, podría ser el Ministerio Público, en cuanto el perjuicio ocasionado haya sido producto de no habersele llamado a tomar intervención en el proceso y al cual necesariamente aquella representación debía participar. Conviene aclarar que el ejemplo no es exhaustivo, pueden intervenir otros sujetos de derecho que inclusive podrían llegar a constituir **litisconsorcio activo**. Los que han sido litigantes en el juicio contra

15) Antonio Tellechea Solís, op. cit., pág. 201.

el cual se promueve acción autónoma de nulidad carecen de legitimación activa.

LEGITIMACION PASIVA: Los llamados a contestar y ser partes en la acción autónoma de nulidad son los que litigaron en el juicio contra el cual se promueve aquella. Los demandados, obviamente como defensa inicial, opondrán la excepción de cosa juzgada.

5.4 PROCESO

No es menos importante referirse al tipo de proceso aplicable para la tramitación de la acción autónoma de nulidad. La regla general establecida en el artículo 207 declara que no previéndose algún proceso especial, los juicios deben tramitarse de conformidad con las normas del proceso de conocimiento ordinario.

En el Código Procesal Civil no se ha previsto un proceso especial en cuanto a la tramitación de la acción autónoma de nulidad, por tanto, para la misma son aplicables las disposiciones referentes al proceso de conocimiento ordinario. Asimismo, justifica su aplicación la trascendencia que tiene la acción autónoma de nulidad, pues se entran a discutir cuestiones que han sido resueltas en otro juicio anterior.

5.5 PRESCRIPCION DE LA ACCION AUTONOMA DE NULIDAD

Referirnos al tiempo dentro del cual se debe promover la acción autónoma de nulidad es una cuestión que no está contemplada en el Código Procesal Civil.

Antonio Tellechea Solís expresa: “El derecho de promover la Acción Autónoma de Nulidad, se extingue, luego de transcurrido un año de haber alcanzado la sentencia la autoridad de la Cosa Juzgada”(16).

Por su parte, Jorge W. Peyrano, citado por Alberto Luis Maurino señala que el cómputo del plazo de prescripción “debe aplicarse íntegramente al art. 4030 del Cód. Civil”(17). El artículo 4030 del Código de Vélez tiene su concordancia con el artículo 663, incs. a) y g) del Código Civil Paraguayo.

16) Antonio Tellechea Solís, op. cit., pág. 208.

17) Alberto Luis Maurino, op. cit., pág. 302.

Al respecto dice el artículo 663 inc. a) del Código Civil: “*Se prescriben por dos años: a) las acciones para obtener la nulidad de los actos jurídicos por error, dolo, violencia, o intimidación... ; g) “la acción de simulación, absoluta o relativa, intentada por las partes o por terceros...”*”.

Resulta igualmente interesante citar otro inciso del artículo 663 del Código Civil: “*Se prescriben por dos años: b) la acción revocatoria de los acreedores en caso de fraude...”*”.

Es razonable el criterio de Peyrano -la prescripción bienal- pues la promoción de tales acciones tiene como causal el dolo o fraude. No obstante, es importante aclarar que la acción autónoma de nulidad tiene otras finalidades muy distintas a las distintas acciones que hemos mencionado. Por ejemplo, la acción de nulidad de acto jurídico por dolo, tiene por fin dejar sin efecto un acto que no ha sido realizado en un juicio; en cambio, la institución de estudio en el presente trabajo, tiene por objeto dejar sin efecto los perjuicios que acrean las resoluciones dictadas en un juicio.

5.6 COMPETENCIA

Hablar de competencia es referirse a la pregunta de quién debe ser el juez que deba entender y resolver lo planteado en la acción autónoma de nulidad. En este sentido opina Hernán Casco Pagano: “El juzgado competente será, por razones de conexidad, aquél en el cual radica el proceso cuya nulidad se pretenda. No obstante, la Sala Civil y Comercial de la Corte Suprema ha dispuesto, en los A.I. N° 1321 del 5 de octubre de 1998 y N° 1306 del 5 de octubre de 1999, que el juzgado de turno es el competente”(18). En cuanto a la conexidad el mismo autor expresa: “Conexidad significa la relación, ligamen, vínculo o nexo existente entre dos o más causas, lo cual determina que deban ser decididas por un mismo juez”(19). “La conexidad surge de la existencia de elementos comunes entre dos o más procesos”(20).

Jorge W. Peyrano también sostiene que el tribunal competente “Es el mismo tribunal que pronunció la sentencia cuya validez se intenta enervar”(21).

18) Hernán Casco Pagano, Código Procesal Civil Comentado y Concordado, 4ª Edición, Tomo I, Editorial La Ley Paraguaya S.A., Asunción, 2000, pág. 666.

19) Hernán Casco Pagano, Derecho Procesal Civil, pág. 238.

20) Hernán Casco Pagano, op. cit., pág. 240.

Por su parte, Antonio Tellechea Solís, en cuanto al juez competente expresa: “Consideramos, sin embargo, que el Juez competente para entender en esta clase de juicio excepcional, es el Juez de Turno; habida cuenta de que el mismo estará en mejores condiciones de actuar con absoluta equidistancia e imparcialidad. En efecto, el Juez que intervino en el juicio cuya nulidad se persigue mediante la Acción Autónoma, difícilmente podrá liberarse de la influencia de su propia actuación anterior. La misma autonomía de la acción, que le da acceso a un juicio absolutamente independiente, exige también la autonomía de la competencia, para garantía del objetivo de Justicia, que es cardinal en la justificación de esta acción”(22).

Nos adherimos a lo expresado por el Dr. Tellechea. Razones de confiabilidad dan fundamento para que no sea el mismo juez que dictó las resoluciones atacadas quien entienda y resuelva la acción autónoma de nulidad. Es prudente que el juez no revea la resolución dictada por él mismo; más aún cuando se sostiene que el juez colaboró, -soslayando los principios de independencia e imparcialidad- al proceso fraudulento.

5.7 EFECTOS

Es significativo hacer alusión a los efectos que conlleva en el caso de darse o no acogida a la acción autónoma de nulidad.

Si se da por el rechazo, es obvio que no surte ningún efecto; las resoluciones atacadas tienen plena validez y el actor debe cargar con las costas del juicio.

En el caso de darse acogida a la acción autónoma de nulidad, los términos de lo resuelto en la sentencia se dirigen sobre las resoluciones cuestionadas y dictadas en otro juicio; es notable señalar que la resolución que hace lugar a la acción autónoma de nulidad deja sin efecto resoluciones y no simples actuaciones de conformidad con lo que dispone el artículo 409 del Código Procesal Civil. Igualmente, la nulidad puede recaer sobre una resolución que afecte al juicio en todo o en parte. De esto se colige que la sentencia que hace lugar a la acción autónoma de nulidad, puede surtir efectos totales o parciales en un juicio. Obviamente el efecto total de la acción autónoma de nulidad se produce cuando se declara nula una resolución que decide sobre la suerte del

21) Alberto Luis Maurino, op. cit., pág. 302.

22) Antonio Tellechea Solís, La Ley Revista Jurídica Paraguaya, Año 21, Editorial La Ley Paraguaya S.A., Asunción, 1998, pág. 631.

juicio, en cambio, el efecto parcial de aquella se produce cuando no se decide sobre la suerte del juicio.

Traemos a colación un ejemplo que al darse acogida a la acción autónoma de nulidad, la misma sólo tuvo efectos parciales sobre el juicio: “En el presente caso, las actuaciones que están afectadas por el vicio de la indefensión, se refieren a la venta en Remate público del bien ganancial; venta que, como se dijera más arriba, debió realizarse con el conocimiento e intervención del cónyuge demandante; por ende, la invalidez que deriva de la misma será sólo parcial y referida a dichas actuaciones procesales”(23).

Asimismo, el siguiente ejemplo nos muestra los efectos totales que se producen con motivo de haberse dado acogida a la acción autónoma: “Que en consecuencia debe entenderse que la sentencia de interdicto tiene carácter definitivo y causa estado en cuanto a la posesión, sin perjuicio de las acciones petitorias. Es por ello que cuando se comprueba que el proceso ha sido llevado en indefensión de un tercero interesado, como en este caso, corresponde anular todo lo actuado, por la vía de la acción autónoma de nulidad”(24).



23) Tapel. Civ. y Com. Sala 2. Ac. y Sent. N° 199, 28/XII/2000. La Ley Revista Jurídica Paraguaya, Año 24, Editorial La Ley Paraguaya S.A., Asunción, 2001, pág. 184.

24) Tapel. Civ. y Com. Sala 1. Ac. y Sent. N° 93, 30/VIII/1996. La Ley Revista Jurídica Paraguaya, Año 22, Editorial La Ley Paraguaya S.A., Asunción, 1999, pág. 673.

LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA COMO PRINCIPIO DE INTERPRETACION DE LA LIBERTAD DE EXPRESION Y DE PRENSA

Por Miguel Antonio Laterza Zunini*

La libertad de pensamiento halla su complemento esencial en la libertad de expresión, que se manifiesta mediante diversos procedimientos empleados por el hombre: la tribuna, la cátedra, el púlpito, el estrado, el foro, el teatro, el libro, los periódicos, el cinematógrafo, la radio, la televisión. Todos ellos constituyen instrumentos materiales sin los cuales sería imposible verificar la existencia de la expresión del pensamiento.

En ese orden de ideas, así como la libertad de pensamiento necesita de la libertad de expresión, ésta última no podría subsistir sin la concurrencia de mecanismos que la consoliden. Ellos son los llamados *medios de comunicación social*, de los cuales una especie son los *medios técnicos de comunicación*, caracterizados por su complejidad y su preponderante función en la comunicación pública y abierta(1). La prensa se constituye en uno de esos medios, pues tiene como propósito la transmisión masiva de la palabra escrita u oral, de la imagen o el sonido(2).

*) Alumno del Sexto Curso, Turno Noche, Promoción 2002. Asistente de la Oficina de Admisibilidad, Sala Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia.

1) Badeni, Gregorio. “*Libertad de Prensa*”, Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1991, pág. 37.

2) Cfr. Badeni, *op. cit.*, pág. 41. El autor entiende que el concepto de prensa aglutina a todo medio de comunicación, sin tener en cuenta las diferencias técnicas. Discrepa por ello con la opinión de Germán Bidart Campos, quien lo restringe a los diarios y publicaciones periodísticas.

La doctrina de la real malicia (“*actual malice*”) es una creación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Ella se fundamenta en el papel que desempeña la prensa libre dentro de un sistema democrático constitucional, pues en un sistema autocrático la idea de prensa es inaceptable cuando sus manifestaciones son adversas a los valores inspiradores de la estructura gubernamental.

Es cierto que la libertad de prensa, al igual que las restantes libertades constitucionales, no reviste carácter absoluto: pero cuando esa libertad se manifiesta en una dimensión institucional o estratégica, es necesaria la aplicación de reglas especiales y diferentes para ponderar la responsabilidad jurídica consecuente.

Una de esas reglas es la doctrina de la real malicia, la cual tiene como principal virtud el asentar criterios objetivos tendientes a juzgar la responsabilidad vinculada al ejercicio de la libertad de prensa, distinguiendo los diversos supuestos según que ella se presente en una perspectiva individual, institucional o estratégica(3).

I. ETAPAS DE DESENVOLVIMIENTO DE LA DOCTRINA

II.- En los Estados Unidos, antes de 1964, la responsabilidad civil por daños emergentes de publicaciones difamatorias se dilucidaba mediante los postulados de la *Common Law*. La jurisprudencia de cada Estado los aplicaba de distinta manera.

Así, el régimen de las informaciones falsas y difamatorias se mantuvo por mucho tiempo fuera de la protección dispensada por la Enmienda I de la Constitución norteamericana(4), la cual justamente fue adoptada contra el uso excesivo que del instituto del *libelo sedicioso* se hacía en la aplicación de la *Common Law*; con el mismo se penaba la divulgación de material molesto e inoportuno para los poderes constituidos(5).

3) Badeni, Gregorio. “*Instituciones de Derecho Constitucional*”. Bs. As.: Ad-Hoc, 1997, págs. 417 y 418.

4) Vargas, Miguel. “*Posibilidad de sustentar la doctrina de la real malicia en el derecho paraguayo*”, artículo de la publicación “*Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Libertad de Expresión en Paraguay*”. San José, C. R.: IIDH, 2002, págs. 119 y 120.

5) Linares Quintana, Segundo V. “*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*”. Bs. As.: Plus Ultra, Tomo IV, 1978, pág. 494.

La génesis de la doctrina de la real malicia pone en evidencia su contenido esencialmente dinámico. Si bien la formulación de la doctrina fue hecha en el marco de un proceso civil, su aplicación fue extendida inmediatamente a las cuestiones penales.

Desde ese instante, los funcionarios públicos y las personalidades públicas deben demostrar que la información publicada en su contra fue difundida con *conocimiento de su falsedad* o con *temerario desinterés* por la verdad(6).

I.I.I.- **El primer caso: La Sentencia U. S. 254 (1964), “New York Times vs. Sullivan”**. El 29 de marzo de 1960, el diario *New York Times* publicó una solicitada en la cual diversos ciudadanos detallaban denuncias y formulaban cargos de terrorismo con motivo de actos de discriminación racial ejecutados por el Departamento de Policía de Montgomery, Alabama. El documento era atribuido al “Comité de Defensa de Martin Luther King y de la lucha por la libertad en el Sur” y enunciaba los nombres de los miembros del Comité.

Sullivan, un comisionado municipal encargado de la supervisión del Departamento de Policía, promovió una acción de difamación contra el *New York Times* y las personas nombradas en el anuncio.

Algunos hechos descritos en la solicitada eran inexactos y tal circunstancia se acreditó fehacientemente.

Con fundamento en la *Common Law*, el tribunal del Condado de Montgomery hizo lugar a la acción de difamación de Sullivan, condenando a cuatro de los autores de la solicitada y al diario *New York Times* al pago de una indemnización de 500.000 US\$. El fallo fue confirmado por la Suprema Corte de Alabama con base en los mismos principios, prescindiendo del sentido que cabía asignar en el caso a las disposiciones del derecho constitucional.

Por la vía del *certiorari*, el periódico recurrió ante la Suprema Corte de los Estados Unidos que, al revocar el pronunciamiento, formuló la célebre doctrina de la real malicia.

En el voto del juez **William J. Brennan**, que reflejó el criterio mayoritario de la Corte, se destacó que se revocaba el fallo porque las reglas de la *Common Law* aplicadas por el Tribunal de Alabama eran constitucionalmente

6) Fayt, Carlos. “*La Omnipotencia de la Prensa*”. Bs. As.: La Ley, 1994, pág. 399.

deficientes al no salvaguardar las libertades de prensa y de palabra protegidas por las enmiendas I y XIV, en una acción por difamación iniciada por un funcionario público contra quienes criticaron su desempeño como tal(7). El preopinante tomó en cuenta para la redacción de su voto el libro sobre la libertad de expresión publicado en 1948 por *Alexander Meiklejohn*, quien sostenía que si el individuo decide vivir en una sociedad autogobernada, el Gobierno debe abstenerse de interferir en la libre circulación de la discusión entre los ciudadanos(8).

Brennan sostuvo, entre otras cosas: *“Hace ya muchos años que nuestros fallos han decidido que la Enmienda I protege la libertad de expresión sobre cuestiones públicas. Hemos dicho que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo... Es un preciado privilegio americano poder expresar, aunque no siempre con buen gusto, las propias opiniones sobre todas las instituciones públicas, y ese privilegio debe acordarse no solo para los debates abstractos sino también frente a la defensa vigorosa de las ideas... La solicitada bajo análisis, como protesta y expresión de agravios referente a uno de los problemas principales del momento, parece quedar claramente incluido dentro de la protección constitucional. La cuestión es si pierde tal protección debido a la falsedad de algunas de sus afirmaciones sobre hechos y la pretendida difamación del demandante”*.

A continuación expresa el mismo magistrado: *“Ni el error de hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para privar de la protección constitucional a las críticas que se formulen a la conducta de los funcionarios públicos... Las garantías constitucionales requieren una norma federal que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta como tal a menos que pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de la verdad o falsedad”*.

En el mismo sentido, señala: *“La prerrogativa acordada a la crítica de la conducta de los funcionarios públicos es análoga a la protección concedida al funcionario público a quien un particular demanda por difamación... es tan deber suyo (del ciudadano) criticar, como deber del funcionario admi-*

7) Cfr. Badeni. *“Instituciones...”*, pág. 420.

8) Muñoz Machado, Santiago. *“Libertad de Prensa y procesos por difamación”*, Madrid: Ariel, 1987.

nistrar... Concluimos por ello que las Enmiendas I y XIV exigen tal privilegio”.

Finalmente, arguye: “Hay pruebas que demuestran que el Times publicó el aviso sin confrontar su actitud con las notas periodísticas de sus propios archivos. La mera existencia de dichas notas en los archivos no significa, por supuesto, que el Times conocía la falsedad de la solicitada... Consideramos que la prueba aportada en contra del Times justifica, como mucho, la conclusión de que el mismo fue negligente al no descubrir los errores y es, por ende, constitucionalmente insuficiente para demostrar la **temeridad** que requiere la imputación de real malicia”(9).

Siguiendo a Concepción Rodríguez, quien expone una opinión de R. A. Smolla, “A pesar de su relativa obscuridad, el caso Times es una de las más importantes decisiones de la centuria, por representar no sólo el punto de arranque para fundar toda la discusión del moderno derecho de libelo, sino la intersección de tres temas dominantes en la experiencia americana moderna; el poder de la justicia federal, el papel de la prensa como un agente de cambio social y la lenta y dolorosa lucha de los negros americanos por la igualdad legal y social”(10).

I.I.II.- Más adelante, en los casos “**Garrison vs. Louisiana**” y “**Ashton vs. Kentucky**”, la Suprema Corte descalificó la validez constitucional de leyes locales que, con motivo de la tipificación objetiva y subjetiva atribuida a las figuras penales, impedían aplicar la doctrina de la real malicia. Más tarde, en el caso “**St. Amant vs. Thompson**”, la Corte aclaró el concepto de *temeraria despreocupación* (*reckless disregard*), señalando que ella no se acredita mediante la prueba de cierta negligencia sino que el autor debió haber tenido conciencia sobre la falsedad de la publicación.

Cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos consagró la doctrina de la real malicia, una estricta interpretación de ella la circunscribió a casos en que se vertían expresiones inexactas sobre funcionarios públicos y con motivo del ejercicio de sus cargos. Fue necesario, entonces, precisar el concepto de funcionario público.

9) Cfr. Badeni. “Instituciones...”, pág. 421 al 425.

10) Concepción Rodríguez, José Luis. “Honor, intimidad e imagen”. Barcelona: Bosch, 1996, pág. 235.

