

Revista Jurídica

• UCA LAW REVIEW •

UNIVERSIDAD CATÓLICA “NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN”
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y DIPLOMÁTICAS

ASUNCIÓN | PARAGUAY

2023





La responsabilidad por los trabajos publicados y las opiniones vertidas en ellos corresponden exclusivamente a sus autores.

CORRESPONDENCIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA “NUESTRA SEÑORA DE LA ASUNCIÓN”
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y DIPLOMÁTICAS

Dirección: Independencia Nacional y Comuneros
Email: rjceduc@gmail.com
Asunción, Paraguay

REVISTA JURÍDICA UCA y la etiqueta son marcas registradas.

La Revista Jurídica es una publicación anual de los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad “Nuestra Señora de la Asunción”

Derechos reservados
© Revista Jurídica UCA 2023
Hecho el depósito que marca la ley 1.328/1998

Diseño y diagramación: Angie Cabañas

ISSN: 2305 – 9680
AÑO 32
EDICIÓN Nº 31

latindex

Latindex es un sistema de información sobre las revistas de investigación científica, técnico-profesionales y de divulgación científica y culturas que se editan en los países de América Latina; El Caribe, España y Portugal. La idea de creación surgió en 1995 en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y se convirtió en una red de cooperación regional a partir de 1997.



revistajurídica

CONSEJO EDITOR | REDACTOR

2023

DIRECTOR

Joaquín Romeo Ceuppens Jara

SECRETARIA DE ACTAS

Meritxell Marilú Seall Zavala

SECRETARIA DE FINANZAS

Aurora Sofia Rojas Peralta

MIEMBROS TITULARES

María Jimena Silva Suárez
Silvana Belén Astigarraga Aldama
Julieta Isasi Recalde
Matías Alejandro Guanes Eguez
Agustín Giménez Appleyard
Cecilia Luján Fernández Pedrozo

MIEMBROS SUPLENTE

María Paula Pérez Vázquez
María Fernanda Almada Vega
Aisa Berenice Barrios Cazal
Magalí Araceli Ojeda Adle
José Carlos Liseras Pedrozo
Camilo Torres Noguez

COLABORADORES

Tiago Marín Giangreco
Juan Martín Galeano Harrison
Sofía Zavala Kent
Laura Lorena Barúa
Santiago José Troche Peralta
Ana Lucía Echauri Lamberti

Estefanía Cecilia Mendoza Murto
Juan Carlos Manuel González Fonseca
Kevin Javier Arriola Paredes
Mauricio Ramón Velázquez Arzamendia
Roque Manuel Aveiro Rodríguez

Agata Gloria Daniella Salinas González
Sophia Andrea Cano Román
Marcos Javier Lesme Rivas
Juan Sebastian Figueredo Brítez
Milena Raquel Aguilar Agüero
Mauricio Gadea Fleitas

CONSEJO ASESOR

Prof. Dr. Luis María Benítez Riera
Prof. Dr. Gustavo Bóveda
Prof. Abg. Pablo A. Debuchy Boselli
Prof. Dr. Esteban A. Kriskovich De Vargas

Prof. Abg. Roberto Moreno Rodríguez
Prof. Abg. Rodrigo Gómez Osuna
Prof. Abg. Liz María Ortiz Meza

INDICE

EDITORIAL

DERECHO AMBIENTAL

- 15** Recursos hídricos transfronterizos. Una semblanza respecto a la importancia de contar con una normativa regional que lo regule.
Por Ximena Centurión Cárdenas
- 37** La protección jurídica del medio ambiente.
Por Juan Martín Palacios Fantilli
- 59** Importancia de la responsabilidad legal en la emisión de los bonos de carbono.
Por Sofía Rojas y Fernando Domaniczky

DERECHO CIVIL

- 71** Regulación de los cripto activos: reconocimiento legal de los bienes y derechos virtuales.
Por Alejandro Guanes Mersan
- 85** La nulidad en el Código Civil Paraguayo.
Por Luis A. Irún Brusquetti
- 107** El daño moral y su aproximación en cuanto a la estimación en la legislación paraguaya.
Por Gina María Laura Aquino Toledo

DERECHO PROCESAL CIVIL

- 121** Medidas para mejor resolver en el proceso civil paraguayo consideradas como un límite discrecional al principio de disposición de las partes. Análisis del Artículo 18 del Código Procesal Civil paraguayo referenciado a otras facultades oficiosas del juez.
Por Elodia Almirón-Prujel
- 137** Las medidas cautelares en el proceso civil paraguayo.
Por María Fernanda Almada Vega
- 147** La inconstitucionalidad de la confesión ficta.
Por Abel M. Cabrera Agüero

DERECHO CONSTITUCIONAL

- 157** Actos reglados o discrecionales: la selección de cargos en el ámbito judicial en Paraguay.
Por Alberto Manuel Poletti
- 171** Derecho Procesal Constitucional "El Habeas Data Financiero".
Por Cecilia María López Vera

- 193** Sobre las inmunidades.
Por Luis Lezcano Claude

FILOSOFÍA DEL DERECHO

- 205** Análisis de algunos aspectos jurídicos de la novela Crimen y Castigo, de Fiódor Dostoyevski.
Por Carlos Enrique Bazzano López

DERECHO PROCESAL LABORAL

- 227** El conflicto de competencia entre jueces de Primera Instancia en lo Laboral y Jueces de Paz
Por Ybete Welter de Troes y Claudio Arnaldo Manuel Salinas González

DERECHO CONTRACTUAL

- 241** El problema del sinalagma. ¿En los contratos bilaterales existen prestaciones realmente equitativas? Obligación universal de no hacer y el concurso del acreedor en el cumplimiento.
Por Gabriel A. Morales S.
- 255** Emojis como medio moderno de manifestación de voluntad para la creación de contratos: ¿ambigüedad o sentido común?
Por Guillermo Jesús Carrillo Cassagnol
- 269** La lesión como vicio del acto jurídico y su aplicación.
Por José Sebastián Améndola Aldana

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

- 285** ¿Mediación vs. Abogacía? El rol del abogado en la mediación.
Por Daniel Fernando Martínez Zampa
- 293** Nociones generales del arbitraje: El juicio privado.
Por Gianella Colmán
- 303** Los MASC: una alternativa efectiva para la situación de la justicia actual y la mediación como solución inmediata.
Por Fiorella Arrúa Largo

DERECHO LABORAL

- 313** El panorama actual de la Seguridad Laboral en Paraguay.
Por Martín F. Argüello Cardozo
- 331** El levantamiento del velo societario en el Derecho Laboral.
Por Aisa Berenice Barrios Casal
- 337** Breve reflexiones sobre el trabajo y la inteligencia artificial.
Por Rafael A. Leiva Falcón

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- 353** 100 años del Pacto Gondra.
Por Ignacio Cazaña Portella
- 378** Sanciones internacionales en el derecho norteamericano.
Por Theodore Stimson