I.I.III.- En “*Rosenblatt vs. Baer*”, el tribunal máximo establecía que: “*La definición de funcionario público abarca a todos aquellos que, revisando la jerarquía de empleados gubernamentales, tienen o aparentan tener ante el público una responsabilidad sustancial en la determinación o control de las conductas y actos que se tomen en los asuntos de gobierno*”. **No todos los empleados públicos son funcionarios públicos para la doctrina de la real malicia.**

Todo empleado público puede llegar a ser funcionario público cuando, en el caso concreto, dispone de un poder discrecional en materias de interés público y sin que importe si se trata o no de cargos electivos.

La aplicación de la regla de la real malicia fue objeto de una extensión analógica a quienes son o aspiran a ser candidatos a cargos públicos electivos. Tal es el caso “*Monitor Patriot Co. vs. Roy*”.

I. II.- En una segunda etapa, la regla fue extendida a los casos en que se suministraba información inexacta y agravante, no ya sobre funcionarios públicos sino sobre “*figuras públicas*”. Se dio en los casos “*Curtis Publishing Co. vs. Butts*” y “*Associates Press vs. Walker*”.

Se afirmó que muchos individuos que no son funcionarios públicos, están estrechamente relacionados con la decisión de importantes temas de interés público sin que exista base legal o razón lógica para establecer una distinción con los funcionarios públicos. Entonces, debían integrar también la categoría de *figuras públicas*, asimiladas a los funcionarios públicos, **todas aquellas personas que disfrutaban amplio prestigio, publicidad y fama en ciertas áreas cuando ellas eran objeto de debate e interés público en el caso concreto.** Eran consideradas de la misma forma aquellas personas que, sin poseer una fama generalizada, se involucran en una **controversia de relevante interés público**, pero adquiriendo la calidad de figura pública exclusivamente con respecto al tema objeto de dicha controversia.

I. III.- Quedaba pendiente de decisión la viabilidad de aquella respecto de particulares que no eran figuras públicas ni funcionarios públicos. En el caso “*Time vs. Hill*” la Corte consideró que correspondía verificar la medida en que los particulares se hallaban involucrados con temas de interés público, la forma en que se habían involucrado y si el ejercicio de la libertad de expresión se circunscribió al episodio que era el objeto de interés público.

La extensión de la regla de la real malicia a los simples particulares fue precisada en el caso “*Gertz vs. Well*”. Se decidió que los particulares que no son protagonistas de un hecho de relevancia social, pueden demandar una indemnización por los perjuicios que les ocasione la publicación de datos falsos siempre que sean difamatorios y se acredite su falsedad. Cuando se reclaman resarcimientos de daños se requiere su prueba, la falsedad de la publicación y la del comportamiento, al menos negligente, de quien ejerce la libertad de expresión. Pero si se pretende el resarcimiento o reclamo de daños punitivos, corresponde aplicar estrictamente las reglas configurativas de la real malicia.

II. ¿CUANDO ES APLICABLE LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA?

La Suprema Corte Norteamericana estableció que no cualquier manifestación de la libertad de prensa respecto de funcionarios públicos y figuras públicas quedaba sujeta a la regla de la real malicia. Es necesario, al menos, una mínima conexión con temas de índole institucional, o de relevante y justificado interés público. Pero también destacó que los términos agraviantes y decisivamente falsos debían poseer cierta cuota de credibilidad para el público.

En un caso concreto, como el del periodista que publica una entrevista, las alteraciones introducidas por el mismo en las expresiones vertidas por el entrevistado no determinan su responsabilidad jurídica si, en definitiva, no modifican el sentido con que fueron emitidas. Pero si modifican ese sentido con un efecto agravante para el entrevistado, es aplicable la doctrina de la real malicia **siempre y cuando el mismo sea una figura pública**(11).

III. REQUISITOS PARA SU APLICACION

Es necesario condicionar la real malicia a ciertos y determinados requisitos, con el propósito de objetivizar parámetros que permitan dilucidar la responsabilidad jurídica, tanto en materia civil como en materia penal, resultante del ejercicio de la libertad de prensa. Ellos son:

a) La prueba incuestionable - por parte del impugnante – respecto al carácter agravante o difamante de las manifestaciones y el daño infligido.

b) La prueba irrefutable de la falsedad de las expresiones formuladas.

11) Cfr. Badeni. “*Instituciones...*”, pág. 439.

c) La prueba fehaciente por el accionante sobre el dolo real o eventual en la conducta del emisor de las expresiones. Debe probarse, primeramente, el conocimiento de la falsedad de la información emitida o, por el contrario, la total despreocupación para verificar su certeza cuando existan elementos fácticos que hagan presumir la falta de veracidad en la noticia y estando el autor consciente de esa falsedad(12).

IV. FINALIDAD DE LA REGLA

La formulación de esta doctrina responde a un propósito de carácter eminentemente político: la solución jurídica que consolide la protección al ejercicio de la libertad de expresión y, en particular, a la libertad de prensa, sin las cuales es inconcebible el normal desenvolvimiento de un sistema democrático constitucional(13).

El principio esencial emanado de la Corte Norteamericana es aquel fundado en la *presunción de licitud* que protege a la prensa cuando cumple su función de transmitir e informar a la sociedad sobre asuntos de interés general(14).

La libertad de expresión es preponderante, pues la discusión pública democrática “debe carecer de impedimentos, ser robusta y ampliamente abierta”. Desde estas perspectivas, la sentencia reconoce la necesidad de que pueda criticarse duramente al Gobierno y sus funcionarios, para que verdaderamente esa libertad pueda tener el debido sentido en una sociedad democrática(15).

BIBLIOGRAFIA

Badeni, Gregorio. “*Instituciones de Derecho Constitucional*”. Bs. As.: Ad-Hoc, 1997.

Badeni, Gregorio. “*Libertad de Prensa*”, Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1991.

12) Badeni. “*Instituciones...*”, págs. 441 y 442.

13) Cfr. Badeni. “*Instituciones...*”, pág. 440.

14) Catucci, Silvina G. “*Libertad de Prensa. Calumnia e injurias*”. Bs. As.: Ediar, 1995, pág. 86.

15) Cfr. Concepción Rodríguez, *op. cit.*, pág. 238.

Catucci, Silvina G. “*Libertad de Prensa. Calumnia e injurias*”, Bs. As.: Ediar, 1995.

Concepción Rodríguez, José Luis. “*Honor, intimidad e imagen*”. Barcelona: Bosch, 1996.

Fayt, Carlos. “*La Omnipotencia de la Prensa*”. Bs. As.: La Ley, 1994.-

Kern, Eduardo. “*Los delitos de expresión*”. Bs. As.: Depalma, 1967.-

Linares Quintana, Segundo V. “*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*”. Bs. As.: Plus Ultra, Tomo IV, 1978.

Muñoz Machado, Santiago. “*Libertad de Prensa y procesos por difamación*”, Madrid: Ariel, 1987.

VV. AA. “*Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Libertad de Expresión en Paraguay*”. San José (C. R.): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2002.



EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO Y PROYECCIONES ACTUALES

ORÍGENES DEL ESTADO, EL ESTADO Y EL DERECHO, DESARROLLO, PROYECCIONES Y TRANSFORMACIÓN HACIA EL ESTADO DE DERECHO, IDEALIDAD Y REALIDAD DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Por César Antonio Garay*

INTRODUCCIÓN

Hablar del origen del Estado es, en cierto modo, ambiguo. Esto porque en primer lugar parece referirse a la formación o genética del Estado, en segundo porque las estructuras originarias del Estado tal cual lo conocemos modernamente, tenían un nombre diferente (polis, civitas) y tercero, porque la complejidad de la concepción del Estado fue paulatina y gradual recorriendo en sus etapas segmentos míticos, religiosos, metafísicos, sociológicos y políticos.

Lo cierto es que la univocidad del Estado pertenece a la época contemporánea en que con el choque de posiciones antitéticas, gana en proporción

*) Profesor de Derechos Humanos, 1ª Cátedra (Jefe de Cátedra) y Profesor Asistente de Técnica Jurídica, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Derecho Civil (Jefatura de Cátedra) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas. Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas; en ambas cátedras por oposición en Concurso de Títulos, Méritos y Aptitudes, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Ex -Director General de la Academia Diplomática y Consular.

(medida) y claridad; y pierde mucho en su ampulosidad semántica cargada de estigmas de ideologías en extinción.

Algo cierto se conoce: la teoría política es originaria de Grecia y el primer intento por sistematizar filosóficamente el Estado pertenece a Platón, quien tomando la antropología de Sócrates (la filosofía debía empezar por el problema del hombre) colige que lo que está escrito “en letra pequeña” dentro del alma individual sólo “se aclara y se comprende cuando puede leerse en letra grande de la vida política y social del hombre” (E. Cassirer 74: 1992).

Platón deberá enfrentar dos ideas del Estado (o de la polis) que predominaban en su tiempo. Una de ellas era la visión mítica que legaron los poetas – carente de medida y orden- y otra la del Estado-poder que equiparaba “la fuerza al derecho” (pleonaxia), propia de la sabiduría sofista, práctica y radical.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que si bien el Estado no es una forma primitiva de gobierno, se ha ido conformando como obedeciendo a un esquema básico, por la simple agregación de ciertas estructuras y roles, afines a su función.

Si las quisiéramos caracterizar sería de acuerdo al siguiente orden: 1) la expresión, en forma ritual y formal, de la unidad de la sociedad; 2) la existencia de una ideología en que la sociedad y el Estado se vean exaltados; 3) el mantenimiento de la paz interna de la comunidad; 4) la existencia de un poder centralizado y coactivo; 5) la concreción de una estratificación social; 6) la demarcación y protección de límites fronterizos; 7) la existencia de relaciones exteriores; etc. (L. Krader: 27: 1972).

Es importante anotar que los sociólogos señalan que la función primaria de todo grupo social es la integración, la regulación y la defensa del grupo, en tanto que el Estado -como formación secundaria- agrega el fomento y conservación de su propia existencia como un fin en sí mismo, signo que le otorga su peculiaridad.

Sobre el origen del Estado no hay que desatender la teoría de Franz Oppenheimer que considera que su punto inicial deviene de la conquista: “El Estado encuentra su nacimiento en la guerra. El Estado es, enteramente en cuanto a su origen, y casi enteramente en cuanto a su naturaleza durante los primeros estadios de su existencia, una organización social impuesta por un grupo vencedor a un grupo vencido, organización cuyo único fin es el de regla-

mentar la dominación del primero sobre el segundo defendiendo su autoridad contra revueltas interiores y ataque exterior” (Cfr. Franz Oppenheimer *L’Etat*, citado por A. Serra Rojas, *Ciencia Política*, p. 62, Ed. Porrúa, Méjico, 1985).

F. Ratzel y L. Gumplowicz, a su vez, se inclinaron por la teoría de que el Estado se originaba por procesos externos de migración y conquista.

Modernamente Richard Thurnwald ha realizado una revisión de estas concepciones incorporando críticas que han servido notablemente para decantar muchas apreciaciones carentes de rigor científico.

A lo ya dicho sobre la pluralidad de enfoques, de que es pasible el tema, hay que agregarle otro sesgo: la naturaleza de la disciplina que lo define, caracteriza o estudia.

Desde el punto de vista filosófico, Hegel ha construido la teoría más densa y discutida sobre el Estado. El filósofo idealista alemán ha creído ver en el Estado “la realidad de la idea moral” o “la sustancia ética consciente de sí misma” o “la manifestación visible del Espíritu objetivo”. Inmerso Hegel en su dialéctica, ve en el Estado la conciliación de la contradicción entre familia y sociedad (P. Bonavides: 51: 1992).

La acepción jurídica que emitió Inmanuel Kant siempre fue considerada muy laxa e incluso vaga o imprecisa. Al afirmar que jurídicamente el Estado “era la reunión de una multitud de hombres sujetos a las leyes del Derecho”, dejaba margen para muchas críticas tales como las que hizo Del Vecchio, quien manifestó, que bajo la caracterización kantiana, bien podían ser consideradas como tales entidades tan dispares como un municipio, una provincia y hasta una penitenciaría.

Del Vecchio pensó que el Estado “era un orden jurídico en el cual se realiza la comunidad de vida de un pueblo”. Del Vecchio establece, jurídicamente hablando, la separación existente entre la sociedad y el Estado, observando que la ligazón cohesiva en éste resulta de lazos, principalmente jurídicos o políticos. En tanto que el entramado social o de la sociedad civil incluye una pluralidad de vínculos.

Jurídico es también el concepto que Burdeau ofrece del Estado. Para el politólogo francés, el Estado “es el resultado de una organización jurídica denominada institucionalización del poder”.

Por ello, su comentarista Jean-Yves Calvez habla de que ocurre una generalizada sujeción al poder del Derecho, produciéndose de tal modo cierta y necesaria “despersonalización del poder”.

Los autores que han pensado el Estado desde el ángulo sociológico son muchos y han tenido gran preponderancia y vigencia en el final del siglo XIX, y sus ideas se han mantenido con vigor hasta dos décadas antes del final del siglo XX.

Oppenheimer -como ya hemos visto- subrayó la violencia social que ha signado siempre la existencia del Estado. Su fórmula era la siguiente: por su forma el Estado es coacción; por su contenido es explotación económica.

Duguit no estaba muy lejos de las ideas de Oppenheimer, ya que el Estado era para él una colectividad que se caracterizaba por una permanente y duradera diferenciación entre fuertes y débiles, donde los fuertes “monopolizan la fuerza de un modo concentrado y organizado” (Duguit: 615/9: 1901).

En su Manual de Derecho Constitucional da una definición más completa del Estado por los elementos que introduce: “Grupo humano fijado a un territorio, donde los más fuertes imponen a los más débiles su voluntad” (Duguit: 14/5: 1923).

Rudolf von Ihering explicó el Estado desde el aspecto coercitivo. Es breve y famosa su definición: “Organización social del poder coercitivo” u “organización social de la coerción”.

Marx y Engels hacen referencia al Estado como un fenómeno histórico transitorio que aparece como epifenómeno de la lucha de clase propia de la sociedad, por lo menos, desde que la propiedad colectiva de los medios de producción, pasó a manos individuales o privadas.

El más científico de los sociólogos del presente siglo, Max Weber, pensaba que lo que definía el Estado moderno era la fuerza. Desde luego, Weber sostenía que todas “las formaciones políticas son formaciones de fuerza” y tenía clara idea que si bien la violencia no es el único y normal instrumento del Estado es sí aquél que le es específico.

Los pensadores cristianos tuvieron su modelo de Estado. La *Civitas Dei* de San Agustín busca cristianizar el modelo de la República Ideal platónica.

La vieja idea platónica del Estado Ideal, dada por su fin esencial y primero de ser la institución encargada de la impartición de la justicia, caló hondo en el pensamiento medieval. “Todos los pensadores medievales la aceptaron” -dice Cassirer-agregando que “los primeros padres de la Iglesia, los teólogos y los filósofos, los tratadistas del derecho romano y los escritores políticos, los estudiosos del derecho civil y canónico, todos coincidieron en este punto” (Cassirer: 116: 1992).

Cicerón -traductor de Platón- en cuyos textos leyó al pensador griego San Agustín, destacaba en La República que la justicia era el fundamento de la sociedad y del derecho. Y que *donde no hubiera justicia toda comunidad era imposible*.

Pero había una diferencia entre la justicia del filósofo griego y la del pensador cristiano. La justicia griega era una justicia sin legislador. Era la justicia “paradigmática” propia del Estado Ideal. La justicia agustiniana venía de la voluntad de un legislador supremo: que era Dios. Mientras que en una influía el intelectualismo propio del pensamiento y la cultura griegos, en la otra gravitaba el voluntarismo del pensamiento monoteísta de la religión judía.

Empero, no sólo el pensamiento platónico moldeó la idea del Estado medieval. Los estoicos -que propugnaban la igualdad natural de todos los hombres- encontraron en el pensamiento cristiano y su fundamento en la gracia de la revelación, campo propicio para sustentar su doctrina puesto que en él se admitía que Dios había creado a los hombres iguales. Y es más: el estoicismo y el cristianismo eran las dos únicas doctrinas éticas que no admitían la esclavitud.

Estas teorías del Estado nada tenían de seculares. En el peor de los casos el *legibus solutus*, implicaba libertad de toda coacción legal pero no falta de sujeción moral o religiosa o a las leyes naturales.

Maquiavelo es el primero que al describir los nuevos principados, hace notar que la moral es accesoria a la conformación fundamental del Estado. Maquiavelo pensaba que el Estado, no tiene otra norma ética que la que el mismo establece.

La moral y la religión son significativas -dice el pensador florentino- cuando sirven para el control social que debe ejercer el Estado. Si la religión o la moral sólo sirven para debilitar al Estado, deben ser soslayadas.

Maquiavelo tenía la convicción de la ínsita depravación de los hombres, la que para él *no podían curar las leyes sino la fuerza*.

También se ocupó de separar la teoría del Estado de la moral y de la religión, dando las precisas instrucciones para la conformación del Estado moderno secular.

Cuando llega el siglo XVII, el racionalismo toma no sólo la dirección científica de las disciplinas naturales o filosóficas, sino alcanza a la teoría política. Descartes y Galileo -fundamentan la revolución copernicana- el primero, estableciendo la duda metódica como origen del pensar y el segundo, proclamando la naturaleza matemática del mundo físico-natural. El razonamiento analítico, la matematización del intelecto, harán que la metafísica se anteponga a la teología.

Spinoza intentará una ética basada en el método geométrico, en tanto que Leibniz buscará por medio de las matemáticas la expresión de los problemas políticos concretos. Su discípulo Wolff tratará incluso de fundamentar matemáticamente el derecho natural.

Empero, es en la política donde causará su impacto social más significativo, tal vez, precisamente por ser ésta, el orden en el cual se desarrollan las conductas y los comportamientos.

La figura de Hugo Grocio (1583-1645) en la introducción de su obra *De iure belli ac pacis* (1625) cobra perfiles propios porque rescata el principio estoico de que la razón humana es autárquica, es decir, autónoma y suficiente. A tal extremo llega su fe que cree *-per impossibile-* que si Dios no existiera, la ley natural sería invulnerable en tanto fundamente los derechos esenciales del hombre.

Sin embargo, la presencia de Bodín y de Hobbes tendrá aún mayor importancia. Jean Bodín aportará la idea de la soberanía sin la cual fuera imposible concebir el nacimiento del Estado-nación. Cuando en 1576 define la soberanía como “el poder absoluto y perpetuo de una república” (Loñ: 123: 1987), estaba indirectamente teorizando sobre la existencia del Estado-nación de base territorial.