DERECHO PENAL

- 40I** La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la sociedad de riesgo.
Por Ubaldo Matías Garcete

DERECHO PROCESAL PENAL

- 4I9** Alcances del sobreseimiento provisional en el sistema acusatorio vigente.
Por María Carolina Llanes Ocampos

DERECHO ADMINISTRATIVO

- 43I** Duración razonable. Un criterio jurisprudencial imprescindible.
Por Manuel Riera Domínguez
- 45I** La estructura de pagos, la garantía soberana y las Alianzas Público-Privadas.
Por Pedro Lacasa

DERECHO DE LA COMPETENCIA

- 469** Denegación injustificada de suministro.
Por Gustavo Benítez
- 489** El papel de la regulación legal de competencia en la corrección de fallos de mercado y la búsqueda de bienestar social.
Por Fátima María Prono Brítez
- 50I** Antecedentes, limitaciones, desarrollo, y desafíos del Derecho de Libre Competencia en el Paraguay.
Por Fabrizio Boggino

DERECHO COMERCIAL

- 525** Guía práctica sobre las Empresas por Acciones Simplificadas.
Por Bruno Adrián Caballero Cardozo

DERECHO ROMANO

- 54I** La Constitución Mixta de la República romana: Un sistema de frenos y contrapesos imperfecto.
Por Rafael Bustos

DERECHO DEL CONSUMIDOR

- 555** Protección y defensa al consumidor y el alcance a ser informado en Paraguay.
Por Ma. Jimena Silva Suárez

TRIBUNAL DE ÉTICA

- 565** La posible prejudicialidad de las resoluciones del Tribunal de Ética de la República del Paraguay en los procedimientos de enjuiciamiento y remoción de magistrados.
Por Paula Emilia Gamarra Ruiz

DERECHOS HUMANOS

- 585** Evolución de los derechos civiles y políticos de la mujer en Paraguay.
Por María Paula Pérez Vázquez
- 599** Ponderación de los neuroderechos, un paradigma emergente en el ámbito jurídico.
Por Joaquín Romeo Ceuppens

DOCTRINA INTERNACIONAL DESTACADA

- 617** De la reivindicación o acción de dominio.
Por Carlos M. Ramírez Romero
- 661** Las peticiones de extradición cursadas por Ministerios Fiscales.
Por Pedro Félix Álvarez de Benito
- 683** El juicio político de magistrados y los últimos estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones sobre el caso de Ríos Ávalos y otro vs. Paraguay".
Por Jorge Alejandro Amaya

SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN

- 693** Nota del Consejo Editor-Redactor
- 695** Causales más comunes y criterios interpretativos en juicios de nulidad de marcas en el Paraguay.
Docente responsable: Aldo Fabrizio Modica Bareiro; Miembros estudiantes: Mónica Villalba. (Coordinadora), Ana Torres, Jimena Silva, Astrid Kroppff y Gustavo Páez

EDITORIAL

Hace ya más de 31 años que la Revista Jurídica de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" se ha dedicado exitosamente a la proeza de publicar una revista anual, que recopila artículos de interés jurídico, realizados por profesionales, magistrados, docentes y alumnos. Estas distintas ediciones han propugnado la difusión del conocimiento jurídico a la sociedad en general, sirviendo como instrumento para fortalecer los valores de la academia jurídica nacional. Es por ello que la Revista Jurídica de la UC posee merecidamente el prestigio que hoy ostenta.

La obra que hoy nos complace presentar es digna sucesora de treinta ediciones anteriores que gozan de un altísimo nivel doctrinario y sin lugar a dudas han dejado su marca en la cultura jurídica nacional. Año tras año, la Revista Jurídica se presenta como un espacio dentro de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas que fomenta la investigación científica universitaria.

Llevar adelante la publicación de la Revista Jurídica no es trabajo sencillo, pues requiere de mucho esfuerzo, dedicación y sacrificio de parte de un gran número de personas para poder hacer esta obra una realidad. En tal sentido, cabe agradecer a todos aquellos quienes han colaborado a llevar a buen puerto la presente edición de la Revista Jurídica.

El Consejo Editor-Redactor, compuesto por la Comisión Directiva, Miembros Titulares, Miembros Suplentes y Colaboradores, ha trabajado arduamente para hacer de la obra que se encuentra en sus manos una realidad. Publicar esta Revista no se trata de simplemente aglutinar una serie de artículos, sino que implica un trabajo de captación de autores, redacción de artículos, edición y selección de los mismos. Quienes conformamos este equipo asumimos con orgullo el compromiso de dirigir la revista jurídica universitaria con mayor trayectoria y prestigio en nuestro medio, sumándonos a una larga tradición de jóvenes comprometidos con la investigación científica y que buscan contribuir a la academia jurídica nacional.

Destacamos, además, el gran trabajo del Consejo Editor-Redactor del 2023 por dedicar sus esfuerzos este año a visibilizar aún más a la Revista Jurídica mediante actividades como: charlas de captación de alumnos, talleres de redacción de ensayos científicos y conversatorios con exponentes de primer nivel. Del mismo modo, celebramos el fortalecimiento de la comunidad universitaria, mediante convenios y actividades realizadas con el CEDUC, la FEUCCA y la Asociación de Abogados Egresados de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción".

Agradecemos, así también, al Consejo Asesor por habernos guiado a lo largo de este año mediante sus pareceres y sugerencias que han demostrado ser útiles y sabios.

La presente edición ofrece una gran variedad de temas. Los artículos que componen la 31^ª Edición no solo versan sobre distintas ramas del conocimiento jurídico, sino también tratan sobre temas innovadores, interesantes y actuales. La trigésima primera edición de esta obra, en el afán de estar a la altura de sus predecesoras, ha logrado compilar una serie de prometedores artículos de las distintas ramas del Derecho.

Otra de las grandes novedades de la presente edición se trata del primer trabajo de investigación del Semillero de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, proyecto creado con miras a incentivar la cultura de la investigación actuando como un vehículo para compartir conocimiento y promover el debate en el ámbito jurídico, guiados por un docente responsable.

Esperamos que en las próximas páginas encuentre una obra que demuestre ser útil y sirva de inspiración a otros, profesionales y alumnos, a aportar al avance de la academia jurídica.

Joaquín Romeo Ceuppens Jara
DIRECTOR



revistajurídica

DERECHO AMBIENTAL



RECURSOS HÍDRICOS TRANSFRONTERIZOS UNA SEMBLANZA RESPECTO A LA IMPORTANCIA DE CONTAR CON UNA NORMATIVA REGIONAL QUE LO REGULE

Ximena Centurión Cárdenas¹

RESUMEN: El objeto del presente artículo es el estudio de la normativa que rige la protección de los recursos hídricos subterráneos, con énfasis en el Acuífero Guaraní. Los acuíferos, por constituirse en recursos de agua subterránea, no suelen ser objeto de muchas investigaciones, razón por la cual la falta de información, de certeza científica y sobre todo la poca operatividad de entes de control y regulación, son los principales desafíos que se encuentran a la hora de abordar cualquier análisis del tema. En el proceso de la presente investigación se hace un recorrido sobre los esfuerzos llevados a cabo a nivel regional por lograr una protección normativa en el eje temático, los avances y actualizaciones del mismo y un análisis de los principales postulados establecidos en el Acuerdo del Acuífero Guaraní.

PALABRAS CLAVES: Acuífero Guaraní, Recursos Hídricos, Aguas Transfronterizas, MERCOSUR.

ABSTRACT: The purpose of this article is the study of the regulations governing the protection of groundwater resources, with emphasis on the Guaraní Aquifer. Aquifers, because they constitute groundwater resources, are not usually the subject of much research, which is why the lack of information, scientific certainty and, above all, the lack of operation of control and regulation entities, are the main challenges faced. found when addressing any analysis of the subject. In the process of this investigation, a journey is made on the efforts carried out at the regional level to achieve regulatory protection in the thematic axis, the advances and updates of the same and an analysis of the main postulates established in the Guaraní Aquifer Agreement.

KEYWORDS: Guaraní Aquifer, Water Resources, Transboundary Waters, MERCOSUR.

I. Introducción

Al hablar de recursos hídricos se trata de un recurso de primer orden, desde el mismo instante en que representa en sí la base para el sostenimiento de la vida humana en el planeta.

La relación existente entre los recursos hídricos y los derechos humanos es muy estrecha. Es irrefutable el hecho de que el acceso al agua y al saneamiento es una cuestión indispensable para garantizar un nivel de vida digno para la población.

En países donde este recurso escasea o en aquellos donde las condiciones del agua no son óptimas para el consumo, se hacen evidentes las consecuencias a nivel de salubridad, crecimiento económico y ambiental. Todo ello ha motivado

¹ Abogada, Notaria Pública egresada de la Universidad Nacional de Asunción (2020/2021). Especialista en Didáctica Superior Universitaria de la Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Filosofía (2022). Especialista en Legislación Ambiental (2023).

la preocupación de la comunidad internacional y desencadenado en la redacción de numerosos instrumentos internacionales tendientes a garantizar su protección.

En aras de la necesidad de potenciar la colaboración internacional alrededor de ejes claves y lograr alcanzar una mirada integradora hacia un desarrollo común, los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas elaboraron los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con sus 169 metas y 231 indicadores. El Objetivo N° 6 hace referencia a la necesidad de “Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”, de modo que el desarrollo del presente trabajo está relacionado al ODS No 6.

Como se ha mencionado en párrafos anteriores, el acceso al agua está íntimamente ligado al nivel de vida de la población. Si se tiene en cuenta el contexto internacional, cada vez son más los países que sufren lo que se conoce como *estrés hídrico*. “El estrés hídrico es un concepto que se utiliza cuando la demanda de agua es mayor que la cantidad de la que se dispone o cuando su uso se ve restringido para su baja calidad”²

En ese sentido, se resalta la fortuna del Paraguay al poseer una gran disponibilidad energética a partir de los recursos hidroeléctricos. De hecho, es uno de los países con mayor índice de generación de energía hidroeléctrica per cápita en el mundo, y también es un país rico en recursos hídricos subterráneos, como son los Acuíferos Guaraní, Patiño, Caacupé, por solo mencionar algunos.

A pesar de la incuestionable importancia que revisten los recursos hídricos en general, un tema aún más complejo es el que hace a los recursos hídricos transfronterizos, donde la protección normativa que circunda la cuestión es aún incipiente. Muy pocas personas tienen conocimiento de que a nivel MERCOSUR se cuenta con una ley ratificada que regula la protección transfronteriza del Acuífero Guaraní³.

La protección inicial se dio sobre aguas superficiales y hasta el día de la fecha la normativa de aguas subterráneas transfronterizas, materia del presente artículo, es todavía un camino un tanto inexplorado.

La falta de normativa que regule esta cuestión dificulta la correcta y eficiente gestión de los recursos hídricos subterráneos, al no contar con herramientas que ayuden a lograr una armonización de criterios en cuanto a cuestiones básicas, como ser el monitoreo, aprovechamiento sustentable e intercambio de informaciones que hagan posible el servicio responsable.

La importancia de contar con una armonización legislativa en el tema se apoya en el hecho de que las acciones emprendidas en el territorio de uno de los países por los cuales pase un acuífero transfronterizo, puede tener un impacto significativo en los demás países que el acuífero atraviesa.

² Sostenibilidad para todos, “Ranking de los países con mayor estrés hídrico” encontrado en: https://www.sostenibilidad.com/agua/ranking-paises-mayor-estres-hidrico/?_adin=02021864894.

³ Ley 6037 “Que aprueba el acuerdo sobre el Acuífero Guaraní”.

Al considerar que la falta de una gestión coordinada de recursos hídricos compartidos puede traducirse en la pérdida de recursos, beneficios y deterioro del desarrollo socioeconómico, se advierte la complejidad que circunda la cuestión.

Los problemas observados sirven de fundamento para asegurar el ciclo hidrológico con base en los criterios de uso racional y sustentable, y, sobre todo, adoptar todas las medidas necesarias para eliminar o reducir el perjuicio que se pueda ocasionar al territorio de los Estados Partes.

Ya en el año 2000 se ha establecido como meta “la reducción del porcentaje de personas que carecen de acceso sostenible al agua potable para el año 2015”, dentro del Objetivo de Desarrollo del Milenio (ODM) N° 7.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en noviembre de 2022 adoptó la Observación General N° 15 sobre el derecho al agua, donde establecía que “El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna”.

La Observación n° 15 también define el derecho al agua como el de cada individuo para disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

II. Definiciones

Aguas transfronterizas

El primer paso, antes de focalizar el estudio analítico-normativo de la unidad de análisis, es definir qué se consideran *aguas transfronterizas*. Si bien no existe consenso sobre la definición del término, se considera apropiado traer a colación la definición prevista en el artículo 1 del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales⁴ que establece: “Por aguas transfronterizas se entienden todas las aguas superficiales o subterráneas que marcan, atraviesan o están situadas en las fronteras entre dos o más Estados (...)”

De la definición esbozada es posible resaltar la característica esencial de las aguas transfronterizas: la implicancia del agua por el territorio de dos o más estados.

Acuífero

Dentro de los recursos hídricos transfronterizos se encuentran los acuíferos “reservas de agua subterráneas. Almacenan el agua que reciben de la lluvia, que se filtra en el suelo y se aloja en las grietas de las rocas del sustrato o en la estructura porosa de los sedimentos”.⁵

⁴ También conocido como el Convenio del Agua, aprobado el 17 de marzo de 1992 por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

⁵ Pablo, Corso, Día Mundial del Agua: un secreto bajo el subsuelo, PERFIL, Marzo, 2022, consultado en: <https://www.perfil.com/noticias/ciencia/dia-mundial-del-agua-un-secreto-bajo-el-subsuelo-modof.phtml>

Sistema acuífero

Es la serie de dos o más acuíferos que están conectados hidráulicamente⁶.