La contribución de Hobbes en cambio se referirá a la doctrina del Estado contractual. Hobbes piensa que cada individuo enfrenta un atroz dilema: se

precipita en la guerra de todos contra todos -temor a la muerte- o adopta un estado de sumisión en el cual como gobernado conviene en crear un poder superior e irresistible que ponga orden entre los individuos.

Durante el *estado de naturaleza* los hombres actúan instintivamente sin conceptos morales, ni siquiera del bien ni del mal. “El bien y el mal tendrán sentido sólo una vez que el estado de naturaleza haya sido superado, sólo cuando hayan sido promulgadas por la fuerza pública las leyes que definen estas nociones”, dice el sociólogo y politólogo francés Pierre Manent (Manent: 64: 1990).

Hay un origen claro del poder absoluto que parte de la decisión de ciudadanos libres. No interesa el comienzo histórico del Estado sino su inicio intelectual, O como dice Cassirer “el problema es analítico, no histórico”. El origen es rastreado en sentido *lógico* y no *cronológico*. Es que el conocimiento que busca el siglo XVII es eminentemente causal y genético. Así debe entenderse la expresión de Hobbes: *UBI GENERATIO NULLA, ... IBI NULLA PHILOSOPHIA INTELLIGITUR* (donde no hay generación, no hay verdadero conocimiento filosófico).

Pero el absolutismo de Bodín y de Hobbes no debe confundirse con el totalitarismo. Esto porque el individuo no desaparece en ningún momento, por un lado, y también por el hecho, que ya referimos, que el *ab-solutus* está liberado de trabas político-legales, pero no de las inmutables leyes de Dios y la naturaleza.

El hombre renuncia a ejercer el poder contra su semejante, empero ello no indica que renuncie a su personalidad. La contractualidad por tanto no supone un *pactum subjectionis* que implique renuncia a sus demás derechos y una adscripción voluntaria a la esclavitud.

Hay que hacer notar, no obstante, una valiosa observación que hace Norberto Bobbio a este respecto. Dice el pensador italiano: “Por lo que hace a las leyes naturales y divinas, no es que Hobbes niegue la existencia de éstas, pero afirma (correctamente) que ellas no son como las leyes positivas; y no lo son porque no se pueden hacer valer con la fuerza de un poder común. Así pues, no son obligatorias exteriormente, sino sólo lo son interiormente, es decir, en conciencia. Dicho de otro modo: el vínculo que une a los súbditos con las leyes positivas, sea las leyes promulgadas por el soberano, no tiene la misma naturaleza que el lazo que relaciona al soberano con las leyes naturales, es

decir, con las dictadas por Dios. Si el súbdito no observa las leyes positivas puede ser constreñido por la fuerza del poder soberano; si el soberano no respeta las leyes naturales, nadie puede obligarlo y castigarlo (por lo menos en este mundo)” (Bobbio 95/6: 1991).

Para Locke el estado de naturaleza también existe como infancia de la humanidad o de la sociedad. Lo más natural -dice Manent- “en la natural condition of mankind no es el individuo independiente sino que es la guerra contra todos que da nacimiento al individuo” (Manent: 98: 1990).

Tanto Locke y Hobbes conceptúan que lo que domina al hombre es su deseo de conservación. Pero su amenaza inmediata no es la muerte sino el hambre. Hobbes había escrito que los orígenes de la guerra se bifurcaban en dos motivaciones principales: 1) la rivalidad por la posesión de bienes; y 2) el deseo de poder, prestigio y reputación que son correlativos.

Piensa Locke que el hombre que se somete al contrato prefiere la seguridad al poder. El hombre originario del filósofo inglés busca conservarse mediante su alimentación. Procura alimento y los come. Le asiste el derecho de comer los frutos que encuentra para no morir de hambre. Su derecho es pues independiente del consentimiento de todo o cualquier individuo. Como que la relación con la naturaleza se define en términos de trabajo, la propiedad entra en el mundo mediante el trabajo. Por tanto, el trabajo legitima la propiedad. Es el hombre lockeano no un animal político sino un animal propietario y trabajador.

Locke razona que el derecho original de cada individuo está por su esencia más allá o más acá que cualquier discurso político. Por ello, al establecer el contrato social no pacta con un poder discrecional. Antes se deben establecer las leyes -previamente convenidas- que definan y expresen con claridad los derechos de cada cual.

Estas leyes deben ser universales -nadie puede quedar exento de ellas ni aun el soberano- y no opresivas, por lo que se hace necesario que cada individuo haya contribuido a elaborarlas o a promulgarías, ya sea por si mismo o por sus representantes.

Por eso para Locke salir del estado de naturaleza es formar la sociedad civil. La institución política tiene la finalidad de evitar los desórdenes de aquél. Empero, es necesario para ello la creación de un poder supremo que tenga

potestad para exigir obediencia a los demás pero que al mismo tiempo esté auto restringido por las propias leyes que dicta, que necesariamente deben ser limitativas del propio poder.

A propósito -dice Mariano Grondona- que “el hombre cede solo parcialmente su propiedad, para que la ley la reglamente no para que la viole. El Estado declara que los derechos del hombre existen, no los crea. Debe reglamentarlos para agruparlos sin caer -como tantas veces ocurre- en la negación de ellos. La capacidad de definir la ley natural sin alterarla, el ciudadano la ha cedido al gobierno. Pero el segundo poder que él tenía (castigar a quien violara sus derechos) lo cede totalmente. El hombre se desarma y ya no puede castigar” (M. Grondona: 22/3: 1989).

De todo cuanto expusimos se colige que con el contractualismo, el origen del Estado deja de ser místico. Ni proviene de Dios sea a través de la Iglesia o sea a través del rey. Por ello la figura de Locke es singular en este recuento ya que con él se humaniza la idea del poder; se hace secular y moderna.

Ya en el siglo de las luces, aparecerá el último gran contractualista: Juan Jacobo Rousseau que en su Contrato Social atacará fundamentalmente el absolutismo y la desigualdad como realidad moral, política y social.

Rousseau (1712-1788) es un autor complejo y contradictorio. Gaetano Mosca atribuye esta aparente confusión a la falta de perspectiva con que ha sido estudiada su obra.

Su Origen de la desigualdad entre los hombres data de 1753, en tanto que el Contrato Social es de 1762. En la primera de las obras se ocupa del estado de naturaleza, reiterando su tesis anterior expuesta en 1749 (Concurso sobre: Si el progreso de las artes y las ciencias había hecho mejores y más felices a los hombres) donde afirma que “los hombres nacen buenos y que la sociedad los vuelve malos”. Ahora agrega que la soledad permitía a los hombres naturalmente buenos y piadosos ante el sufrimiento de sus semejantes, que se mantengan, gracias a ello, inmunes a las pasiones salvajes.

El paso a la sociedad políticamente organizada fue lento, en cuyo transcurso el carácter del hombre se fue degenerando gradualmente. El nacimiento de la propiedad privada -consecuencia del cultivo de la tierra- creó la sociedad civil.

“El primero (escribe) que habiendo cercado un terreno osó decir esto es mío, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”. Luego habla de lo que significó la acumulación de capital y las complejidades de su resguardo. El rico “solo contra muchos” concibió el atrevido proyecto “de hacer de sus adversarios sus defensores” (Mosca: 185: 1984).

Este régimen se fue intrincando y extendiendo dando origen a la organización social y jurídica. Por ello, hacia el final de la obra concluye Rousseau: “Este fue, o debió ser, el origen de la sociedad y de las leyes, que dieron nuevas cadenas al débil y nuevas fuerzas al rico, que destruyeron para siempre la libertad natural y que establecieron para siempre la desigualdad humana”.

En el Contrato Social se está ya frente a la existencia del Estado. Los hombres ya no pueden volver a la vida salvaje y por tanto pactan las condiciones de convivencia. La fórmula rousseauiana es la siguiente: En el estado de naturaleza cada individuo ejercía sus derechos soberanos sobre sí mismo. Ahora cederá ese derecho a la colectividad pues de tal manera participará en la formación de la voluntad general, o voluntad del Estado, la que en más velará organizadamente por los intereses de los asociados. El interés de la mayoría es en todo momento superior al de la minoría, por ello a la voluntad general le asiste siempre la razón. Poco se habla de los derechos de los individuos frente a la omnipotencia de esa abstracción que significa la soberana voluntad mayoritaria. Aquí estaría el fundamento de la soberanía popular que no es otra cosa que la expresión de la voluntad mayoritaria.

El siglo XVIII o de la ilustración aportará un enorme caudal crítico a la teoría del Estado. Pero sus intelectuales no propondrán nuevos sistemas ni construirán nuevos modelos.

Los enciclopedistas criticaron el absolutismo, los privilegios del antiguo régimen, a la nobleza decadente, a las canonjías y dispendios de jerarcas de la Iglesia, a la falta de libertad de expresión, etc. Empero, ni Voltaire, ni Diderot, D'Alembert y otros esbozan sistema de gobierno alguno, ni teoría del Estado de ninguna clase. “No se puede negar que esa influencia fue grandísima, aunque en sentido negativo, pues trató de destruir las bases morales e intelectuales de los regímenes y las instituciones de entonces” (Mosca: 169: 1984).

Aparte de Rousseau, será Montesquieu (1689-1755) quien en el siglo XVIII contribuya con algo consistente en materia de teoría. En efecto, la publicación del *Espíritu de las Leyes* (1748), trae su famosa Concepción de la

división de los poderes del Estado. Su idea de que limitando el poder al poder hará posible un gobierno equilibrado y apto para la libertad, resultó fecunda.

Para Montesquieu el poder debía separar sus funciones para acceder al mutuo control. El Poder Legislativo se encargaría de las leyes; el Ejecutivo de la aplicación en los casos generales; y el Judicial que las aplica en los casos particulares.

Hay que destacar que fue durante el transcurso del siglo XVIII, que huyó de los grandes sistemas metafísicos pero que se aproximó mucho a la realidad, cuando vieron la luz textos fundamentales del derecho político como: la Declaración de Derechos Americanos y, en especial, la Declaración de Derechos del Estado de Virginia, en los que según Jellinek se inspiró la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, criterio para nosotros parcialmente cierto.

Admirador de la Revolución Francesa y contractualista de extraordinaria densidad doctrinaria fue Immanuel Kant (1724-1804). El filósofo alemán será el primero en apuntalar desde el ángulo de la Filosofía del Derecho las bases justamente del Estado de Derecho.

Escribió Kant al respecto: “El acto por medio del cual el pueblo mismo se constituye en un Estado, o más bien, la simple idea de este acto, que es la única que permite concebir la legitimidad del mismo, es el contrato originario, según el cual todos (omnes et singuli) en el pueblo deponen su libertad exterior, para recobrarla inmediatamente después como miembros de un cuerpo común, esto es, como miembros en cuanto Estado. No se puede decir, por tanto, que en el Estado el hombre haya sacrificado en aras de un fin determinado una parte de su libertad exterior innata en él, sino más bien que ha abandonado la libertad salvaje y desenfrenada para recobrar nuevamente su libertad, en general no disminuida, en una dependencia legal, vale decir, en un Estado jurídico, porque esta dependencia surge de su propia voluntad legisladora” (citado por O. Paciello, *Opus: Nullum crimen sine lege*, p. 7).

La racionalidad y los derechos naturales culminan en el esfuerzo kantiano. Vendrá pronto la rebelión (re-bellare; de bellum, lat., guerra) romántica en que tendrá su apogeo la escuela histórica de Savigny.

Después de Kant, las corrientes filosóficas se habrán de bifurcar: por un lado, se construirá una metafísica idealista en base al racionalismo criticista,

por otro, comenzará el pensamiento antimetafísico que muchos llaman el historicismo romántico.

La primera corriente tendrá como exponentes a L. A. Fichte (1762-1814), a Federico Schelling (1755-1854) y a Guillermo Hegel (1770-1831), cuyo rasgo común es edificar una metafísica del Estado. Fichte es considerado un nacionalista metafísico, religioso y místico con una confusa idea política del Estado (se trataba de un filósofo y no de un teórico político), aunque tenía claro que éste debía ser autárquico y contractual, y que en él deberían estar enlazadas la racionalidad y la moralidad. Ello permitiría la indisoluble unión del derecho, la moral, la religión, lo humano y lo divino. Schelling explicaba la aparición del Estado por “la vía histórico natural y como un organismo absoluto” (Vigo (h): 135: 1984). Hegel formulará la divinización del Estado al definirlo como la voluntad divina, en el sentido de que es el Espíritu presente en la tierra, que se despliega para convertirse en la forma y organización real del mundo.

El historicismo romántico -fuertemente ligado a la Escuela histórica del Derecho-tiene su máximo exponente en F.C. von Savigny (1779-1861). En la formulación de la teoría del espíritu del pueblo (*volksgeist*) han influido Savigny y los hermanos Grimm, y acota I. Berlín que hay que tenerlo como precursor del nacionalismo que nace con ellos a J.G. Herder (1744-1803) discípulo de Kant. Completan la corriente Gustavo Hugo (1764-1844) y J.F. Puchta (1797-1846).

¿Qué Estado pretendían? Quien mejor lo conceptualizó fue Savigny al decir: “El Estado es el cuerpo de la comunidad espiritual del Pueblo ... la producción del Estado es una clase de producción del Derecho ... “. Con Puchta será patente la crisis de la metafísica jurídica y el resurgimiento de la lógica jurídica.

Para comprender acabadamente el significado del *Volksgeist* hay que homologarlo a lo que Rousseau llamó la voluntad general. En efecto, el espíritu del pueblo, en realidad, no constituye un conjunto de voluntades individuales sino que representa un nexo orgánico y racionalmente insondable pues es punto de encuentro y de convergencia de fuerzas esencialmente irracionales. Es, por tanto, “el principio creativo unitario de las múltiples manifestaciones de la existencia de cada pueblo”. Sus instituciones políticas y sociales, así como sus valores corresponden a cada pueblo y por su individualidad e irreductibilidad no tienen validez absoluta ni universal (Sergio Pistone: 776: I: 1985).

Todos estos ingredientes -idealismo metafísico, historicismo, panlogismo, sumados al método dialéctico introducido por Hegel- serían las bases de las grandes utopías del siglo XIX.

Mosca ha consignado, sobre el particular, que “no siempre existe coincidencia perfecta entre el siglo entendido en sentido estrictamente cronológico y el siglo considerado como período cultural” (Ib.).

Es así que se considera, por lo general, que el siglo XVIII termina en 1789 y que el siglo XIX comienza en 1815 y finaliza en 1914. Entre ellos hay hiatos donde campea el silencio, estado aparente en que se incuban nuevas ideas que luego harán eclosión.

En 1796 Destutt de Tracy crea el término ideología como rótulo de una disciplina que pretende el análisis de las ideas y de las sensaciones. Junto a otros ideólogos reunidos en Institut de France concibió un proyecto capaz de luchar contra la ignorancia, la superstición, los ídolos y los prejuicios, lo cual contribuiría a afirmar el reinado de la razón, atacando raigalmente el obscurantismo y el absolutismo religiosos.

La reforma de la sociedad estará ligada a las ideas positivas y a las del discurso colectivista. El conde de Saint-Simon (1760-1825) reclamaba que “las abstracciones cedan paso, por fin, a las ideas positivas”, porque entendía que “la ciencia de las sociedades tiene desde ahora un principio: Por fin llega a ser una ciencia positiva”. Como Fourier y Proudhon, Saint-Simon muestra gran interés en la transformación económica de la sociedad sin prever mayores implicancias en lo que atañe a la reforma de la democracia política. Creía el noble francés que en toda sociedad organizada había dos poderes: uno de ellos tenía a su cargo la dirección intelectual y moral; y el otro, la dirección material. En el siglo XIX de lo primero, se encargaban los hombres de ciencia, y de lo segundo, los grandes industriales.

C. Fourier (1772-1837) fue un pensador relativamente extravagante, en particular a la hora de emitir profecías (J. Touchard: 431: 1979) pero que gravitó por su crítica del sistema capitalista y su original concepción de las organizaciones productivas que llamó falansterios, utopía de corte solidarista que nunca pasó del papel.

P. J. Proudhon (1809-1865) atacó el derecho de propiedad y -aunque contradictorio- amó a la clase obrera, apostrofó contra el Estado y soñó con el federalismo y el anarquismo.

Entre los escritores que consideraron la necesidad de la reforma política de la sociedad como inseparable de las que debían operarse en el orden social y económico, figuran Esteban Cabet, Buchez, P. Leroux, Luis Blanc y Blanqui.

Se atribuye a Leroux haber acuñado el término socialismo que tanta trascendencia habría de tener en la historia de las ideas políticas.

Luis Blanc (1811-1882) inspiró temor a sus contemporáneos burgueses pero no pasaba de ser un demócrata reformista.

Cabet (1788-1856) comunista utópico. Expatriado en Inglaterra e influido por sus lecturas de Tomás Moro y las obras de Morelly, publicó su famoso libro *Viaje a Icaria* (1842). En dicho país ideal, todos los habitantes trabajan por cuenta del Estado, quien a su vez, subviene las necesidades de ellos. Icaria tiene una organización democrática y rige el sufragio universal. La religión que imperaba en el citado país era el deísmo que -como sabemos- propugna la existencia de Dios como creador de la naturaleza sin admitir revelación ni culto externo.

Buchez (1796-1865) preconizó un socialismo cristiano. Buscó toda su vida una síntesis entre el cristianismo, el socialismo y las ideas revolucionarias.

P. Leroux (1797-1871) anheló crear la religión de la humanidad. Su gran tarea fue enlazar el socialismo y los postulados de la revolución francesa. Pensaba, además Leroux que la democracia era una religión, y que la lucha del proletariado contra la burguesía era la que enfrentaba a los que tenían medios de producción contra aquéllos que no lo tenían.

L.A. Blanqui (1805-1881) fue llamado teórico de la insurrección permanente. Fue un intelectual combativo que luchó contra todos los gobiernos de su época, yendo no pocas veces a la cárcel. Estimaba que la moralidad era el fundamento de la sociedad. Influido profundamente por las ideas del siglo XVII creyó ardientemente en el progreso y en la educación considerando al hombre animal social y perfectible.

En la línea de Buchez hay que recordar -muy de paso- a Lammenais y a Lacordaire, así como al vizconde de Montalembert. Abogaron por la separación de la Iglesia del Estado, el sufragio universal y la libertad de enseñanza.

Por aquella época toma contacto con los revolucionarios de París, M. Bakunin (1814-1876) cuyos virulentos escritos propugnaban la revolución universal, el ateísmo y la extinción de toda autoridad.

Todos estos reformadores formulaban programas muy diversos, empero tenían un denominador común: la posibilidad de la cercana y realizable reforma completa de las instituciones políticas, el advenimiento del imperio de la justicia absoluta y de la más completa igualdad.