Sistema Acuífero Guaraní.

“El Sistema Acuífero Guaraní (SAG) es un cuerpo transfronterizo de rocas, que contiene agua subterránea presente en grandes porciones del subsuelo de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Es el tercer acuífero más grande del mundo, detrás del Areniscas de Nubia en África y la Gran Cuenca Artesiana en Australia. Formado por rocas sedimentarias predominantemente arenosas, representa una de las mayores reservas de agua dulce del mundo. Tiene 37.000 kilómetros cúbicos de agua de diversas calidades. Podría abastecer una población de 360 millones de personas, con una dotación de 300 litros diarios por habitante”.⁷

II- Origen y rol que cumplen los acuíferos

El primer paso es conocer el origen del Acuífero Guaraní. De esa manera es posible valorar su alto contenido histórico y cultural, amén de los servicios ambientales que este recurso provee. El origen del Sistema del Acuífero Guaraní data del año 2006. En aquel entonces, en la región existían pequeños acuíferos, como ser el acuífero Tacuarembó en Uruguay, Misiones en Paraguay, Botocatu en Brasil. La idea fue juntar estos pequeños acuíferos ubicados en los países vecinos para denominar al Sistema Acuífero Guaraní (SAG), en honor a las comunidades indígenas que habitaban parte de esa área geográfica.

El segundo paso es captar cómo se forman los acuíferos, con la salvedad correspondiente de que la explicación no pretende entrar a tallar en cuestiones técnicas, por revestir el presente artículo un carácter jurídico y no técnico.

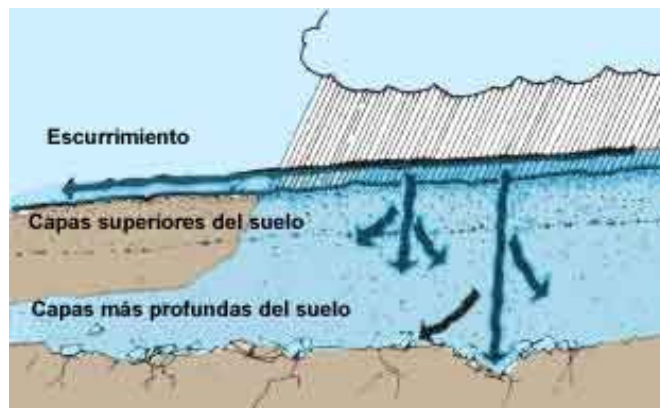
El agua subterránea de la cual está formado el acuífero ciertamente proviene de la lluvia; esta, al entrar en contacto con la tierra, se filtra y se incorpora a los acuíferos. Dicho esto, es importante aclarar que existen muchas cuestiones técnicas que condicionan la formación y recarga de los mismos, siendo una de las más importantes la permeabilidad del suelo.

Cabe acotar que, técnicamente hablando, no siempre el agua proveniente de la lluvia se incorpora como recarga de los acuíferos, debido a que, según el suelo, puede infiltrarse o escurrirse por la superficie. Es por ello que puede haber zonas donde, si bien se den muchas lluvias, las especificaciones del suelo impiden la recarga del acuífero.

La infiltración ocurre cuando el agua penetra las capas superficiales y llega a las capas más profundas. El escurrimiento, sin embargo, ocurre cuando el agua no puede infiltrarse y se escurre en la superficie. A modo de mejor ilustración se incorpora la siguiente imagen:

⁶ Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), enero, 2016, consultado en: <http://geftwap.org/publications/vol-1-spm-spanish>.

⁷ Pablo, Corso, Día Mundial del Agua: un secreto bajo el subsuelo.



8

Otra generalidad importante a tener en cuenta es que todo acuífero contiene zonas de recarga y de descarga. Identificar estas zonas es importante para asegurar su protección y manejo. En toda normativa que regule la protección de recursos hídricos subterráneos debe especificarse la especial protección de las mismas y en muchas ocasiones identificarlas no es tarea sencilla, se requiere de diversas pesquisas, estudios de campo, tomas de muestras, etc.

En cuanto a las funciones, se destaca que los acuíferos cumplen varias; entre las más importantes se encuentran las funciones reguladoras, productoras y culturales.

Entre las funciones reguladoras se encuentra la capacidad que tienen los acuíferos de amortiguar las inundaciones, debido a su capacidad de absorción.

Entre la función productora está la capacidad de extracción, ya sea que esté destinada para el consumo humano, industrial o agropecuario.

En cuanto a la función cultural, se menciona que ofrecen también servicios culturales destinados a la tradición y ocio, como las aguas termales y demás actividades recreativas, terapéuticas.

III. Una mirada a los acuíferos transfronterizos de mayor envergadura

Los Acuíferos Transfronterizos de mayor envergadura o más grandes del mundo se encuentran en África, que por ser un continente que se caracteriza por sus zonas áridas, la recolección de datos y estudios constituye una desafiante tarea.

Entre los acuíferos más grandes del mundo se encuentran los siguientes:

⁸ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) consultado en: https://www.fao.org/fishery/docs/CDrom/FAO_Training/FAO_Training/General/x6705s/x6705s01.htm.

Areniscas de Nubia en África, Gran Cuenca Artesiana en Australia, Acuífero Guarani en Argentina Brasil, Uruguay y Paraguay, Norte del Sahara en África, Cuenca de Taoudeni en África, Cuenca de Murzuk en África, Cuenca de Illurmeden en África, entre otros.

A modo general se puede mencionar, por ser el más grande, al Sistema Acuífero de Piedra Arenisca de Nubia, ubicado en la parte oriental del desierto de Sahara, en el noreste de África y lo comparten Chad, Egipto, Libia y Sudán.

Un dato interesante sobre el manejo del Acuífero Transfronterizo más grande del mundo es que se cuenta con un documento regional respaldado por los cuatro países nubios que proporciona una hoja de ruta para el camino a seguir, e indica acciones de gestión unificadas en lo relativo a políticas, reformas legales e institucionales, factores de éxito, así como factores de riesgos e inversiones necesarias para abordar problemas transfronterizos prioritarios.

Si bien Egipto y Libia fueron los primeros países en demostrar el interés mutuo de tener una organización regional de gestión transfronteriza, no fue sino a principios de la década de 1980 cuando estos esfuerzos empezaron a encaminarse. Finalmente, los esfuerzos conjuntos se formalizaron en 1991 mediante el establecimiento de la Autoridad Conjunta para el Estudio y Desarrollo del Sistema Acuífero de Arenisca de Nubia (NSAS-JA, por sus siglas en inglés). De modo que se puede observar que el camino a transitar en todo lo relativo a la protección de recursos hídricos transfronterizos siempre requiere de tiempo y no es una tarea ni fácil ni rápida.

Otra particularidad interesante es que el acuerdo establece la constitución de la llamada "Autoridad Conjunta", con el objetivo de desarrollar actividades cooperativas mutuas para el desarrollo sostenible del Sistema Acuífero de Arenisca de Nubia, incluido el seguimiento y evaluación de las actividades de desarrollo promulgadas a nivel regional y nacional, el cual se adoptó en 1992. Sudán se unió a la cooperación en el año 1996 y Chad lo siguió en el año 1999. Los países nubios han institucionalizado su cooperación en la gestión a través de la Autoridad Conjunta. De acuerdo con los reglamentos internos, la Autoridad Conjunta es responsable del intercambio y la armonización de datos, la realización de estudios complementarios, la formulación de planes de desarrollo de aguas subterráneas, la aplicación de programas de desarrollo de capacidades, la conservación de los ecosistemas humanos y ambientales dependientes, la organización de simposios, la difusión de información relevante y la consolidación de relaciones con los interesados, ya sean organizaciones regionales o internacionales.

IV. Una mira hacia los instrumentos jurídicos internacionales que rigen los recursos hídricos transfronterizos

En la actualidad, si bien existe una gran cantidad de instrumentos que regulan las cuestiones que hacen al aprovechamiento de cuencas transfronterizas,

la mayoría de ellas regulan cuestiones de cuencas superficiales. Las que hacen a la protección de recursos hídricos transfronterizos subterráneos son todavía un tema de reciente data, objeto de constantes investigaciones.

Cuando nos encontramos ante un tema de incipiente desarrollo en el territorio de nuestro país, la primera interrogante que se presenta es ¿cómo se desarrolla esta cuestión en otros países? En ese tenor y en atención a la importancia de la que reviste el Sistema Acuífero de Piedra Arenisca de Nubia, por constituirse en el mayor acuífero de agua fósil del mundo, corresponde seguir la referencia iniciada en el título anterior en lo relativo a su funcionamiento y gestión.

El antes citado Sistema Acuífero de Piedra Arenisca de Nubia cuenta con una denominada “Autoridad Conjunta para el Estudio y Desarrollo del Acuífero de Arenisca de Nubia” (JASAD-NSAS, por sus siglas en inglés), que está ubicada en Trípoli, Libia. Es administrada a través de una Junta Directiva compuesta por tres miembros de rango ministerial. La Presidencia de la Junta va rotando entre los países miembros y las reuniones de la Junta Directiva se llevan a cabo periódicamente. El Presidente de la Junta representa a la Autoridad Conjunta en sus relaciones con terceros y ante los tribunales y, previa recomendación de la Junta Directiva, puede firmar contratos en nombre de la Autoridad Conjunta. El Presidente del Consejo de Administración también está autorizado a invitar a representantes de organizaciones internacionales e instituciones donantes para asistir a las reuniones de la Junta Directiva en calidad de observadores (Acuerdo de Autoridad Conjunta 1992).

A nivel nacional, la Autoridad Conjunta trabaja a través de oficinas nacionales focales y coordinadores en cada uno de los Estados miembros que son designados por los ministerios pertinentes en cada país. Las instituciones focales son: el Instituto de Investigación de Aguas Subterráneas (Egipto), la Autoridad General del Agua (Libia), la Dirección de Aguas Fuera del Nilo (Sudán) y la Dirección de l’Hudraulique, le Ministère de l’Environnement et de l’Eau (Chad). Los jefes de estas instituciones funcionan como coordinadores nacionales que son asistidos por personal directivo y técnico nacional, en atención al carácter técnico que revisten las cuestiones tendientes a regular lo relativo a recursos hídricos subterráneos.

Usando como muestra y una potencial hoja de ruta, el manejo del Acuífero Transfronterizo más grande del mundo puede destacarse en la importancia de contar con Acuerdo Normativo y una Autoridad Conjunta como órgano regulador.

V. Una mira hacia los instrumentos jurídicos nacionales que rigen la protección del Acuífero Guarani

El primer esfuerzo a nivel regional dentro del MERCOSUR, a fin de constituir un grupo especializado en temas ambientales relacionado con el Acuífero Guarani, se dio en el año 2004, cuando el máximo órgano decisorio del bloque, el

Consejo del Mercado Común (CMC) crea un Grupo de Alto Nivel para elaborar un Acuerdo que regule aspectos especializados para proteger este valioso recurso hídrico. El MERCOSUR, de esta forma, daba un decidido paso adelante hacia el cuidado del ambiente al conformar el citado grupo especializado, en un decidido afán de proteger el ya mencionado recurso hídrico.

Así, por Decisión CMC N° 25/2004, el Consejo del Mercado Común crea el "Grupo de Alto Nivel del Acuífero Guaraní" con el objetivo claro y preciso de negociar un "Acuerdo relativo al Acuífero Guaraní", el cual estuvo conformado por autoridades de alto nivel de los cuatro países, quienes se han reunido en contadas ocasiones hasta lograr un texto consensuado. Para el efecto, se ha tenido en cuenta meditados datos técnicos que han sido incluidos en la normativa regional en cuestión.

Tres han sido los aspectos sobre los cuales trabajó este Grupo de Alto Nivel:

El primero: la propiedad del acuífero; el segundo: la conservación del mismo; el tercero: su uso. Lo más importante a considerar aquí es que desde un primer momento este grupo consideró defender la postura que el acuífero no sería pasible de ser declarado "patrimonio universal" sino de los Estados por donde discurren las aguas subterráneas. Así se pensó con el fin de preservar el futuro del acuífero de cualquier pretensión foránea a la de los cuatro países que son los genuinos propietarios del mismo, y precautelar los derechos de los Estados Partes del MERCOSUR frente a terceros países no-pertenecientes al territorio cubierto por este recurso hídrico.

La precitada decisión fue suscrita en ocasión de la XXVI Reunión Ordinaria del CMC, celebrada en la Ciudad de Puerto Iguazú, República Argentina, el 7 de julio de 2004. Era la primera vez que el proceso de integración mercosureño abordaba con preocupación, responsabilidad y decidida acción este tema, considerado de importancia trascendental.

Pero volviendo al texto de la norma MERCOSUR ya citada, la Decisión CMC N°25/04, en el Considerando de la misma se deja entrever varios aspectos interesantes. Uno de ellos es el abordaje del tema por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), donde se señala que el tema de las "aguas subterráneas" ha sido incluido en el marco de trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (cfr. Dec.25/04).

Ahora bien, hay una importante salvedad hecha en el último párrafo del Considerando de la citada norma, donde se establece claramente la exclusividad de dominio territorial soberano en favor de los cuatro países por donde subterráneamente discurren las aguas; esto es, efectivamente, los ámbitos territoriales de la Argentina, del Brasil, del Paraguay y de la Argentina. En una palabra: estos países son los únicos titulares del Acuífero.

¿Por qué es importante esta salvedad? Porque en caso de que más Estados vayan incorporándose al MERCOSUR –como ha sido el caso de Venezuela, y

ahora de Bolivia, que es un Estado en proceso de adhesión- aún así, los únicos responsables de ejercer la tutela de derechos sobre el Acuífero Guaraní son los cuatro países por donde dichas aguas subterráneas transfronterizas discurren. También es importante esta acotación para señalar, desde el Derecho Internacional Público y del Derecho de los Tratados, que la soberanía del Acuífero es exclusiva del MERCOSUR, pero dentro del MERCOSUR, lo es a su vez de los cuatro países mencionados.