Dos autores importantes que escriben en esta mitad primera del siglo XIX son Alexis de Tocqueville (1805-1859) y Augusto Comte (1798-1857), uno como apologista de la democracia y otro como reformador de las ciencias y fundador de la sociología, que a la larga tendría su influencia decisiva para las formulaciones teóricas de la política. Entre 1835 y 1840 publica su famosa obra *De la democracia en América*, en la que pone de relieve las instituciones americanas exaltando la tendencia hacia la igualdad y las bondades inapelables del sufragio universal. Comte (fue secretario de Saint-Simon) heredó y perfeccionó las intuiciones del positivismo saintsimonista sin reconocer su deuda intelectual con el maestro de su juventud. Acuciado por el racionalismo en boga, trató de adelantarse en el progreso de las ciencias para lo cual publicó primero su *Sistema de Política Positiva* (1822) y luego su *Curso de Filosofía Positiva* (1839-1842) donde ensaya una historia científica de la humanidad.

Lo positivo se identificaba con lo racional, que señalaba una jerarquía evolutiva del pensar y del saber. Políticamente Comte fue contrario al sistema democrático, creyendo que la delegación de poderes soberanos por medio del sufragio era un acto revolucionario que convendría evitar. Hizo culto de lo que llamó sacerdocio científico y del industrialismo a quien suponía sustituto legítimo del militarismo.

En la Alemania del siglo XIX, al margen de socialistas ametódicos o líricos como Weitling, Carlo Marlo (Winkelblech) y Rodbertus, aparecen Lasalle y Marx que harían historia, especialmente el segundo.

Ferdinand Lasalle (1825-1864), israelita, egresado en filosofía y letras. Se inició con una tesis sobre Heráclito el Oscuro, donde brilló por su sapiencia filológica y filosófica. Escribió un drama histórico sobre la necesidad de un imperio alemán unificado -que le sirvió de fondo a la obra- pero la publicación que consolidó su fama fue *Sistema de los derechos adquiridos* (1861) en la que repite la teoría de Savigny sobre la vida propia del derecho y considera

imperioso que el derecho de propiedad sea disciplinado con arreglo a las necesidades de la sociedad. Fue partidario de un parlamentarismo activo que chocó con las ideas de Bismarck, quien trató siempre de reducir los poderes del cuerpo electivo. En su Programa obrero (1863) propició el sufragio universal, la organización de los obreros en cooperativas de producción subvencionadas por el Estado, con lo que se pronunciaba sobre el intervencionismo estatal en las relaciones económicas entre el capital y el trabajo. Lasalle fue, por sobre todo, un agitador de ideas que no eligió adversarios ni midió las consecuencias de sus luchas. Fundó el primer partido obrero germano.

Carlos Marx (1818-1883) hebreo como el anterior, fue el fundador del llamado socialismo científico. Amigo de Proudhon, se enfrentó con él cuando éste publicó su Filosofía de la miseria donde el escritor francés hacía gala de un mal asimilado hegelianismo. Marx le replicó severamente con su ensayo Miseria de la Filosofía, mostrando las flaquezas intelectuales del contendor. En 1848 publica su Manifiesto Comunista, que marca un hito en la historia del pensamiento político-económico. Marx se ocupaba en especial en dicho estudio de las relaciones del capital y el trabajo, que según su óptica no eran arbitrarias sino derivadas de los instrumentos y métodos de producción. También apuntaba Marx que los factores económicos determinaban las superestructuras como la trama social, jurídica, política y religiosa de la sociedad.

En 1867, Marx da a estampa *El capital* donde sostiene tesis económicas, sociológicas y de interpretación de la historia universal. Anterior a aquella es su *Crítica de la economía política* (1859) en la que se inicia la exposición metódica del materialismo histórico, en cuyo perfeccionamiento trabajará toda su vida.

Habla Marx sobre el origen del capital, la teoría del mehwert (o plusvalor), haciendo hincapié en la explotación del proletariado. Piensa Marx que el régimen capitalista es transitorio. Este sistema dará paso al régimen comunista al que se llegará cuando el Estado monopolice los capitales y los medios de producción. Incluso, una vez cumplido este fin, al advenir la igualdad económica total, el Estado desaparecerá, pues será ya un instrumento coactivo innecesario.

Hay que señalar que Marx escogió el método dialéctico hegeliano para el desarrollo de su filosofía, sólo que excluyó del sistema todo contenido idealista. Marx era un materialista que había recibido influencia de Ludwig Feuerbach (1804-1872) sobre quien escribió una tesis en su primera época. Para

Marx la teoría hegeliana era insostenible pues no se podía afirmar que todo lo racional era real y todo lo real era racional, puesto que la miseria era real pero no racional.

Pensador importante por el alcance de su obra en su momento histórico fue Jorge Sorel (1847-1922) quien escribió Reflexiones sobre la violencia (1907) donde plantea la necesidad de una rebelión violenta para la implantación del sistema colectivista. Enemigo de los socialistas reformistas con quienes polemizó acerbamente, Sorel era adverso a que las clases populares accedan al Parlamento dado que consideraba las conquistas pacíficas como meros lenitivos para las clases necesitadas que a la postre adormecían sus impulsos revolucionarios.

Continuará...



Calendario Académico

CALENDARIO ACADEMICO AÑO 2002

01 DE FEBRERO:

Inicio de actividades académicas administrativas.
Apertura del período de matriculación.

04 DE FEBRERO:

Inicio de exámenes complementarios hasta fines de marzo – sin suspensión de clases.

04 DE MARZO:

Inicio de Clases: Informe de requisitos para habilitación, referente a programas de estudios, presentación de trabajos prácticos y plazos para la presentación de los mismos, (para todos los alumnos); “excepto aquellos alumnos que estén legalmente habilitados para hacerlo y decidan por voluntad propia, hacerlo en una fecha diferente a la establecida por el Reglamento, dentro de los siguientes dos años, que corresponden a la validez de la firma del profesor. Para el período de regularización, se tendrá en cuenta a lo sumo la asistencia o el pago de la exoneración de asistencia a clases”.

CUARTA SEMANA DE MARZO:

EXAMENES DE INGRESO

DEL 01 DE ABRIL HASTA EL 30 DE JUNIO:

PERIODO DE MATRICULACION

DEL 03 DE JUNIO HASTA DE FINES DE JULIO:

EXAMEN DE REGULARIZACION
07:00 a 14:00 hs., SIN SUSPENSION DE CLASES

SEGUNDA SEMANA DE JULIO:

FERIA UNIVERSITARIA

CUARTA SEMANA DE JULIO:

PUBLICACION DEL HORARIO DE EXA-
MENES

DEL 01 AL 15 DE AGOSTO:

PERIODO DE MATRICULACION EXTRA-
ORDINARIA (sin multa, para los que rinden exáme-
nes de regularización)

**TERCERA, CUARTA SEMANA DE AGOSTO
Y PRIMERA SEMANA DE SETIEMBRE:**

Firma de libretas de habilitación para exámenes del
cuarto, quinto y sexto cursos; validez: 2 (dos) años.

PRIMERA Y SEGUNDA SEMANA DE SETIEMBRE:

Firma de libretas de habilitación para exámenes a los
del primer, segundo y tercer cursos; validez 2 (dos)
años.

15 DE SETIEMBRE:

Fecha tope para entrega de lista de alumnos habilita-
dos para exámenes para las cátedras, a la Dirección
Académica, si no se entrega en fecha tope, los alum-
nos quedan habilitados automáticamente, salvo en
aquellas asignaturas que exigen el 75% de asistencia
a clases.

SEGUNDA QUINCENA DE SETIEMBRE.

Exámenes ordinarios, cada 15 días, para los del cuarto, quinto y sexto cursos.

a) los exámenes que coincidieran con días de clases, tanto ordinarios como complementarios o de regularización, se tomarán en el turno mañana (de 07:00 a 14:00 hs.), para evitar suspensiones de clases.

b) plazo máximo para cada examen: 72 horas.

01 DE OCTUBRE:

FINAL DE CLASES PARA LAS CARRERAS DE DERECHO Y NOTARIADO

PRIMERA SEMANA DE OCTUBRE AL 20 DE DICIEMBRE:

Exámenes ordinarios, cada 15 días, para los del primer, segundo y tercer cursos.

a) los exámenes que coincidieran con días de clases, tanto ordinarios como complementarios o de regularización, se tomarán en el turno mañana (de 07:00 a 14:00 horas) para evitar suspensiones de clases.

b) plazo máximo para cada examen: 72 horas.

FEBRERO Y MARZO DEL 2003:

EXAMENES COMPLEMENTARIOS (Los Exámenes que coincidieren con las clases, se tomarán de 07:00 a 14:00 horas).

JUNIO Y JULIO DEL 2003:

Exámenes de Regularización de 07:00 a 14:00 horas, sin suspensión de Clases.



FERIADOS Y ASUETOS

01 DE MARZO:	Día de los Héroes.
JUEVES Y VIERNES SANTOS:	Semana Santa.
30 DE ABRIL:	Asueto académico – Día del Maestro
01 DE MAYO:	Día del Trabajador.
15 DE MAYO:	Día de la Independencia Nacional.
12 DE JUNIO:	Día de la Paz del Chaco.
10 DE AGOSTO:	Fundación de la Ciudad de San Lorenzo.
15 DE AGOSTO:	Fundación de la Ciudad de Asunción.
21 DE SETIEMBRE:	Día de la Juventud.
24 DE SETIEMBRE:	Fundación de la Universidad Nacional de Asunción.
29 DE SETIEMBRE:	Batalla de Boquerón.
08 DE DICIEMBRE:	Festividad de la Virgen de Caacupé.
25 DE DICIEMBRE:	Navidad.



Informaciones

NOTA DE LA DIRECCION ACADEMICA

Asunción, 25 de setiembre del 2002

Profesor Doctor

Carlos Fernández Gadea, Decano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción. Santísima Trinidad, Paraguay

De nuestra consideración:

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, a fin de elevar a su consideración el Reglamento para la creación de la **Escuela de Ciencias Sociales**, que está integrado con materias básicas, distribuidas en dos cursos comunes a Ciencias Sociales y Políticas, luego dos cursos con disciplinas especiales cada una de ellas, en dos posibilidades, que ofrece la Escuela de Ciencias Sociales y Ciencias Políticas.

El precitado Reglamento ya fue aprobado en el año 1972, Acta N° 253 (A.S N° 253-20/VII/72) por el Honorable Consejo Superior Universitario y sería muy importante su implementación, dadas las exigencias de nuestro tiempo y el sorprendente desarrollo académico que ha adquirido nuestra ya Centenaria Universidad Nacional de Asunción.

Asimismo, esta Dirección Académica estima pertinente que una vez implementada esta Escuela de Ciencias Sociales, se rinda un justiciero homenaje al ya desaparecido Prof. Dr. Mario Aníbal López Escobar, quien en su momento y bajo su Decanato consiguó la aprobación del Reglamento respectivo.

Sin otro particular, aprovechamos la ocasión para saludarle muy atentamente.

Prof. Abog. Angel Yubero Aponte
Director Académico

Prof. Dr. Adolfo Paulo González Petit
Asesor Docente

Leticia González Rosas
Asistente de Secretaría

Abog. Delcy Torres Rosas
Secretaria Académica

ACTA N° 253
(A.S. N° 253 - 20/VII/72)

VISTA Y CONSIDERADA: La nota F.D. y C.S. N° 108/72 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, con referencia N° 7471/72 de la Mesa de Entrada del Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción, por la que solícita la aprobación del Proyecto de Reglamento para la creación de la Escuela de Ciencias Sociales.

El Dictamen favorable en mayoría de la Comisión Asesora de asuntos académicos:

El Honorable Consejo Superior Universitario, en uso de sus atribuciones legales,

R E S U E L V E:

Aprobar el Reglamento para la creación de la Escuela de Ciencias Sociales solicitado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, con algunas modificaciones y quedando aprobado de la siguiente forma:

CAPITULO I
DE LA ESCUELA Y SUS FINES

A) FINES

Art. 1°. La Escuela de Ciencias Sociales tiene por finalidad:

- a) La formación de Profesionales en Ciencias Sociales;
- b) La investigación científica de la realidad social y política;
- c) La sistematización de los conocimientos en el campo de las Ciencias Sociales.

B) PLAN DE ESTUDIOS

Art. 2°. El Plan de Estudios de la Escuela está integrado con materias básicas distribuidas en dos cursos comunes a Ciencias Sociales y Políticas, luego en dos cursos con disciplinas específicas, cada una de ellas, en dos posibilidades que ofrece la Escuela: Ciencias Sociales y Ciencias Políticas, sin

prejuicio de otras que pudiera establecer en el futuro respondiendo a las exigencias del desarrollo nacional. El alumno, finalizados los primeros cursos, podrá optar por una de las alternativas.

C) DE LA ENSEÑANZA

Art. 3°. El desarrollo de los cursos se fundamenta en la activa participación de los alumnos a través de la lectura orientada, elaboración de fichas, monografías, investigación bibliográfica y similares. A este efecto, cada profesor indicará las tareas que obligatoriamente deberán realizar los alumnos para obtener derecho a examen.

En los dos últimos cursos, de especialización, la actividad de los alumnos se orientará dentro de las posibilidades de la escuela, hacia los seminarios de investigación.

En la calificación de los exámenes finales se tendrá en cuenta la nota de concepto que el alumno haya merecido por los trabajos del curso.

La asistencia a las clases de la escuela es obligatoria, de acuerdo a lo que preceptúa el Art. 51 de la Ley N° 356/56.

Para cada disciplina se establecerá el mínimo de asistencia correspondiente.

CAPITULO II DEL INGRESO

Art. 4°. El ingreso a la Escuela de Ciencias Sociales se hará sobre la base de la aprobación de los cursos respectivos que establezca la escuela anualmente. Podrán ingresar sin examen de ingreso, los egresados de otra Facultad cuyo Plan de Estudio tenga disciplinas afines con las de la escuela.

CAPITULO III DEL GOBIERNO DE LA ESCUELA

A) DEL DIRECTOR

Art. 5°. La Dirección de la Escuela será ejercida por un Director asesorado por una Junta Asesora, quien se desempeñará de acuerdo a lo que establezca la Carta Orgánica de la U.N.A. para los Consejos Directivos.

Art. 6°. El Director será nombrado por el Rector de una terna a propuesta del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, y durará cinco años en sus funciones pudiendo ser reelecto.

Art. 7°. Para ser Director se requiere: nacionalidad paraguaya natural, haber cumplido treinta años de edad, poseer título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, y haber ejercido docencia universitaria como Profesor del escalafón de acuerdo a la Carta Orgánica de la U.N.A.

Art. 8°. En caso de ausencia o impedimento del Director, el Decano designará un Director interino de entre los Vocales Asesores de la Junta.

Art. 9°. Son atribuciones y deberes del Director:

a) Cumplir y hacer cumplir el Reglamento de la Escuela así como las Resoluciones de las Autoridades universitarias.

b) Proponer la integración de las Mesas Examinadoras.

c) Proponer a la Junta Asesora todas las medidas convenientes para el buen gobierno de la Escuela.

d) Administrar los fondos de la Escuela y rendir cuenta de su inversión a la Junta Asesora y al Consejo Directivo de la Facultad.

e) Proponer al Decano el nombramiento o remoción del personal administrativo de la Escuela a los efectos de su tramitación conforme al Art. 10, inc. H de la Ley N° 365 /56.

f) Solicitar al Consejo Directivo de la Facultad, a propuesta de la Junta Asesora, el nombramiento de Auxiliares de la Enseñanza.

B) DE JUNTA ASESORA

Art. 10°. La Junta Asesora será presidida por el Director de la Escuela y estará integrada en la forma prevista por la Carta Orgánica de la Universidad Nacional para los Consejos Directivos.

Art. 11°. Son atribuciones de la Junta Asesora:

a) Elaborar los Planes de Estudio de la Escuela y someterlos a la aprobación de las Autoridades universitarias.

b) Proponer por intermedio del Consejo Directivo de la Facultad la designación o contratación de Profesores nacionales o extranjeros de acuerdo con lo dispuesto por la Ley N° 356/56, sobre la materia.

c) Formular el Proyecto de presupuesto anual de la Escuela y elevarlo al Consejo Directivo de la Facultad.

d) Proponer al Consejo Directivo de la Facultad el otorgamiento de becas nacionales o extranjeras a Profesores y estudiantes.

e) Proponer el nombramiento de Auxiliares de la Enseñanza.

f) Fijar las fechas para la realización de exámenes de acuerdo con el capítulo VIII de la Ley N° 356/56 y el Inc. E del Art. 20 de la misma.

C) DE LA SECRETARIA DE LA ESCUELA

Art. 12°. La Secretaría de la Escuela estará a cargo de un Secretario y del personal que se le asigne, los cuales serán nombrados de conformidad con las disposiciones de la Ley N° 356/56.

Para ocupar el cargo de Secretario se requiere ser ciudadano paraguayo natural, mayor de edad, gozar de buena reputación. Los deberes y atribuciones del personal de Secretaría serán establecidos por la Junta Asesora.

CAPITULO IV PLAN DE ESTUDIOS

Art. 13°. El Plan de Estudios comprende una Licenciatura de cuatro años para diversas especializaciones en Ciencias Sociales y Ciencias Políticas.

Ningún alumno podrá realizar más de un curso por año académico.

A) CURSOS COMUNES

I) Introducción de las Ciencias Sociales.

Metodología de las Ciencias Sociales.

Nociones de Derecho.

Elementos de estadísticas.

Historia del pensamiento social y político (I)

Idioma Extranjero (inglés, alemán o francés) (I)

Guaraní (I).

II) Historia del pensamiento social y político (II)

Investigación social.

Estadística social.

Desarrollo económico y social.

Teoría social.

Idioma Extranjero (inglés, alemán o francés) (II)

Guaraní (II).

B) CURSOS DE ESPECIALIZACION SOCIOLOGIA**III) Sociología General**

Sociología urbana.

Comunicación social.

Grupos sociales.

Métodos sociológicos.

Estructura social

Idioma extranjero (inglés, alemán o francés) (III)

IV) Sociología Rural

Antropología.

Sociología del desarrollo.

Cambio social.

Psicología social.

Análisis social.

Idioma extranjero (inglés, alemán o francés) (IV)

POLITICA**III) Historia de las ideas políticas (I)**

Teoría política

Derecho de la integración

Administración pública.

Proceso político.

Derecho constitucional

Idioma extranjero (inglés, alemán o francés) (III)

Guaraní (III).

IV) Geopolítica

Política nacional

Derecho y relaciones internacionales

Organismos internacionales

Política empresarial.