En el Proyecto de Ley sobre el “Acuerdo del Acuífero Guaraní” que el Poder Ejecutivo de la República Oriental del Uruguay remitió al Congreso de ese país, el 10 de noviembre en el 2011, en la Exposición de Motivos del mismo, hay varios datos del Acuífero Guaraní de suma trascendencia a ser tenidos en cuenta en dicho documento legislativo: es una de las reservas de agua potable más grandes del mundo; su extensión abarca 50.000 kilómetros cúbicos; el área territorial que abarca es de 1.175.000 kilómetros cuadrados. De esta extensión, 850.000 km² corresponde al Brasil; Argentina posee 225.000 km²; Uruguay 70.000 km² y Paraguay 40.000 km²⁹; su capacidad está calculada para abastecer a la población mundial por 200 años, a razón de 100 litros por habitante por día.

El acuífero se va recargando constantemente con las aguas de lluvia que van penetrando en las capas basálticas fracturadas que están en la superficie, por donde al agua se cuela y va recargando el acuífero.

Se valora este recurso como la cuenca hídrica y la fuente de agua dulce más importante del mundo, considerando que, si bien la de Australia es de incluso mayor extensión, la extracción de agua potable es mucho más fácil que en la cuenca australiana, cuya extracción es mucho más costosa.

No obstante, se observa que precisamente en los lugares de recarga del acuífero se encuentran asentamientos poblacionales, industrias, fábricas de agroquímicos, factores que pueden aumentar la contaminación del acuífero.

Cabe señalar que en la parte dispositiva de la norma, específicamente en el artículo 2, se centra el principal cometido de que el máximo órgano decisorio del bloque, el Consejo del Mercado Común (CMC), le encargó a este Grupo de Alto Nivel: “(...) elaborar un proyecto de Acuerdo (...) que consagren los principios y criterios que mejor garanticen sus derechos sobre el recurso de aguas subterráneas como Estados y en la subregión (...) podrá asimismo incluir las condiciones y formas de gestión y monitoreo del Acuífero Guaraní”.

De este modo, los parámetros estarían focalizados a un aspecto jurídico de dominio territorial, pero sin descuidar aspectos relativos al mejor uso y conservación del acuífero.

⁹ Si bien esta extensión representa entre el 5 y 9% del territorio total del Acuífero, su importancia radica en que el 25% de la zona de recarga del mismo está en territorio paraguayo.

VI. El “Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní”

Consideraciones Generales

Este instrumento fue suscrito en la ciudad argentina de San Juan el 2 de agosto de 2010. Es una de las pocas normas negociadas dentro del ámbito del MERCOSUR, pero cuyo formato no fue circunscrito a dicho ámbito, sino más bien por la soberanía de los cuatro países firmantes al amparo de Tratados y Acuerdos que son parte del Derecho Internacional Público.

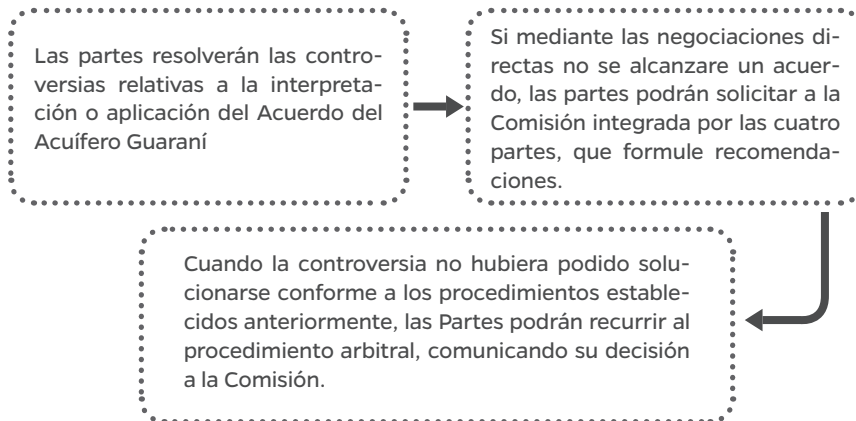
Tal como ya se mencionó, lo estipulado en el Artículo 1 del Acuerdo del Acuífero Guaraní es de vital importancia, debido a que establece que la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay son los únicos titulares de ese recurso.

El artículo 5 del Acuerdo del Acuífero Guaraní establece que “las partes que se propongan emprender estudios, actividades u obras relacionadas con las partes del Sistema Acuífero Guaraní que puedan tener efectos más allá de sus respectivas fronteras, deberán actuar de conformidad con los principios y normas de derecho internacional aplicable”. En cuanto a este artículo es importante determinar cuáles son esos principios del derecho internacional aplicables al caso y también es importante resaltar la necesidad de contar con una comisión conjunta que realice reuniones periódicas, a fin de efectivizar lo dispuesto en el presente artículo. Solamente con una periodicidad de tiempo entre las reuniones será posible hacer un efectivo seguimiento a los proyectos, estudios, actividades u obras que se quieran realizar.

En varios artículos del Acuerdo se establece la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias para evitar que se causen perjuicios sensibles; y que en caso de realizarlo se adopten todas las medidas necesarias para eliminar o reducir el perjuicio. En este punto, se puede resaltar la importancia de realizar estudios técnicos que permitan recabar datos que ayuden a identificar, de manera preventiva, posibles riesgos y, en la misma línea mencionada, en caso de que la afectación ya se haya producido, establecer las pautas de acción sobre los medios más eficaces para eliminar o reducir el perjuicio. Apostando a la investigación científica se podrá avanzar en las medidas preventivas y correctivas.

Por otra parte, en el artículo 12, se establece la necesidad de contar con programas de cooperación con el propósito de ampliar el conocimiento técnico y científico sobre el SAG. Se resalta la importancia de este artículo, debido al carácter incipiente y complejo de los recursos hídricos en general y de los acuíferos en particular. Solo apostando a la investigación, análisis y estudios técnicos se pueden hacer efectivos los postulados establecidos en el Acuerdo del Acuífero Guaraní y efectivizar la protección y promoción del mismo.

Mecanismo establecido en el Acuerdo del Acuífero Guaraní para la resolución de conflictos



Este mecanismo de resolución de conflictos está previsto en los artículos 16 al 19 del Acuerdo del Acuífero Guaraní. El artículo 19 resalta la necesidad de que las partes establezcan un procedimiento arbitral para la solución de controversias en un protocolo adicional, en caso que la Comisión del SAG no logre solucionar el diferendo.

Es de destacar de igual forma los artículos 6 y 7, los cuales señalan con claridad que cada país signatario del Acuerdo es responsable del uso que le da a su porción del acuífero, pero a su vez lo hace responsable de cualquier acción o actividad que pueda perjudicar a la/las otra/otras partes.

Si observamos bien lo que dice el párrafo último ya mencionado del Considerando, el mismo expresa que estos países son a su vez “responsables de su desarrollo sostenible”; es decir, son quienes tienen la alta responsabilidad de cuidar el recurso desde el punto de vista de su “sostenibilidad ambiental”; o, dicho de otra manera, de su perdurabilidad en condiciones ambientalmente adecuadas.

Si bien el acuerdo sobre el acuífero guaraní se suscribe en el año 2010, recién fue ratificado y entrado en vigor una década después, específicamente el 26 de noviembre de 2020.

Es decir que negociar este acuerdo fue un proceso bastante largo que empezó en 2004 y terminó en 2020.

En Paraguay, los temas relacionados con el Acuífero Guaraní son abordados por el Departamento de Cuenca del Plata y Navegación Fluvial del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Según consultas realizadas en el marco de la presente investigación a funcionarios de la Dirección supra mencionada, actualmente la delegación de la República Oriental del Uruguay está trabajando en una propuesta de Reglamento que está siendo revisada a nivel interinstitucional.

Es dable agregar en este punto que toda normativa que se constituya al amparo del MERCOSUR, *ipso jure* está sujeta al Sistema de Solución de Controversias del bloque. En ese sentido, si el artículo 2 citado *supra*, encomienda al Consejo del Mercado Común elaborar un proyecto de Acuerdo que garantice los derechos de los Estados sobre este recurso hídrico subterráneo, *ipso facto* dicho Acuerdo adhiere al plexo normativo o Fuentes Jurídicas del MERCOSUR, contemplado en el Artículo 41 del Protocolo de Ouro Preto. A su vez, esto conlleva la inclusión del Acuerdo al Artículo 1 del Protocolo de Olivos, el cual cita las normativas regionales pasibles de recurrencia al mecanismo arbitral que establece el Sistema de Solución de Controversias del MERCOSUR, contemplado en el ya citado protocolo.

Lo antedicho hace concurrir inmediatamente a los procedimientos de solución de diferencias que pudieran existir sobre dicho Acuerdo, desde el momento en que formen parte de la Normativa MERCOSUR, vigente para todos sus Estados Partes. De ese modo, ante cualquier conflicto, tendríamos no solo la posibilidad de intervenir en la instancia de la Comisión del SAG, sino también del Tribunal Permanente de Revisión, máximo órgano jurisdiccional del bloque, cuya sede permanente se encuentra en Asunción del Paraguay.

Complementando la información adicional, los árbitros permanentes que componen dicho Tribunal regional están asimismo facultados a emitir Opiniones Consultivas. Este valioso recurso –lastimosamente muy poco utilizado por desconocimiento– permite a dicho Tribunal emitir un parecer técnico-jurídico altamente especializado sobre cualquier materia que vincule cuestiones en que la Normativa MERCOSUR sea recurrida.

Durante los años 2003 - 2009 se llevó a cabo el “Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní (PSAG)”, financiado por el Fondo Mundial para el Medio Ambiente (GEF, por sus siglas en inglés), para aumentar el conocimiento referente al acuífero y proponer medidas de carácter técnico, legal e institucional para su gestión sostenible. El resultado fue el PEP - Plan de Ejecución del Proyecto de Porte Medio (PPM/PAE-SAG): Implementación del Programa de Acción Estratégico (PAE) del Sistema Acuífero Guaraní (SAG). Facilitando Acciones Regionales” es el documento que presenta la estrategia de ejecución.

Actualmente, en la misma línea, se está ejecutando otro proyecto también financiado por el GEF, que tiene como objetivo ayudar a los países a acelerar la implementación de las acciones regionales del PAE y establecer los marcos de coordinación técnica y las herramientas indispensables para la sostenibilidad del recurso en el largo plazo. Esta iniciativa es bastante interesante porque prevé proponer mecanismos de apoyo subsidiario al Acuerdo del Acuífero Guaraní para fortalecer la cooperación transfronteriza entre los países del SAG, permitir a los países detectar la evolución en el tiempo y el espacio de parámetros clave de calidad y cantidad de las aguas del SAG, tanto a nivel regional como local, entre otras cuestiones. Se constituye como un punto intermedio entre el Acuerdo

del Acuífero Guaraní y el Programa de Acción Estratégica.

A modo referencial se trae a colación el Tratado de la Cuenca del Plata¹⁰, que data del año 1969 y fue instaurado con el objetivo de que las partes contratantes convengan mancomunar esfuerzos con el objeto de promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata. Es decir, hace referencia a las aguas superficiales, pero se pueden extraer unos criterios a tener en cuenta para que el arreglo del Acuerdo del Acuífero Guaraní se considere operacional.

Los criterios mencionados precedentemente se basan en aspectos esenciales dentro de la cooperación sustantiva en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos, tales como la existencia de un órgano conjunto, el intercambio de información y la comunicación frecuente y oficial entre países ribereños.

A efectos de mejor ilustración, citamos el Art. II del Tratado de la Cuenca del Plata, haciendo la salvedad correspondiente de que el mentado Tratado versa sobre recursos hídricos superficiales.

• Artículo II. - Los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países de la Cuenca del Plata se reunirán una vez por año, en fecha que será sugerida por el Comité Intergubernamental Coordinador, a fin de trazar directivas básicas de política común para el logro de los propósitos establecidos en este Tratado; apreciar y evaluar los resultados obtenidos; celebrar consultas sobre la acción de sus respectivos Gobiernos en el ámbito del desarrollo multinacional integrado de la Cuenca, dirigir la acción del Comité Intergubernamental Coordinador y, en general, adoptar las providencias necesarias para el cumplimiento del presente Tratado a través de las realizaciones concretas que él demande.

Con base en el análisis de instrumentos que refieren a la protección de aguas transfronterizas, como ser el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, del Tratado de la Cuenca del Plata¹¹, se resalta la importancia de tres puntos importantes:

- Que exista una reunión periódica a efectos de plantear los lineamientos generales que llevaran a un mejor aprovechamiento del recurso hídrico, tal como lo establecido por ejemplo en el artículo 5 del Tratado de la Cuenca del Plata
- La importancia de la creación de una comisión
- Especificación de la información que se va compartir

VII. Fundamentos Constitucionales

El cimiento en el cual se apoyan los instrumentos legales tendientes a proteger los recursos hídricos es la Constitución Nacional. Es decir, los fundamentos de las leyes, resoluciones y decretos que hacen a la protección de cauces hí-

¹⁰ El Tratado establece que las partes contratantes convienen mancomunar esfuerzos con el objeto de promover el desarrollo armónico y la integración física de la Cuenca del Plata, pueden concluir acuerdos específicos o parciales, bilaterales o multilaterales, encaminados al logro de los objetivos generales del desarrollo de la Cuenca.