Historia de las ideas políticas (II)

Idioma extranjero (inglés, alemán o francés)(IV)

Guaraní (IV).

CAPITULO V DEL TITULO

Art. 14°. Para la obtención del título de Licenciado en Ciencias Sociales o en Ciencias Políticas, se cumplirán los siguientes requisitos:

a) Aprobación de todas las asignaturas de los cursos comunes y de las correspondientes al respectivo curso de especialización.

b) Presentación por el interesado y aprobación por la Junta Asesora de un trabajo de investigación relacionado con la especialización elegida. Las bases y condiciones de elaboración del trabajo de investigación serán fijadas por el Consejo Directivo de la Facultad con dictamen de la Junta Asesora de la Escuela.

CAPITULO VI INGRESO

Art. 15°. Los interesados en ingresar a la Escuela de Ciencias Sociales podrán hacerlo, aprobando el examen correspondiente y presentando la siguiente documentación:

a) Certificado de estudios completo que acredite su condición de Bachiller Humanístico.

b) Certificado de aprobación de examen de ingreso.

c) Todos los otros documentos exigidos para el ingreso en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Los interesados que se encontraren en la situación prevista en la segunda parte del Art. 4° del presente Reglamento, presentarán un Certificado de la Facultad respectiva, con especificación de las disciplinas afines y los programas oficiales de cada una de ellas para ser considerado su reconocimiento.

CAPITULO VII DISPOSICIONES GENERALES

Art. 16°. Los casos no previstos específicamente en la presente reglamentación se regirán por las disposiciones sobre la materia de la Ley N° 356/56 “Carta orgánica de la Universidad Nacional de Asunción”.



HOMENAJE A ILUSTRES PROFESORES

La Asociación de Profesores de la Facultad de Derecho que preside el Dr. José Raúl Torres Kirmser ofreció un homenaje a los catedráticos con más de treinta años al servicio de la docencia en la institución.

Ofreció el agasajo en nombre de los profesores el Dr. Ubaldo Centurión quien resaltó los méritos de los homenajeados.

Hablaron luego con evidente y profunda emoción el maestro Ramón Silva Alonso y el Decano Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea, a quien se le entregó también un pergamino de reconocimiento por sus logros académicos en corto tiempo.





En la primera fila, aparecen los profesores homenajeados.

El Vice Rector de la UNA Prof. Dr. Raúl Battilana Nigra, el Decano de la Facultad Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea y los catedráticos José Raúl Torres Kirmser y Adolfo Ozuna.





El Decano recibe el Diploma de Reconocimiento de la Asociación de Profesores de la Facultad por sus logros académicos.

La distinción al Maestro y Ex-Decano
Carlos A. Mersán.





Recibe el galardón el Maestro y Ex-Decano Ramón Silva Alonso.

Brindis en honor de los profesores agasajados.



UN RAMO DE ROSAS

Palabras del Maestro Ramón Silva Alonso

Señores:

Un ramo de rosas, nuestra Alma Mater ha querido en esta tarde recoger un gran ramo de rosas para ofrecerlo a los docentes que han cumplido treinta años de enseñanza.

Al efecto ha elegido la vieja Casa del Derecho donde nació y creció la Universidad, la casa de Zubizarreta, la misma que habitó Madame Lynch, la dama que decidiera unir su destino al del Mariscal López, héroe de la gloria y del infortunio.

Aquí, en este sitio donde ejercieron la enseñanza el mismo Zubizarreta, Manuel Domínguez, Cecilio Báez, Luis De Gásperi, Celso Velázquez, Ramiro Rodríguez-Alcalá, Sigfrido Gross Brown, y tantos otros maestros cuya palabra fulguró como relámpago en el firmamento paraguayo.

Sí, señores. Nuestra Alma Mater ha querido en esta tarde brindar su homenaje al trabajo perseverante de estos docentes que, ininterrumpidamente, durante 30 años, toda una vida, han consagrado sus esfuerzos a la formación de la juventud paraguaya.

Por eso, nos ha convocado a los que estamos aquí para decirles que ese esfuerzo perseverante no ha sido olvidado y que no lo será en el futuro.

Señores: demos gracias a estos infatigables luchadores que han consagrado sus vidas a la causa de la Universidad, a la causa de la juventud paraguaya; que han renunciado a la vida fácil y han elegido el camino difícil.

En nombre de la Universidad, la juventud estudiosa paraguaya, de aquellos que consagran su vida al estudio.

Muchas gracias.

**“ARDUA LABOR EN LAS AULAS”
dijo el Decano de la Institución**

Palabras del Decano profesor doctor Carlos Fernández Gadea en el emotivo acto de homenaje a profesores con más de treinta años de actividad docente.

En nombre del Consejo Directivo de esta Casa de Estudios me dirijo a todos los homenajeados con tan alta distinción para expresarles los más sinceros reconocimientos por la ardua labor desempeñada en las aulas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

La tradicional y centenaria Facultad de Derecho U.N.A. no hubiera sido jamás, de tal envergadura como formadora de la pléyade de los profesionales del Derecho, si no hubiera sido por su plantel docente, quienes con su enseñanza en las aulas imparten su sabiduría, sus reconocimientos y sus experiencias.

Se agradece en forma especial a la Asociación de Profesores por organizar este homenaje a los distinguidos catedráticos de la institución. Y mis sinceros agradecimientos a los organizadores por el reconocimiento de logros académicos que sin la colaboración de los miembros del Consejo Directivo y los señores profesores, funcionarios y alumnos no hubieran sido posibles.

Muchas gracias.

VOCACION Y DIGNIDAD DE MAESTROS

Estas fueron las palabras improvisadas por el Dr. Ubaldo Centurión Morínigo, en el Aula Magna de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, con motivo del Homenaje a los profesores con más de 30 años de Ejercicio de la Cátedra en la Institución:

Señores profesores, colegas, alumnos, representantes del Centro de Estudiantes de nuestra Facultad.

Señoras y señores:

Me ha honrado la Asociación de Profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción al solicitarme que haga uso de la palabra en este significativo acto en el que nos convoca el corazón con ese imperativo moral que no acepta prórrogas. Y no acepta prórrogas porque como decía Octavio Paz: “Es de bien nacidos ser agradecidos” y es la gratitud profunda que nace del alma el móvil de esta ceremonia en homenaje a once maestros de nuestra Facultad de Derecho que han cumplido más de 30 años de destacada labor docente.

“La gratitud es la memoria del corazón”, dice un proverbio francés. Esa gratitud quiero expresar con la máxima sinceridad y espontaneidad en este acto que se realiza en el edificio histórico de nuestra Facultad. Edificio en el que aún resuena el eco de la palabra sabia de Cecilio Báez, de Ignacio A. Pane, de Eusebio Ayala, de Juan Stefanich, de Luis De Gásperi, de Luis Patricio Frescura y Candia, de Saguier Aceval, de Alfonso Capurro y otros altos exponentes de nuestra cultura jurídica.

Anatole France hablando a la juventud le dijo un día: “El verdadero profesor tiene como resaltantes cualidades el saber transmitir ciencia y saber transmitir amor” y estos maestros a quienes hoy homenajeamos han sabido enseñar las Ciencias Jurídicas con rigor conceptual haciendo también que la docencia sea una cátedra de amor a la libertad, a la justicia, a las causas más altas que dignifican la condición humana.

El maestro Manuel García Morente decía que tres virtudes caracterizan, definen la actividad del verdadero profesor: primera virtud, la sabiduría; segunda virtud, la abnegación; tercera, la dedicación.

La sabiduría. Y en estos maestros agasajados esta noche hemos encontrado sabiduría sin soberbia. Sabiduría vivida y proyectada con generosidad y con humildad, quizá por aquello que siempre se dijo y que es una cátedra permanente de modestia: “la vida es ensayo y error”.

Segunda virtud: la abnegación. Sí, ellos han sabido vivir esta virtud en plenitud porque se han brindado tiernamente, han puesto todos sus conocimientos al servicio del estudiantado y han hecho esa dación altruista sin buscar recompensas, sin buscar expresiones de reconocimiento.

Y la tercera virtud: la dedicación. Ellos han sabido dedicarse a la formación de los alumnos para que estos no sean mañana menos legistas porque allí fracasa la enseñanza universitaria cuando queriendo formar abogados forma legistas, que saben mucho de códigos, de leyes, de jurisprudencia pero no alcanzan la estatura de un jurista porque les falta la formación humanística. Ortega y Gasset decía: “Cuidado con el especialista bárbaro”, que domina una especialidad e ignora todas las demás parcelas del conocimiento humano. Y Couture sentenciaba: “El que sólo sabe Derecho, no sabe Derecho”. Estos maestros han sabido transmitir conocimientos jurídicos poniendo también énfasis en esa formación integral, poniendo énfasis en esos valores humanos, en esos valores espirituales y morales que tienen que caracterizar al abogado que está dispuesto a ser un verdadero soldado de la justicia.

Se ha dicho también que la misión del profesor es preparar a sus discípulos para una larga travesía. Los alumnos llegan, los profesores se encargan de nutrir, de enriquecer su bagaje y después van al puerto y los despiden, porque ellos tienen que continuar la travesía, larga travesía, la larga singlatura de la vida y por eso se sostiene que el maestro es un hombre de despedida, porque tiene que despedir a los alumnos, que ya se van con el conocimiento que les transmitió el profesor; el profesor les despide con su pañuelo y muchas veces “ese pañuelo enjuga las lágrimas” al despedir al alumno que se va, para continuar hacia otros puertos, para seguir cultivando su mente y su espíritu.

Queridos maestros: ustedes han sabido constituirse en paradigma de saber y de dignidad, ustedes han sabido ser genuinos profesores de Derecho entendiendo muy bien cómo se transmite, cómo se logra éxito al buscar despertar verdadero amor al derecho en el estudiante. Como ya nos decía alentándonos,

allá por el primer curso nuestro maestro Ramón Silva Alonso: “A ustedes que han elegido una carrera ardua como pocas y apasionante como ninguna”. Este homenaje de nuestra Asociación que preside Raúl Torres Kirmser constituye asimismo un acto de reconocimiento a la labor fecunda que desempeña el señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, el Profesor Doctor Carlos Fernández Gadea.

Es preciso resaltar esos méritos concretos logrados en muy pocos meses de actividad al frente del Decanato. Este hombre siempre humilde, un hombre de mansedumbre, un hombre abierto al diálogo, de sincera vocación dialógica y con ese espíritu de paciencia, de serena actitud, dialoga con los estudiantes, dialoga con los profesores y logra fortalecer ese esquema de armonía sin el cual no se puede trabajar en la universidad. En un ambiente de conflictos no se hace ciencia ni se hace cultura. Bien se ha expresado que la política se hace en la impaciencia pero la cultura, la ciencia se hacen en la paciencia.

Esa tarea de Fernández Gadea en poco más de un año ha alcanzado resultados dignos de ser mencionados. Se ha conquistado un aumento en el sueldo de los profesores del 38% y este logro –la verdad sea dicha- tiene también un gran realizador en nuestro querido Vicerrector, el Profesor Doctor Raúl Battilana Nigra.

El Decano, en poco tiempo, habilitó todos los Institutos de Investigación Jurídica de nuestra Facultad. Supo impulsar el progreso informático para beneficio de los estudiantes y también dio su impulso decidido para que continúen las obras relativas a nuestros edificios de las filiales de Cnel. Oviedo y de San Juan Bautista de las Misiones y se apresta a encarar para el próximo año la construcción de nuestro edificio para la sede de Pedro Juan Caballero.

Asimismo, otra realización tangible, no estamos en teoricismos estériles, en pura retórica: se está avanzando en el proceso hacia la construcción de las aulas para Notariado, se está comenzando la construcción de las graderías para el campo deportivo.

Se está también logrando el enriquecimiento de la biblioteca de la Facultad. Alguien dijo: “La verdadera universidad está en los libros”. ¿La misión del profesor cuál es? Y guiar al alumno hacia esos libros. Igualmente hay que decirlo: nuestra Revista, que volvió a aparecer después de 50 años de silencio gracias al decanato de Ramón Silva Alonso recibió el apoyo decidido de Fernández Gadea y así publicamos una edición de 600 páginas el año pasado y les anuncio que el próximo mes saldrá otro número de la publicación con brillan-

tes trabajos doctrinarios, estudios, reflexiones de docentes de nuestra institución.

Señores: nuestra Asociación de Profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción no cree en los homenajes post mortem, no cree en los panegíricos vehementes en los cementerios, cree en los homenajes en vida, por eso en ese criterio está el fundamento moral profundo del acto de hoy. Homenaje en vida a esos hombres que tanto han hecho por el prestigio de nuestra Facultad, por la formación integral del estudiante de Derecho: Jerónimo Irala Burgos, Hugo Allen, Encina Marín, José Emilio Gorostiaga, Fernández Gadea, Silva Alonso, Bogarín Sarubbi, Carlos A. Mersán, Correa, Saúl González y Hugo Estigarribia.

Dijo una vez con amargura un poeta paraguayo en un ambiente de tanta amnesia espiritual: “Los homenajes póstumos son la confesión de nuestra mezquindad”. Nos llamamos en vida de los hombres que tienen méritos dignos de ser resaltados y después, a la hora de la muerte aparecen los grandes discursos laudatorios. Repito lo que decía este intelectual: “Los homenajes póstumos son la confesión de nuestra mezquindad” y nuestra Asociación no quiso, no quiere ni querrá jamás incurrir en semejante mezquindad. En la avaricia del sentimiento.

Juan Pablo II ha dicho hace poco tiempo al reunirse con miles de jóvenes: “De tanto andar entre los jóvenes se termina joven”. Y es lo que ha pasado con nuestros respetados y respetables maestros. Fueron jóvenes, son jóvenes y seguirán jóvenes. Nunca olvido cuando en un discurso dijo una vez lleno de energía espiritual este muchacho de 84 años que nos levantó el edificio de la Facultad para el siglo XXI, Carlos A. Mersán, este muchacho de 84 años que nos abrió las puertas hacia el siglo XXI con una infraestructura moderna, este hombre expresó una vez: “No existe la vejez, se nace cada día”. Y es cierto, lo que cuenta es la juventud espiritual, lo que tiene importancia es la sensación térmica de los 20 años que se lleva en el corazón.

Queridos maestros: sea, pues, este acto nuestro profundo reconocimiento a todos ustedes por tan fructífera trayectoria, por haber ejercido la docencia como debe ejercerse la auténtica docencia, con idealismo, con generosidad, con bondad. Más que nada se trabaja en la enseñanza por el salario espiritual y ustedes han sido ejemplo de esas virtudes con las que se enaltece a la cátedra universitaria; por eso, esta gratitud que brota del corazón y por eso también nuestros fervientes votos esta noche para que ustedes sigan en su fecunda tarea siempre vigorosos por el entusiasmo, por la voluntad en pos de estudiantes

cada vez mejor formados, siempre con la mística del que sabe que está animando una empresa superior. Que con ese espíritu, con esa decisión sigan trabajando para bien de nuestra querida Facultad de Derecho, para honor de la Universidad y gloria de la Patria.

Muchas gracias.



IV ENCUENTRO DE DECANOS DE DERECHO DEL MERCOSUR

Se realizó con pleno éxito el IV Encuentro de Decanos de Derecho del Mercosur en nuestra sede de Trinidad.

Dio la bienvenida a los distinguidos participantes el Decano de nuestra Facultad Prof. Dr. Carlos Fernández Gadea. Habló luego el Prof. Ubaldo Centurión.

Posteriormente, el Rector de la U.N.A. Prof. Dr. Darío Zárate Arellano resaltó la historia de nuestra institución, sus aportes al país y felicitó a los Decanos por el espíritu de auténtica integración con el que se reunían, en un clima de hospitalidad y animando un diálogo llamado a alcanzar fructíferos resultados.

El debate de los diversos temas se realizó en un ambiente de gran cordialidad.

La organización del evento fue impecable, digna del mayor elogio.

Colaboraron eficazmente el Vice-Decano Dr. Antonio Fretes, el Lic. Felipe Huerta y los Profesores Angel Yubero y Patricio Gaona.

PALABRAS DEL DECANO DR. FERNANDEZ GADEA

Señor Rector de la Universidad Nacional de Asunción,
Señor Vicerrector,
Señores Decanos de las Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo,
Señores representantes de Decanos,
Autoridades Académicas presentes:

Saludos cordiales,

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, recibe hoy a tan distinguidas como selectas delegaciones para

dar apertura al “IV Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho del MERCOSUR”, en el marco de la Asociación de Universidades, Grupo Montevideo, que es una organización civil no gubernamental sin fines de lucro, que tiene por finalidad impulsar el proceso de integración, a través de la creación de un espacio académico común, ampliado sobre la base de la cooperación científica, tecnológica, educativa y cultural entre todos sus miembros.

Este “Encuentro” de Decanos, propiciado cada año por un integrante primigenio del “Grupo de Montevideo” nos tiene hoy congregados en la ciudad de Asunción, capital de la República del Paraguay, en el distrito de Santísima Trinidad a escasos pasos del “Solar Artigas”, donde viviera por muchos años aquel prócer y caudillo uruguayo, Don José Gervasio Artigas, a cuya memoria recurrimos los paraguayos para enaltecer nuestra conocida hospitalidad y calor humano para el extranjero que en este país, se sentirá, por el trato de su gente como ciudadano del mundo.

Si ayer, posiciones encontradas por intereses geopolíticos, azuzadas por doctrinas perimidas, nos distanciaban y nos dividían, hoy los intereses superiores en pos del bienestar de nuestros pueblos, nos unen en un emprendimiento de singulares características y ante la posibilidad cierta de plasmar en realidad el mayor mercado común del Mundo, con más de 250.000.000 de habitantes, que representa una parte importante de la población mundial.

No nos cansaremos de repetir, atendiendo al proceso de integración regional y la paulatina globalización de los mercados, que como un desafío importante a inicios del presente milenio, se nos presenta a los paraguayos, tradicionalmente enclaustrados en el corazón del continente sudamericano, que debemos buscar la integración respetando el ser nacional y su identidad, no como un factor retrógrado que conspire contra el proceso, sino como catalizador, que permita la unidad en la diversidad.

Nuestro compromiso, como Decanos de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades “Grupo Montevideo”, se circunscribe, en gran parte a bregar, velar y garantizar, que este proceso integrador defina en su justa medida de valoración aristotélica, las cualidades objetivas de nuestras instituciones universitarias, capacitadas en otorgar títulos habilitantes para el ejercicio de la carrera en los países del MERCOSUR: Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay, y países asociados Chile y Bolivia, por lo que se hace imprescindible:

a) Llevar adelante y agendar todos y cada uno de los puntos, aprobados y propiciados en el I, II y III Encuentro de Decanos, en Montevideo, Buenos Aires y Florianópolis respectivamente.

b) Nuestra Facultad está muy interesada en iniciar y finalizar los procesos de Evaluación Institucional a nivel de los pares del MERCOSUR, por lo que la reunión que hoy iniciamos lo hacemos en el campo operacional y gerencial de la actividad académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, a fin de que nuestros ilustres visitantes sepan justipreciar el esfuerzo que se realiza en una Institución Pública, Autónoma, Laica y Gratuita, a través de sus estamentos, con la cada vez menos ayuda en aportes presupuestarios por parte del Estado.

Al dar apertura a este “IV Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho del MERCOSUR”, en el marco de la Asociación de Universidades, Grupo Montevideo, ofrecemos una vez más nuestra cordial bienvenida a los señores Decanos y delegaciones de países amigos, a quienes sabremos prodigarles nuestra tradicional cordialidad.

Muchas gracias.





Importante evento con el espíritu del Mercosur

CARTA DE ASUNCION

En la ciudad de Asunción Capital de la República del Paraguay, en el distrito de Santísima Trinidad, durante los días jueves 21 y viernes 22 de noviembre del año dos mil dos, se reúnen en la sede de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, los Señores Decanos, Profesores y Representantes de Facultades de Derecho de la Asociación de Universidades “Grupo Montevideo”.

De acuerdo a la siguiente nómina de participantes presentes:

Profesores Doctores CARLOS FERNANDEZ GADEA, ANTONIO FRETES, ALICIA PUCHETA DE CORREA, UBALDO CENTURION MORINIGO, CARLOS ANIBAL FERNANDEZ VILLALBA, LUIS FERNANDO SOSA CENTURION, ADOLFO PAULO GONZALEZ PETIT, ANGEL YUBERO APONTE, PATRICIO GAONA FRANCO, OSVALDO GONZALEZ (UNIVERSIDAD NACIONAL DE ASUNCION), Profesor Doctor JOSE LUIZ SOBIERAJSKI (UNIVERSIDAD FEDERAL SANTA CATARINA), Profesores Doctores ATILIO ANIBAL ALTERINI, MARIA CECILIA GOMEZ MASIA, GRACIELA GÜIDI, GONZALO ALVAREZ (UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES), Profesor Doctor ALEJANDRO ATILIO ABAL OLIU, Asistente Académico GERARDO TORRES (UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA - URUGUAY), Profesor Doctor PLINIO DE OLIVEIRA CORREA (UNIVERSIDAD FEDERAL DE RIO GRANDE DO SUL).

Para concluir en decisiones acordadas por unanimidad en el marco del “IV Encuentro de Decanos (A.U.G.M)” cuya parte resolutive a continuación se consigna:

A.- Se decidió que el próximo Encuentro de Decanos de Facultades de Derecho de la A.U.G.M. se realice los días 26 y 27 de junio de 2003, en la República Argentina, dejando a criterio de las Facultades de Derecho de Córdoba y Buenos Aires la decisión sobre la ciudad donde se realizará el precitado “V Encuentro de Decanos”.

Asimismo, se determinó impulsar la reunión de Directores de Bibliotecas de las distintas unidades académicas, de ser posible, en coincidencia con la reunión de Decanos en el “V Encuentro” en la República de Argentina.

Aprobar las recomendaciones sobre Bibliotecas, formuladas en Montevideo, en la reunión de mayo del 2002 y tomar nota de la presentación realizada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, que guarda relación con planillas de datos referentes a bibliotecas.

Igualmente, encomendar a la Directora de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción la coordinación con los demás responsables de la red de bibliotecas de las Facultades de Derecho de la A.U.G.M., a fin de ejecutar la resolución adoptada.

Aprobar en general, las recomendaciones formuladas por los encargados de “Evaluación Institucional” de las Facultades de Derecho Integrantes de la A.U.G.M. y Facultades invitadas.

Encomendar a la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina, la recopilación de todos los documentos del sector educativo del MERCOSUR relacionados con la Educación Superior Universitaria y específicamente en el área del Estudio del Derecho, a más tardar para el mes de febrero de 2003.

Declarar la conveniencia y necesidad de fijar estándares mínimos compartidos que sirvan como marco de referencia para la Evaluación y Acreditación de las Carreras Jurídicas.

Encomendar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la preparación, control y ejecución de las tareas tendientes a elaborar un documento preliminar sobre “Evaluación Institucional”, que sirva de guía a las Facultades de Derecho de la A.U.G.M.. Para el efecto, las Instituciones que integran el Grupo deberán realizar sus sugerencias, observaciones o aportes, a más tardar hasta el 31 de marzo de 2003, a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

B.- Intercambio estudiantil y docente: el Asistente Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Uruguay, Gerardo Torres, expone la experiencia de intercambio del grupos (a saber: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho de la

Universidad Federal de Santa María y Facultad de Derecho de la Universidad de la República), durante el Segundo Semestre del año 2001, Primero y Segundo Semestres del año en curso y la planificación para el 2003.

Se resuelve encomendar a la Facultad de Derecho de la Universidad de la República - Uruguay:

a) centralizar y difundir la información sobre intercambio estudiantil y docente;

b) plantear a la Secretaría Ejecutiva de la A.U.G.M., la necesidad de que las convocatorias para la movilidad de estudiantes sean remitidas a todas las Facultades de las distintas Universidades del Grupo de Montevideo;

El Prof. Dr. Plinio de Oliveira Correa de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal do Rio Grande do Sul, expresa que ello ya fue decidido en el III Encuentro de Florianópolis, Brasil.

C.- El Prof. Dr. Plinio de Oliveira Correa, explica que los gastos realizados para la financiación de las actividades de Grupo de Facultades de Derecho son de resorte interno de cada Facultad.

Se resuelve encomendar a la Facultad de Derecho de Montevideo actuar como nexo con la Secretaría General de la A.U.G.M., para los temas de financiación.

Se resuelve tomar conocimiento del informe del Decano, Prof. Dr. Alejandro Atilio Abal Oliu, acerca de la solicitud de la Sección Latinoamericana de la Unión del Notariado Latino respecto a un eventual convenio con la A.U.G.M. para el dictado de cursos vinculados al Notariado.

Se toma conocimiento de la invitación formulada a través del Asistente Académico, Gerardo Torres, a las II Jornadas Uruguayas - Santafesinas (2da. Etapa), a celebrarse en la ciudad de Montevideo en el año 2003.

El Prof. Dr. Plinio de Oliveira Correa apoya el programa presentado por el Asistente Gerardo Torres, y solicita se agregue todo lo relacionado a los derechos humanos o fundamentales: en el derecho penal, proceso penal y garantías individuales.

Se toma conocimiento del informe de la Profesora Maria Cecilia Gómez Masía respecto a la experiencia de los Programas formativos realizados entre Cooperación Española y la U.B.A.

D.- Se recibe el informe de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay, respecto a sus experiencias sobre nuevas tecnologías para educación a distancia, encargándose a la mesa la distribución de los materiales a todos los participantes.

E.- El Prof. Dr. Atilio Alterini propone que las Facultades integrantes de la A.U.G.M. funden una Escuela de Derecho del MERCOSUR a fin de capacitar a los profesionales de la Región para el ejercicio de la abogacía en los demás países.

Se resuelve aprobar la propuesta del Prof. Dr. Atilio Alterini y encargar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires la redacción de un documento para su posterior distribución en las distintas Universidades.

F.- A propuesta de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, Paraguay, se resuelve:

1.- Conformar una Comisión Permanente de Apoyo, integrado por los Directores Académicos de la Facultades de Derecho de la A.U.G.M, para la concreción de las conclusiones del I, II, III y IV Encuentros.

2.- Requerir de los Poderes de los Estados Miembros del MERCOSUR el cumplimiento del deber indelegable en la prestación del servicio de Educación Superior de carácter público, a través de una Universidad autónoma, gratuita, de calidad, democrática y pluralista, que reconoce y garantiza el derecho a cumplir con ese nivel de la enseñanza a todos aquellos que requieren hacerlo y cuentan con la formación y capacidad requeridas.

3.- Acordar acciones conjuntas de las Facultades de Derecho de la A.U.G.M, tendientes a evitar los recortes presupuestarios y determinar que una medida gubernamental que afecta a uno de los integrantes de la A.U.G.M, representa un menoscabo a la Autonomía Universitaria, garantizada en todos los ordenamientos jurídicos de los Asociados.

Considerada la totalidad de la agenda, se conviene encomendar a la Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, que comunique a la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo, los resultados de este Encuentro.

Asunción (Paraguay), 22 de noviembre de 2002.

HOMENAJE A TRES FUNCIONARIAS

Un significativo homenaje a tres funcionarias de la Facultad de Derecho ofreció el Vice-Decano Prof. Dr. Antonio Fretes.

Las agasajadas fueron la Lic. Andresa Rojas de Canclini y las flamantes Abogadas Delcy Torres y Lorena Cáceres Carísimo Bedoya.

Las tres excelentes funcionarias han culminado sus estudios en forma destacada demostrando que no sólo son disciplinadas en el trabajo sino también en el estudio que las enriquece como personas humanas.

El Dr. Fretes felicitó a las profesionales, encomió el esfuerzo y el éxito de las mismas y les instó a superarse siempre.

El maestro Ramón Silva Alonso y los profesores Raúl Battilana Nigra y Ubaldo Centurión, Angel Yubero y Osvaldo González asistieron a la fiesta que congregó a todos los funcionarios de la Facultad.

Todos congratularon a las tres excelentes funcionarias y Victoriano Benítez y el Lic. Felipe Huerta también resaltaron sus altos méritos en el campo de la formación científica y cultural.

Las homenajeadas agradecieron el agasajo y prometieron seguir estudiando para fortalecer la idoneidad como una exigencia ética ante el prestigio de la Facultad de Derecho.





Una reunión con noble espíritu confraternal.



Profesores y funcionarios homenajando a las funcionarias que alcanzaron singular mérito en sus estudios.

Memoria

MEMORIA

Durante el primer año de funciones de la actual administración fueron ejecutados numerosos proyectos que formaban parte del plan anual para el presente ejercicio entre otros podemos citar los siguientes:

INFRAESTRUCTURA

Debido a que la playa de estacionamiento resultaba insuficiente para albergar a todos los vehículos de los docentes de la facultad fue necesaria la ampliación de la misma incrementando su capacidad, que actualmente permite aparcar con holgura a 80 automóviles dentro del predio de la Facultad.

En cuanto a las obras civiles adjudicadas mediante licitaciones públicas, que se encuentran en plena ejecución actualmente, se pueden citar:

A) la construcción de cuatro aulas para la carrera de Notariado, con cuya habilitación prevista para el inicio del año académico 2003, se posibilitará que las clases para dicha carrera sean dictadas en aulas totalmente independientes.

B) la construcción del quincho y graderías en el área deportiva de la Sede Central; y

C) la construcción de aulas y oficinas en la Filial San Juan Bautista – Misiones con cuya habilitación prevista para inicios del 2003 se posibilitará albergar cómodamente a la cantidad de alumnos en constante incremento en dicha Filial.

En materia de mantenimiento edilicio, se ha realizado la refacción total del edificio situado sobre las calles Mariscal Estigarribia esq/ Yegros incluyendo Sala de Consejo, Decanato, Instituto de Derecho Agrario y fachada externa.

A través de concurso de precios, actualmente se encuentra en proceso de ejecución la instalación de equipos de aire acondicionado en cuatro aulas; los

*) Datos Proporcionados por la Dirección Administrativa.

mismos contarán con un sistema de control central informatizado mediante un software adquirido para dicho efecto. Las instalaciones citadas contarán, además, con un dispositivo que permitirá la eliminación total de la energía reactiva generada actualmente, que representa una significativa erogación monetaria mensual a la Facultad. La instalación de equipos de aire acondicionado en las demás aulas se prevé para el primer trimestre del ejercicio 2003.

Actualmente se han contratado los servicios de una empresa responsable del mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de aire acondicionado disponibles en la institución a fin de asegurar su rendimiento óptimo durante la presente temporada.

ALUMNADO

En lo referente al cobro de aranceles, en el presente ejercicio se inició la implementación del sistema de pagos de matrículas, pudiendo el alumno abonarlo en cuatro cuotas de guaraníes cincuenta mil, quedando habilitado académicamente con el pago de la primera cuota. A fin de que los alumnos puedan acceder fácilmente a datos que hacen a su situación académica actual, fue habilitada una Página Web, de tal forma que cada alumno mediante un PIN asignado, directamente operando en los monitores que está a disposición en la Institución o vía Internet, accede a dichas informaciones con rapidez y practicidad.

En el mes de octubre del corriente año, ha sido comunicado al Centro de Estudiantes que se encontraba a disposición para uso del estudiantado el servicio de Internet sin costo alguno, quedando a cargo del citado gremio estudiantil la adquisición de las terminales respectivas. De igual manera, a solicitud de la dirigencia estudiantil, fue adquirido un mueble – vitrina ubicado en el acceso al sector de aulas, donde se exhiben los trofeos obtenidos por los estudiantes en los distintos torneos deportivos.

Para el desarrollo de clases, así como para conferencias o seminarios, fueron adquiridos por la administración un focus con su correspondiente notebook , un retroproyector y una fotocopiadora, que están disponibles para docentes y estudiantes.

ADMINISTRACION

En el presente ejercicio, mediante concurso de precios, fue adjudicada la explotación de la cantina de la Facultad a una firma de plaza que con los servicios que presta satisface plenamente los requerimientos de alumnos y funcionarios.

Las provisiones de insumos a ser utilizados en la Sede Central y Filiales también fueron adjudicadas mediante concurso de precios, lo cual posibilitará disponer de materiales y suministros como ser útiles de oficina, elementos de aseo, papelería y artículos eléctricos suficientes para el normal funcionamiento de la institución durante el primer semestre del año 2003.

INFORMATICA

Considerando que no se contaba con un sistema de conexión directa que posibilite la transmisión de datos con el Rectorado y el Ministerio de Hacienda, al inicio del ejercicio 2002 se procedió a la contratación de los servicios de “Telesurf” y posteriormente a la adquisición de dos antenas bidireccionales instaladas una en el predio de la Facultad y otra en el Campus Universitario gracias a las cuales actualmente se realizan dicha conexión y transmisión de datos en forma ágil e instantánea.

BIBLIOTECA

En lo que respecta al equipamiento bibliográfico de las bibliotecas de la Sede Central y Filiales, en el presente ejercicio se han adquirido 113 textos para la Sede Central, 101 textos para la Filial Coronel Oviedo, 100 textos para la Filial Pedro Juan Caballero, 97 textos para la Filial San Juan Bautista y 25 textos para la Sección Quiindy. En ese sentido continúa el proceso de informatización de la biblioteca de la Sede Central con conexión en red con el Sistema Académico y el Sistema Administrativo a fin de implementar próximamente el régimen de préstamos de libros a los alumnos.

ASISTENCIA LEGAL

Con el afán de habilitar el Departamento de Asistencia Legal para sectores económicamente carenciados, dentro del complejo edilicio de la Facultad, fue equipada una oficina con el amoblamiento total necesario, líneas telefónicas y demás comodidades requeridas para su normal funcionamiento, siendo inaugurada y habilitada oficialmente con todos sus servicios.

INSTITUTOS

Otro de los proyectos cuya importancia cabe resaltar es el equipamiento y habilitación de los Institutos de Investigación en Derecho Procesal, Derecho Público, Derecho Privado y Derecho de la Integración; Unidades de Investigación Superior para el progreso de la Ciencia Jurídica y la formación de especialistas en diversas áreas del Derecho.

SECCIONES DE CAACUPE Y QUIINDY

Entre los logros que hacen a la proyección-expansión de la Facultad hacia el interior del país se debe mencionar la habilitación de las Secciones de Caacupé y Quiindy, en cuyas sedes actualmente se dictan normalmente clases del primer curso previéndose la apertura y habilitación del segundo curso en el año 2003 y sucesivamente los demás cursos de la carrera de Derecho en los siguientes años. En lo relacionado a los locales donde funcionan actualmente dichas secciones, en Caacupé las clases se dictan en el complejo edilicio de la Facultad de Filosofía, no obstante, se han iniciado los trabajos de construcción del local propio previéndose su terminación para el año 2003 gracias a la colaboración de la Gobernación del Departamento de Cordillera, mientras que en la Sección de Quiindy se encuentra en etapa de definición las gestiones para la donación de un predio donde se construirá el local propio de la Facultad.

FUNCIONARIOS

Dentro del plan de capacitación del personal previsto para el presente ejercicio fueron enviados funcionarios a entidades de formación y capacitación, SNPP, CAES y C.N.C, a fin de participar en cursos de computación y dactilografía computarizada.

PRESUPUESTO

Con relación al Anteproyecto de Presupuesto para el ejercicio 2003, el mismo fue elaborado tomando en consideración los requerimientos de la Facultad así como los planes y proyectos previstos para el año venidero.

STAFF DE LA DIRECCION ADMINISTRATIVA

Director Administrativo y Financiero: Econ: Felipe Ramón Huerta
Giradora: Lic. Andresa de Canclini
Auditor Interno: Lic. Celso Echeverría Insfrán
Jefa de Contabilidad: Lic. Sebastiana de Acosta
Jefe de Informática: Lic. Hector Colman
Jefa de Patrimonio: Sra. Magdalena de Viera
Jefe de Ejecución Presupuestaria: Econ. Gustavo Martínez
Jefe de Servicios Generales: Sr. Pablo Fernández



**Nómina de Doctores
en Ciencias Jurídicas y Sociales
por la Universidad Nacional
de Asunción**

NOMINA DE DOCTORES EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

HUGO RODRIGUEZ ALCALA
17/09/1943
"Los filósofos y la teoría del Estado"
BUENO

PRESENTADO ANTOLA
15/11/1944
SOBRESALIENTE CINCO

SALUSTIANO SANABRIA
12/07/1944
"Organización política del Paraguay"
BUENO TRES

VICENTE A. ZAYAS
27/07/1944
DISTINGUIDO CUATRO

ANDRES RIQUELME
27/12/1945
"Concurrencia de padres naturales y conyugal supérstite"
BUENO TRES

FEDERICO MASI
02/06/1945
"Delincuencia precoz"
DISTINGUIDO CUATRO

ARMANDO D. PIROTTA
28/09/1945
AUSENTE

SERAFIN R. CAMPOS
23/06/1945
SOBRESALIENTE CINCO

JORGE H. ESCOBAR
28/09/1945
SOBRESALIENTE CINCO

CESAR GARAY
15/10/1945
"Las Sociedades de Responsabilidad Limitada"
SOBRESALIENTE CINCO

JOSE A. BILBAO ZUBIZARRETA
22/10/1946
"La inamovilidad judicial"
DISTINGUIDO CUATRO

SALVADOR OCHOA
05/11/1946
"Propósitos fundamentales y políticos del plan monetario y financiero de Bretton Woods"
DISTINGUIDO

AMADEO BAEZ ALLENDE
19/12/1947
NO SE PRESENTO

NATALIO PANGRZIO CIANCIO
20/11/1948
"La adopción"
SOBRESALIENTE CINCO

MANUEL AVILA
03/11/1948
"Delitos económicos"
SOBRESALIENTE

STELA BENITEZ VELLOSO
24/11/1948
"El divorcio"
TRES

OSCAR CABELLO
11/07/1949
NO SE PRESENTO

AUGUSTO DUARTE
09/11/1949
"El seguro social en el Paraguay. Estudio analítico del decreto ley N° 17071, decreto reglamentario 1371"
APROBADO

*) Datos proporcionados por la Dirección Académica.

LUIS MARTINEZ MILTOS

28/11/1949
CINCO

JUAN EZEQUIEL GONZALEZ ALSINA

26/05/1951
"Causales de divorcio"
APROBADO Y FELICITADO

JOAQUIN FARIÑA FERREIRA

14/10/1952
"El concordato entre la Iglesia libre y el Estado libre"
APROBADO

VICTOR JOSE SIMON

29/12/1952
"Justicia municipal de faltas"
APROBADO

AUGUSTO R. FUSTER

24/03/1952
"Autonomía del derecho aéreo. Postulados para una ley de la navegación aérea"
APROBADO Y FELICITADO

JUSTO PUCHETA ORTEGA

29/07/1953
"Actos jurídicos inexistentes y el Derecho Civil Positivo Paraguayo"
APROBADO Y FELICITADO

MANUEL RECALDE CESPEDES

23/07/1953
"Defensa de la educación laica y democrática a la luz de nuestra tradición jurídica y textos constitucionales"
APROBADO

MANUEL PEÑA VILLAMIL

04/10/1954
"Concesión de servicios públicos"
APROBADO

MARIA ELINA OLMEDO JIMENEZ

21/04/1955
"Interpretación de la sociología brasileña a través de C. Freyre y Tristán de Athayde"
APROBADO

MIGUELANGEL PANGRAZIO

07/11/1955
"Estructura y proyección del Instituto de Previsión Social"
APROBADO

RAMON PENAYO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
31/10/1956
"Organización del Tribunal Militar conforme al Código de Procedimientos Penal Militar vigente"
APROBAR LA TESIS DEJANDO ESTABLECIDO QUE EL TRIBUNAL NO COMPARTE ALGUNOS PUNTOS DE VISTA SOSTENIDOS POR EL EXAMINADO EN SUS TESIS

JOSE RAMON SILVA ALONSO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
29/07/1957
"La protección de los terceros adquirentes de buena fe, en la transmisión de los derechos, en nuestro Código Civil"
APROBAR LA TESIS

EDUARDO LAVIGNE

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
15/07/1958
"Necesidad de modificar el Estatuto Agrario Nacional de la República del Paraguay, en cuanto se refiere a las soluciones de las cuestiones de tierra en el campo"
APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

CIPRIANO EDUARDO CODAS

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
28/08/1958
"Problemas agrarios del Paraguay, bases para la concepción de una eficaz política económica que los solucione en forma integral y coordinada"
APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

LUIS ANGEL DECOUD

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
28/10/1958
"Necesidad y Bases de un Código Procesal del Trabajo"
APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

LUIS MARIA DEL CORAZON DE JESUS DIONISIO ARGÑA FERRARO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
28/11/1958
"La propiedad horizontal, por pisos o por departamentos"
APROBAR CON MENCION DE SOBRESALIENTE Y FELICITACIÓN

EUGENIO JIMENEZ Y NUÑEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
02/05/1958
"La posesión hereditaria: Naturaleza, caracteres y efectos. La Coposesión de Derecho y el Art. 3.430. Conclusiones"
APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

HUGO ALLEN M.

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales
14/04/1958
"El apercibimiento en el Derecho Procesal Civil"
FELICITACIÓN

JERONIMO IRALA BURGOS

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

30/06/1959

"Bases para una Renovación Universitaria en el Paraguay"

FELICITACIÓN

WILDO RIENZI GALEANO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

26/04/1960

"La codificación en el Paraguay"

APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

ATILIO MONTANIA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

25/04/1961

"La inconstitucionalidad de las leyes en el Paraguay"

FELICITACIÓN

OSCAR BACIANO PACIELLO CANDIA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

17/10/1961

"La reforma de la propiedad urbana en base a las transformaciones del derecho de propiedad"

APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

JAIME LORENZO LIVIERES ARGAÑA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

21/08/1961

"Derecho de asilo"

APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

HORACIO GABRIEL LEBRON

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

14/12/1962

"La rehabilitación del deudor civil concursado"

FELICITACIÓN

ARNALDO AMADO ROJAS SANCHEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

20/10/1962

"Valoración de la prueba testifical"

APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

BLAS HERMOSA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

18/09/1962

"Derecho Registral"

APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

JOSE GASPAR GOMEZ FLERYTAS

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

20/07/1962

"La formación social y ubicación jurídica de los partidos políticos en el Paraguay"

FELICITACION

ANTONIO SALUM FLECHA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

26/04/1962

"La corte Interamericana de Justicia como complemento del sistema jurídico americano"

APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

JOSE EMILIO GOROSTIAGA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

17/05/1963

"Concepto moderno de la readaptación social del delincuente. Bases y condiciones mínimas para la redacción y aplicación de una ley de readaptación social de reclusos en la penitenciaria nacional"

FELICITACION

EFRAIN DARIO JESUS CENTURION PINHO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

13/12/1963

"La independencia económica del Poder Judicial"

FELICITACION

SAUL GONZALEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

10/05/1963

"Normas para un sistema penitenciario paraguayo"

FELICITACION

SUSANA SRYVALIN

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

06/05/1963

"La Eutelegenesia (Inseminación Artificial) ante nuestro derecho positivo"

APROBAR LA TESIS POR UNANIMIDAD

MARIO LOPEZ ESCOBAR

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

21/02/1963

"El desarrollo tecnológico y la responsabilidad civil aeronáutica"

APROBAR LA TESIS

JUAN CARLOS MENDONCA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

27/11/1964

"Las nulidades procesales civiles"
FELICITACIÓN

MIGUEL ANGEL GUILLEN ROA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

05/11/1964

"Situación de la mujer en el derecho romano"

APROBAR POR UNANIMIDAD

HECTOR BENITEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

25/09/1964

"La responsabilidad del Estado y los errores judiciales"

APROBAR LA TESIS

ROGELIO URBIETA VALDOVINOS

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

10/07/1965

"Las profesiones liberales a través de los tratados de Montevideo de 1888/89 y 1939/40 y el convenio Bolivariano"

REPROBADO

MANUEL PESOA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

28/10/1965

"Liberalismo económico" (Aspectos de esta doctrina a la luz del pensamiento de sus más caracterizados expositores)

FELICITACIÓN

RAUL RICARDO SAPENA BRUGADA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

03/12/1965

"Estatuto del cooperativismo" (Legislación de cooperativas adaptada al anteproyecto de Código Civil del profesor De Gasperi)

FELICITACION

RAMIRO DOMINGUEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

05/04/1966

"Patrones rurales de comunicación"

FELICITACION

DEIDAMIA A. MARTINEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

21/05/1966

"La función técnica de la justicia en la ley fundamental"

APROBAR LA TESIS PRESENTADA, DEJANDO CONSTANCIA EXPRESA DE QUE ESTA DECISION NO IMPLICA LA ACEPTACION DE LAS CONCLUSIONES SOSTENIDAS POR EL EXAMINANDO SOBRE TEMAS QUE EXCEDEN EL AMBITO DE LO ESTRICTAMENTE JURIDICO

CARLOS ALBERTO GONZALEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

03/12/1966

"Participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas"

FELICITACION

JOSE ANTONIO MORENO RUFFINELLI

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

16/12/1967

"La teoría de la imprevisión y su aplicación a nuestro derecho positivo"

FELICITACION

LUIS G. BENITEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

20/04/1967

"Etapas de la educación en el Paraguay"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD

MARTINA CARDENAS AGÜERO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

29/06/1967

"La delincuencia femenina en el Paraguay. Sus causas"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD. EL TRIBUNAL EXAMINADOR DEJA CONSTANCIA DEL MERITO ESPECIAL DEL TRABAJO EN LO QUE SE REFIERE A LA LABOR DE INVESTIGACION REALIZADA

HUGO BERKEMEYER

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

11/04/1967

"Bases para la reforma de la ley de marcas comerciales"

FELICITACION

ALEXIS FRUTOS VAESKEN

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

21/02/1967

"De las costas en el proceso civil. Honorarios. Comentario y crítica de la ley 110. Su reforma."

FELICITACION

MARIANO LUIS LARA CASTRO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

08/08/1967

"Proyecto de Constitución para la República del Paraguay"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD

TOMAS MATEO PIGNATARO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

18/11/1967

"La integración jurídico - política de España en América"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD

JORGE DARIO CRISTALDO MONTANER

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

05/07/1968

"Aspectos de la problemática sindical"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD

ENRIQUE BENDAÑA PECCI

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

06/03/1968

"El servicio civil en el Paraguay, la carrera administrativa y el desarrollo económico - social"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD

FRANCISCO FLEITAS INSFRAN

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

18/03/1969

"El instituto de la perención o caducidad de la instancia en la exégesis de la legislación nacional. Ley N°. 664. Necesidad de su reforma. Proyecto"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD

MARINA ALICIA AQUINO DE ORTIZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

05/05/1969

"Recurso de amparo"

FELICITACION

ENRIQUE ANTONIO SOSA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

13/05/1969

"La protección jurisdiccional de los derechos consagrados en el Art. 77 de la Constitución Nacional"

FELICITACION

JOSE LUIS MENDARO REPO-LLES

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

26/07/1969

"Una ley de cooperativas"

FELICITACION

EXPEDITO ROJAS BENITEZ

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

02/06/1970

"Estudio crítico de la ley electoral vigente y bases para su reforma"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD

HUGO ESTIGARRIBIA ELIZE-CHE

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

17/03/1970

"La prueba pericial en el proceso civil. Comentarios y crítica a su regulación legal. Proyecto de reforma"

FELICITACION

JOSE ALBERTO CORREA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

05/05/1970

"El incidente de nulidad en el proceso civil"

FELICITACION

RAMIRO SILVA ALONSO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

11/08/1970

"El subdesarrollo económico y social. Caracteres y causas del subdesarrollo"

APROBAR LA TESIS DOCTORAL POR UNANIMIDAD

VICTOR A. SALOMONI

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

07/09/1971

"El cooperativismo como una solución socio - económica del Paraguay"

DEJARON CONSTANCIA DE SU MAGNIFICA EXPOSICION Y DOMINIO DE LA MATERIA

ANIBAL RAUL MARCELO OSACAR

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

30/11/1971

"Economía social para el desarrollo"

FELICITACION

ALBINO GUSTAVO GARCETE LAMBIASE

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

25/03/1974

"Legislación procesal paraguaya del trabajo en los conflictos jurídicos individuales y colectivos"

FELICITACION

CARLOS FERNANDEZ GADEA

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

02/08/1974

"La teoría del seguro marítimo y su aplicación en nuestro derecho positivo"

FELICITACION

MIGUEL ANGEL BESTARD

Doctor en Ciencias Jurídicas

30/06/1976

"La sucesión de los parientes colaterales en el Derecho Civil Paraguayo"

SUMA CUM LAUDE

RAMON B. FOGEL PEDROZO

Doctor en Ciencias Sociales

16/11/1976

"Las cooperativas rurales: modalidades participativas en estructuras de autogestión en áreas rurales"

APROBADO MUY BUENO

ESTEBAN OJEDA SALDIVAR

Doctor en Ciencias Jurídicas

25/03/1977

"Métodos modernos de control de la administración pública"

CUM LAUDE

LUIS FERNANDO SOSA CENTURIÓN

Doctor en Ciencias Jurídicas

25/02/1977

"Instituciones jurídicas del agua en el medio ambiente"

CUM LAUDE

ANIBAL BENITEZ RIVAS

Doctor en Ciencias Jurídicas

09/11/1978

"El dominio como parte integrante de la reforma agraria y su concepción en los países en estado de desarrollo"

SUMA CUM LAUDE

FRANCISCO PUSINERI ODDONE

Doctor en Ciencias Jurídicas

11/12/1978

"El procedimiento de lo contencioso - administrativo. Necesidad de su codificación. Anteproyecto de Código Procesal de lo contencioso - administrativo.

CUM LAUDE

FLAVIANO GONZALEZ DOMINGUEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas

21/12/1979

"Aspectos formales de lo contencioso - administrativo. Crítica. Necesidad de su codificación"

CUM LAUDE

CLOTILDO JIMENEZ BENITEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas

02/09/1980

"La extradición"

CUM LAUDE

MARCO ANTONIO ELIZECHE

Doctor en Ciencias Jurídicas

22/05/1980

"El procedimiento tributario en el Paraguay. La codificación y la instancia tributaria o fiscal como presupuestos para la correcta aplicación de la ley"

CUM LAUDE

JUAN BAUTISTA RIVAROLA PAOLI

Doctor en Ciencias Jurídicas

23/04/1981

"Política monetaria y financiera del Paraguay"

DISTINGUIDA

MARIO RUBEN PINEDA LOPEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas

12/11/1981

"El fuero agrario en el Paraguay"

CUM LAUDE

FLORENCIO PEDRO ALMADA ALVAREZ

Doctor en Ciencias Jurídicas

27/05/1982

"La expropiación por causa de utilidad pública o interés social"

CUM LAUDE

ADOLFO PAULO GONZALEZ PETIT

Doctor en Ciencias Jurídicas

15/04/1982

"Los controles sociales formales e informales en la Toxicomanía: su proyección en la criminología: postulados para una nueva ley anti-tóxicos"

CUM LAUDE

JORGE L. SAGUIER

Doctor en Ciencias Jurídicas

03/12/1982

"El poder político en la democracia representativa, el derecho positivo y el sistema pluralista de partidos"

APROBADO MUY BUENO

MANFREDO RAMIREZ RUSSO

Doctor en Ciencias Sociales

23/03/1983

"El Chaco Paraguayo: la integración sociocultural de los menonitas a la sociedad nacional"

SUMA CUM LAUDE

JULIO CESAR VERGARA CANDIA

Doctor en Ciencias Jurídicas

19/10/1984

"La reforma fiscal en el Paraguay"

CUM LAUDE

LUIS R. ESCRIBA C.

Doctor en Ciencias Jurídicas

08/08/1985

"Estudio crítico de la legislación nacional sobre el régimen patrimonial del matrimonio"

APROBADO

CARLOS CECILIO BAEZ REHN-FELDT

Doctor en Ciencias Jurídicas
03/10/1985
"Solución de la problemática jurídica que suscitan los delitos más relevantes en la circunscripción judicial del tribunal de Villarrica"
APROBADO

JUAN G. ARGUELLO ACOSTA

Doctor en Ciencias Jurídicas
22/08/1985
"Régimen jurídico de los seguros terrestres en el Código de Comercio"
APROBADO

JUAN FRANCISCO BAZAN BENITEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas
02/10/1985
"Régimen jurídico del matrimonio aparente"
CUM LAUDE

HERNAN ALBERTO CASCO PANGAN

Doctor en Ciencias Jurídicas
10/10/1985
"Pagarés hipotecarios"
SUMA CUM LAUDE

ENZO ALEJANDRO DOLDAN

Doctor en Ciencias Jurídicas
12/08/1986
"Los partidos políticos y comentarios sobre su estructura ideal, legal y constitucional"
DISTINGUIDA

ANGEL ALMADA GALEANO

Doctor en Ciencias Jurídicas
17/09/1986
"El derecho a la privacidad como derecho moderno y garantía constitucional"
DISTINGUIDA

CARLOS CASCO TERNET

Doctor en Ciencias Jurídicas
06/11/1986
"Toxicomanía, tráfico. Posesión y tenencia de drogas peligrosas. Modificación y ampliación de la Ley N° 357/72"
CUM LAUDE

ATILIO FRANCISCO GOMEZ GRASSI

Doctor en Ciencias Jurídicas
16/10/1986
"El artículo 73 de la ley de bancos y la subasta judicial"
DISTINGUIDA

CARLOS L. PALUMBO

Doctor en Ciencias Jurídicas
21/08/1987
"Derecho de asilo diplomático. Su basamento jurídico - proyecto de ley reglamentaria"
DISTINGUIDA

HIRAN DELGADO VON LEPEL

Doctor en Ciencias Jurídicas
07/06/1988
"La Constitución de 1967 y sus valores esenciales para la identidad nacional"
MUY BUENA

DIOGENES MARTINEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas
14/06/1988
"La extradición en el Paraguay"
DISTINGUIDA

BENITO PEREIRA SAGUIER

Doctor en Ciencias Jurídicas
08/04/1988
"La carrera judicial - la escuela judicial - proyección y eventual incorporación a nuestro derecho positivo"
DISTINGUIDA

CESAR EMETERIO GRANADA MIÑARRO

Doctor en Ciencias Jurídicas
04/11/1988
"Régimen jurídico de los bancos en el Paraguay"
DISTINGUIDA

MARIO LOPEZ GARELLI

Doctor en Ciencias Jurídicas
19/02/1988
"Importancia y trascendencia del nuevo derecho del mar"
CUM LAUDE

JOSE FRANCISCO APPELYARD HERRERO

Doctor en Ciencias Jurídicas
27/04/1988
"Oralidad y principios de derecho procesal penal"
CUM LAUDE

JOSE RAUL TORRES KIRMSEK

Doctor en Ciencias Jurídicas
27/05/1988
"Responsabilidad profesional de los médicos"
CUM LAUDE

CARLOS MARIA OCAMPOS ARBO

Doctor en Ciencias Jurídicas
11/11/1988
"Derecho parlamentario"
CUM LAUDE

RAUL BATTILANA NIGRA

Doctor en Ciencias Jurídicas
16/11/1988
"El régimen legal de los créditos agrarios en el Paraguay"
DISTINGUIDA

OSCAR RODRIGUEZ KENNEDY

Doctor en Ciencias Jurídicas

28/10/1988

"La policía judicial: organización, implementación e importancia en nuestro derecho penal positivo"
DISTINGUIDA

ANGEL ROMAN CAMPOS VARGAS

Doctor en Ciencias Jurídicas

10/10/1988

"Readaptación - social del menor en situación irregular. El artículo 222 del Código del Menor. La necesidad de su utilización efectiva en beneficio del menor en estado de peligro"
DISTINGUIDA

ANTONIO FRETES

Doctor en Ciencias Jurídicas

21/10/1988

"Fundamentos para el anteproyecto del Código Procesal Agrario"
CUM LAUDE

SIXTO MILCIADES RIVAS SOLER

Doctor en Ciencias Jurídicas

20/05/1988

"Praxis procesal penal; la justicia ideal"
MUY BUENO

CARLOS VICTOR KOHN BENITEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas

10/03/1989

"Crítica a los artículos Nros. 314 y 315 del Código Penal"
APROBADO

DARIO RAMON CABALLERO BRACHO

Doctor en Ciencias Sociales

04/07/1989

"Los proyectos de desarrollo rural integrado y su inserción en la realidad socio-económica y cultural del Paraguay"
DISTINGUIDA

LUIS ADOLFO RAMON LEZCANO CLAUDE

Doctor en Ciencias Jurídicas

07/07/1989

"El Poder Ejecutivo en el constitucionalismo paraguayo"
DISTINGUIDA

CARMELO AUGUSTO V. CASTIGLIONI

Doctor en Ciencias Jurídicas

26/09/1989

"Ubicación de los títulos de créditos en la sistemática del Código Civil. Efectos"
CUM LAUDE

LUIS ENRIQUE CHASE PLATE

Doctor en Ciencias Jurídicas

22/12/1989

"El régimen jurídico de las adquisiciones y de las obras públicas en el Paraguay"
SUMMA CUM LAUDE

ANTONIO TELLECHEA SOLIS

Doctor en Ciencias Jurídicas

28/12/1989

"Nulidades procesales civiles: El recurso de nulidad. La acción autónoma de nulidad"
SUMMA CUM LAUDE

UBALDO AGUSTIN CENTURION MORINIGO

Doctor en Ciencias Jurídicas

02/05/1990

"Concepción contemporánea del estado de derecho"
CUM LAUDE

MANUEL SILVIO RODRIGUEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas

18/10/1990

"1) Los esponsales en el Código Civil. Acciones previstas y presupuestos procesales. 2) Los esponsales en el anteproyecto del Dr. Luis De Gasperi. Divergencia doctrinal con el Código Civil. Conclusiones y proposición de tesis. El matrimonio aparente en la Ley N° 236 entorno doctrinal y jurisprudencial. 3) La unión extramatrimonial en el Código Civil. Modificaciones en relación a la Ley N° 236. Paralelismo con las disposiciones del anteproyecto del Dr. Luis De Gasperi. Conclusiones generales. 4) Análisis integral de la Ley N° 236 y la inserción de sus disposiciones en el Código Civil. Su importancia como fuente supletoria. Proposición de tesis"
DISTINGUIDA

CONRADO PAPPALARDO ZALDIVAR

Doctor en Ciencias Jurídicas

08/11/1990

"El desarrollo rural en el Paraguay. Estrategias y políticas"
CUM LAUDE

CARLOS ALBERTO CAMP AUSTINA

Doctor en Ciencias Jurídicas

22/11/1990

"Las causas de la declaración de quiebras"
CUM LAUDE

GUILLERMO DELMAS FRESCURA

Doctor en Ciencias Jurídicas

06/12/1990

"La prisión preventiva"
DISTINGUIDA

ALICIA BEATRIZ PUCHETA DE CORREA

Doctor en Ciencias Jurídicas
20/12/1990

"Derecho de alimentación del menor. Su preferencia sobre los demás créditos y su sanción penal"
DISTINGUIDA

BONIFACIO RIOS AVALOS

Doctor en Ciencias Jurídicas
28/02/1991

"La lesión como vicio en los actos jurídicos en el Código Civil paraguayo"
DISTINGUIDA

BENIGNO ROJAS VIA

Doctor en Ciencias Jurídicas
07/03/1991

"Reforma de la ley penal. Análisis dogmático y política criminal"
CUM LAUDE

CARLOS GONZALEZ ALFONSO

Doctor en Ciencias Jurídicas
30/05/1991

"Caso juzgado - cosa juzgada"
DISTINGUIDA

DANIEL MARIA MENDONCA BONNET

Doctor en Ciencias Jurídicas
27/09/1991

"Análisis de las normas y los enunciados normativos"
SUMMA CUM LAUDE

MARCOS JACINTO RAMON RIERA HUNTER

Doctor en Ciencias Jurídicas
04/12/1991

"Presupuestos constitucionales para la independencia del poder judicial. Proyecto constitucional"
SUMMA CUM LAUDE

MARIA SOL ZUCOLILLO GARAY DE VOUGA

Doctor en Ciencias Jurídicas
26/02/1992

"La lesión"
CUM LAUDE

DIONISIO ZAYAS ROMAN

Doctor en Ciencias Jurídicas
09/04/1992

"Los trabajadores del espectáculo público y su seguridad social"
DISTINGUIDA

HASSEL AGUILAR SOSA

Doctor en Ciencias Jurídicas
02/07/1992

"Seguro obligatorio de responsabilidad civil de uso del automotor"
APROBADO MUY BUENO

ROBERTO JESUS RUIZ DIAZ LABRANO

Doctor en Ciencias Jurídicas
11/09/1992

"La aplicación de las leyes extranjeras y su efecto en el derecho"
CUM LAUDE

RAUL CODAS RIERA

Doctor en Ciencias Jurídicas
11/02/1993

"La causa de los créditos en la ley de quiebras"
APROBADO MUY BUENO

DARIO RAMON CABALLERO BRACHO

Doctor en Ciencias Jurídicas
25/02/1993

"Bases de sustentación teóricas para la inserción del instituto de la policía judicial en la estructura procesal penal del Paraguay en función de los juicios orales y públicos. Proyecto de ley reglamentaria"
DISTINGUIDA

CARLOS ALBERTO MOJOLI VARGAS

Doctor en Ciencias Jurídicas
22/04/1993

"Propuestas para una mejor aplicación de las ciencias forenses a los procesos judiciales"
DISTINGUIDA

BLAS ROQUE ALCARAZ

Doctor en Ciencias Jurídicas
27/05/1993

"La Oralidad en el proceso penal. Necesidad de su implantación en el Paraguay"
DISTINGUIDA

PEDRO ALEJANDRO HERRERA DUARTE

Doctor en Ciencias Jurídicas
10/03/1994

"Organización, procedimiento y perspectivas de la justicia electoral paraguaya"
APROBADO

ENRIQUE EDUARDO IBARRA CABEZUDO

Doctor en Ciencias Sociales
08/09/1994

"Acercamiento al perfil aproximativo de un banco asociativo y cooperativo, como una de las exigencias necesarias para asumir nuestro desarrollo con el mayor señorío posible, en la perspectiva dinámica del mundo actual"
SUMMA CUM LAUDE

SINDULFO BLANCO

Doctor en Ciencias Jurídicas
20/10/1994

"Jurisdicción contencioso administrativa. Propuesta para reformar su organización, composición y competencia."
CUM LAUDE

OSCAR IDILIO BOGADO FLEITAS

Doctor en Ciencias Jurídicas
17/11/1994

"Innovaciones del control de tráfico aéreo en la óptica técnica actual y futura.

Derecho comparado con los países miembros de la Organización de Aviación Civil Internacional (O.A.C.I.)"
CUM LAUDE

JOSE FELIX CARRILLO

Doctor en Ciencias Jurídicas
06/04/1995

"El orden de las sucesiones intestadas en el Código Civil paraguayo"

DISTINGUIDA

JOSE ANTONIO MORENO RODRIGUEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas
20/04/1995

"La teoría de la causa y el Código Civil"

SUMMA CUM LAUDE

GILDA DE FATIMA BURGSTALLER DE JUSTINIANO

Doctor en Ciencias Jurídicas
27/04/1995

"Responsabilidad penal de los médicos: Legislación, doctrina y jurisprudencia"

CUM LAUDE

CESAR GARAY H.

"El Estado Social de Derecho. Análisis Filosófico y Configuración Constitucional"

SUMMA CUM LAUDE

ERIC MARIA SALUM PIRES

Doctor en Ciencias Jurídicas
24/11/1995

"La sub-comisión para el cono sur de la comisión interamericana de derechos humanos como medio mas efectivo para su aplicación práctica en el ámbito americano"
CUM LAUDE

REMIGIO CATTEBEKE BLAIRES

Doctor en Ciencias Sociales
01/12/1995

"Asociación de familias"
CUM LAUDE

GUIDO PARQUET

Doctor en Ciencias Jurídicas
21/06/1996

"Juicio por jurados, tribunales de jurados en el Paraguay"

APROBADO

INES MARTINEZ DE GOLDEMBERG

Doctor en Ciencias Jurídicas
28/06/1996

"Régimen jurídico del comandante de aeronave"

CUM LAUDE

JOSE AMADO AGUIRRE

Doctor en Ciencias Jurídicas
20/12/1996

"Unificación del régimen matrimonial"

CUM LAUDE

MARIO RODOLFO ESCOBAR ANZOATEGUI

Doctor en Ciencias Jurídicas
18/03/1997

"El seguro: La responsabilidad sin culpa en el Código Civil paraguayo"

CUM LAUDE

ROLANDO AGUSTIN ALUM ROJAS

Doctor en Ciencias Jurídicas
25/07/1997

"El policía y uso legal de la fuerza en la legítima defensa"

APROBADO MUY BUENO

JOSEFINA SAPENA GIMENEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas
04/08/1997

"La filiación de los nacidos con técnicas de procreación artificial"

SUMMA CUM LAUDE

MIGUEL OSCAR BAJAC ALBERTINI

Doctor en Ciencias Jurídicas
08/08/1997

"La ecología jurídica. Una opción para conservar el ecosistema paraguayo"

APROBADO MUY BUENO

FRANCISCO CENTURIÓN MOLINA

Doctor en Ciencias Jurídicas
23/09/1997

"Del régimen de la expropiación en la Constitución Nacional. Proyecto de reglamentación"

APROBADO MUY BUENO

FREMIORT ORTÍZ PIERPAOLI

Doctor en Ciencias Jurídicas
26/09/1997

"Derecho de autor y derechos conexos"

SUMMA CUM LAUDE

CARLOS MARCIAL RUSSO CANTERO

Doctor en Ciencias Jurídicas
02/12/1997

"El Mercosur ante la necesidad de organismos supranacionales"

DISTINGUIDO

FERNANDO BALTAZAR CONS-TANTINI BENÍTEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas
12/03/1998
"Régimen legal y administrativo de las aguas en el Paraguay"
CUM LAUDE

WILFRIDO FERNÁNDEZ DE BRIX

Doctor en Ciencias Jurídicas
19/06/1998
"Análisis de la nueva legislación marcaría en el Paraguay: su devenir y propuestas para su mejoría"
CUM LAUDE

MARCELINO ANTONIO GAUTO BEJARANO

Doctor en Ciencias Jurídicas
26/06/1998
"Enriquecimiento sin causa"
CUM LAUDE

RAMÓN ANTERO DÍAZ PEREIRA

Doctor en Ciencias Jurídicas
31/07/1998
"El arbitraje como método alternativo de solución de controversias comerciales internacionales en el ámbito del Mercosur"
CUM LAUDE

EDUARDO JOSÉ RIELLA BAÑUELOS

Doctor en Ciencias Jurídicas
07/08/1998
"La importancia de los organismos supranacionales en el Mercosur"
DINTINGUIDO

VICTOR MANUEL NUÑEZ RODRÍGUEZ

Doctor en Ciencias Jurídicas
25/09/1998
"El control jurisdiccional en la ejecución de las penas"
CUM LAUDE

GLADYS ESTER BAREIRO DE MODICA

Doctor en Ciencias Jurídicas
18/12/1998
"Contrato de Franchising"
CUM LAUDE

ANIBAL SIERRALTA RÍOS

Doctor en Ciencias Jurídicas
18/05/1999
"La Convención de Viena de 1980 sobre compra - venta internacional de mercaderías y el derecho paraguayo"
CUM LAUDE

LUIZ OTAVIO PIMENTEL

Doctor en Ciencias Jurídicas
19/05/1999
"Protección Jurídica de la tecnología y las funciones del derecho de patentes"
CUM LAUDE

CARLOS ANIBAL FERNÁNDEZ VILLALBA

Doctor en Ciencias Jurídicas
27/05/1999
"El conocimiento de embarque en la Legislación Nacional y Comparada"
CUM LAUDE

AMELIO RAMÓN CALONGA ARCE

Doctor en Ciencias Jurídicas
28/05/1999
"Meditaciones sobre teoría general de las pruebas"
SUMMA CUM LAUDE

FLORENTÍN LÓPEZ CÁCERES

Doctor en Ciencias Jurídicas
28/09/1999
"El Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados"
CUM LAUDE

MIGUEL OSCAR LÓPEZ CABRAL

Doctor en Ciencias Jurídicas
08/10/1999
"Medios probatorios no previstos en la Legislación"
DISTINGUIDO

NELSON ALCIDES MORA RODAS

Doctor en Ciencias Jurídicas
15/10/1999
"Delincuencia internacional organizada, droga, narcotráfico, espacio judicial común"
CUM LAUDE

AUGUSTO PLÁCIDO FOGEL PEDROZO

Doctor en Ciencias Sociales
19/11/1999
"La cultura y el desarrollo de los pueblos originarios chaqueños"
DISTINGUIDO

PABLO BAREIRO PORTILLO

Doctor en Ciencias Jurídicas
26/11/1999
"Justicia Penal de Menores"
DISTINGUIDO

RUBÉN DARÍO FRUTOS ORTÍZ

Doctor en Ciencias Jurídicas
10/12/1999
"Presunción de inocencia: ámbito, significación, tratamiento procesal del imputado, la prueba, responsabilidad del Magistrado y la indemnización"
DISTINGUIDO

BLANCA ESTELA RAMIREZ PEÑA

Doctor en Ciencias Jurídicas
28/04/2000
"Los Institutos Jurídicos de control del sector público nacional . Propuesta de un modelo institucional"
DISTINGUIDO

LUIS MARÍA BENITEZ RIERA

Doctor en Ciencias Jurídicas
28/07/2000

"El blanqueo de dinero. Hacia la creación de una legislación actualizada para combatirlo en la República del Paraguay"
SUMMA CUM LAUDE

CARMELO ALBERTO MODICA DICHIRICO

Doctor en Ciencias Sociales
11/08/2000

"El Liberalismo en el Siglo XX"
DISTINGUIDO

ENRIQUE CANTERO

Doctor en Ciencias Jurídicas
03/11/2000

"Examen crítico de la parte general del nuevo Código Penal y algunas reformulaciones de sus Instituciones"
SUMMA CUM LAUDE

CARLOS HUGO MENDOZA MENDOZA

Doctor en Ciencias Jurídicas
17/11/2000

"El abuso del derecho en el Código Civil. Un análisis crítico del artículo N° 372 del Código Civil Paraguayo. Propuestas de reforma legislativa. Marco teórico descriptivo del instituto del abuso. Antecedentes históricos. Reseña de Derecho Comparado"
CUM LAUDE

RAFAEL ANSELMO DENDIA AGUAYO

Doctor en Ciencias Jurídicas
24/11/2000

"Justicia Electoral en las Organizaciones Intermedias. Propuestas para la armonización legislativa"
CUM LAUDE

AGUSTÍN LOVERA CAÑETE

Doctor en Ciencias Jurídicas
01/12/2000

"La Territorialidad de la Ley Penal y su especialización en el Mercosur"
DISTINGUIDO

JOSÉ VICTORIANO ALTAMIRANO AQUINO

Doctor en Ciencias Jurídicas
15/12/2000

"Sistematización de la Legislación Laboral del MERCOSUR y la importancia de la creación de un organismo supranacional"
SUMMA CUM LAUDE

JOSÉ WALDIR SERVÍN BERNAL

Doctor en Ciencias Jurídicas
22/12/2000

"La legítima defensa. Estudios Comparativos en los derechos paraguayos, español e italiano. Aportaciones"
CUM LAUDE

CARLOS MAGDALENO ORTÍZ BARRIOS

Doctor en Ciencias Jurídicas
29/12/2000

"El narcotráfico. Nuevos institutos para su investigación"
SUMMA CUM LAUDE

FAUSTO ELIA PORTILLO ORTELLADO

Doctor en Ciencias Jurídicas
02/04/2001

"De la emisión y de la circulación del cheque: Régimen legal y necesidad de su actualización en la legislación paraguaya"
CUM LAUDE

FERNANDO BARRIOCANAL FELTES

Doctor en Ciencias Jurídicas
26/04/2001

"Los interdictos posesorios y su tramitación procesal"
SUMMA CUM LAUDE

RAFAEL DEL ROSARIO FERNÁNDEZ ALARCÓN

Doctor en Ciencias Jurídicas
30/07/2001

"El Defensor del Pueblo. Su importancia jurídica para el país"
CUM LAUDE

HUGO RENÉ CEFERINO OCAMPOS RAMOS

10/08/2001

"Causas innominadas del divorcio vincular en el MERCOSUR"
CUM LAUDE

CARLOS GUSTAVO GONZÁLEZ MOREL

13/08/2001

"La tutela de los intereses difusos en la Legislación Paraguaya"
SUMMA CUM LAUDE

CARLOS ALFREDO BRAY MAURICE

13/08/2001

"El poder – su conceptualización racional. Su caracterización y diferentes manifestaciones. El Poder Judicial – su inserción en el Estado y su necesario robustecimiento para el equilibrio armónico de poderes – Fórmula propuesta"
DISTINGUIDO

CESAR AUGUSTO SANABRIA

31/08/2001

"La Oralidad en el Proceso Civil"
CUM LAUDE

**ALBERTO JOAQUIN MARTINEZ
SIMON**

03/09/2001

"La Responsabilidad Civil Colectiva"

SUMMA CUM LAUDE

**ROSA ELENA MARÍA DI MARTI-
NO ORTÍZ**

21/09/2001

"Aspectos Jurídicos de la Contratación Electrónica: la firma digital y su certificación. Incorporación al ordenamiento paraguayo"

SUMMA CUM LAUDE

**EMILIO OSVALDO BALBUENA
ADORNO**

26/09/2001

"Ombudsman: el Defensor Militar en las Fuerzas Armadas de la República del Paraguay"

APROBADO BUENO

**LINNEO AUGUSTO YNSFRÁN
SALDIVAR**

10/10/2001

"Las reformas necesarias en los poderes del estado, análisis, composición y propuestas. La supremacía constitucional. Inconstitucionalidad y sus efectos. "Erga Omnes"

CUM LAUDE

EDUARDO RIOS CABRERA

26/10/2001

"El Recurso de Casación y su posibilidad de aplicación en nuestro Derecho Positivo"

SUMMA CUM LAUDE