¹¹ Paraguay es el único país cuyo territorio está totalmente incluido en la Cuenca del Plata.

dricos, encuentran su origen, cimiento y fundamento en la Constitución Nacional, la cual dispone, en sus primeros artículos, el objetivo prioritario que reviste la protección ambiental y otros aspectos igualmente importantes, como ser: la obligación de recomponer e indemnizar, la defensa de los intereses difusos y aquellos intereses que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida.

A efectos de lograr una mejor comprensión de la idea desarrollada, pasamos a detallar los artículos de la Constitución Nacional que sirven de fundamento para la tipificación de la protección de cauces hídricos:

Artículo 7 - Del Derecho A Un Ambiente Saludable

Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente.

Artículo 8 - De la protección ambiental

Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas.

Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender ésta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales.

El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar.

Es sabido el carácter dinámico del derecho en general, pero en cuestiones que hacen al derecho ambiental este dinamismo es todavía más marcado.

Artículo 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.

Artículo 47 - De las garantías de la igualdad

El Estado garantizará a todos los habitantes de la República:

1. la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos

los que la impidiesen;

2. la igualdad ante las leyes;
3. la igualdad para el acceso a las funciones públicas no electivas, sin más requisitos que la idoneidad, y
4. la igualdad de oportunidades en la participación de los beneficios de la naturaleza, de los bienes materiales y de la cultura.

Artículo 141 - De los Tratados Internacionales

Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el artículo 137.

Siguiendo el orden de prelación de las leyes, establecido en la Constitución Nacional, en cuanto a la normativa nacional que rige lo relativo a aguas subterráneas se encuentra la Ley N° 3239 "De los Recursos Hídricos del Paraguay", específicamente los artículos 6 y 8 que se transcriben a continuación:

Artículo 6°- En la República del Paraguay los recursos hídricos superficiales y subterráneos son bienes del dominio público del Estado.

Artículo 8°. La gestión de los recursos hídricos compartidos con otros países, se regirá y/o normará por los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados por el Congreso Nacional y que se encuentren en vigencia.

La gestión de los recursos hídricos dentro del territorio nacional debe contemplar el cumplimiento de todas las obligaciones que el Estado paraguayo ha asumido con la comunidad internacional a través de los tratados y convenios que ha ratificado o a los que se ha adherido; en particular, los de derechos humanos.

Para entrar a analizar el bien jurídico tutelado de la Ley de Recursos Hídricos, cabe remitirse al Artículo 1° Ley 3239/2007 de Recursos Hídricos que establece cuanto sigue:

La presente Ley tiene por objeto regular la gestión sustentable e integral de todas las aguas y los territorios que la producen, cualquiera sea su ubicación, estado físico o su ocurrencia natural dentro del territorio paraguayo, con el fin de hacerla social, económica y ambientalmente sustentable para las personas que habitan el territorio de la República del Paraguay.

En el primer artículo de la mentada ley se observa que se busca regular la gestión sustentable e integral de las aguas con el fin de hacerla sostenible para las personas. Por ende, en concordancia con la Constitución Nacional, el bien jurídico tutelado es la vida y salud de las personas. Se protege el sector hídrico en la medida en que sirve de sustrato y sustento del hombre.

En líneas generales, de la Ley de Recursos Hídricos, específicamente en lo relativo a recursos hídricos compartidos, objeto de análisis del presente artículo, se pueden resaltar tres puntos principales:

Las aguas subterráneas se constituyen en bienes del dominio público del Estado.

Se reconoce la importancia de los instrumentos internacionales ratificados por el Congreso en lo relativo a la gestión de recursos hídricos compartidos (como el caso del Acuífero Guaraní).

Se busca integrar el aspecto económico, social y ambiental en la gestión de los recursos hídricos.

La trascendencia de que la misma normativa que regula la gestión de recursos hídricos en el país remita o respalde el compromiso asumido ante otros países mediante instrumentos jurídicos internacionales en lo relativo a recursos hídricos transfronterizos, radica en que de esta manera se encuentra armonizada, por un lado, la gestión de aguas que discurren dentro del territorio paraguayo y por otro lado, la gestión de aguas que discurren por más de un Estado, como el caso específico del Acuífero Guaraní.

La Ley N° 2559 que modifica el inciso b) del artículo 1898 de la Ley N° 1183/85 "CÓDIGO CIVIL" reza:

Artículo 1°. Modifícase el inciso b) del Artículo 1898 de la Ley N° 1183/85 *Código Civil*, cuyo texto queda redactado de la siguiente forma:

Art. 1898 inc. b) Los ríos y todas las aguas que corren por sus cauces naturales, y estos mismos cauces, así como las aguas subterráneas."

Principios del Derecho Ambiental visibles en el Acuerdo del Acuífero Guaraní

Siguiendo el mismo lineamiento del apartado anterior, antes de empezar a citar los principios ambientales aplicables al sustrato que ocupa a la presente investigación, es importante determinar a qué se refiere cuando se habla de principios. Para ello, vale apoyarse en la definición aportada por la Real Academia Española que establece cuanto sigue: "Los principios son axiomas que plasman una determinada valoración de justicia constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación"¹².

En cuanto a los principios del Derecho Ambiental se los puede vislumbrar claramente en la Ley N° 6037, que aprueba el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní. Se ha considerado útil, para una mayor y mejor comprensión de los mismos, reproducirlos en el siguiente cuadro:

¹² RAE. Diccionario Panhispánico del español jurídico, Madrid, 2023

Principios del Derecho Ambiental aplicables.	Artículos del Acuerdo Acuífero Guaraní
Principio de involucramiento de los actores	<p>Artículo 2: Cada Parte ejerce el dominio territorial soberano sobre sus respectivas porciones del Sistema Acuífero Guaraní, de acuerdo con sus disposiciones constitucionales y legales y de conformidad con las normas de derecho internacional aplicables.</p> <p>Artículo 8: Las Partes procederán al intercambio adecuado de información técnica sobre estudios, actividades y obras que contemplen el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del Sistema Acuífero Guaraní.</p>
Principio de Desarrollo Sostenible	<p>Artículo 3: Las Partes ejercen en sus respectivos territorios el derecho soberano de promover la gestión, el monitoreo y el aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos del Sistema Acuífero Guaraní, y utilizarán dichos recursos sobre la base de criterios de uso racional y sustentable, respetando la obligación de no causar perjuicio sensible a las demás Partes ni al medio ambiente.</p> <p>Artículo 4: Las Partes promoverán la conservación y la protección ambiental del Sistema Acuífero Guaraní de manera a asegurar el uso múltiple, racional, sustentable y equitativo de sus recursos hídricos.</p>
Principios del Derecho Ambiental aplicables	Artículo del Acuerdo del Acuífero Guaraní
Principio de prevención	<p>Artículo 5: Cuando las Partes se propongan emprender estudios, actividades u obras relacionadas con las partes del Sistema Acuífero Guaraní que se encuentren localizadas en sus respectivos territorios y que puedan tener efectos más allá de sus respectivas fronteras, deberán actuar de conformidad con los principios y normas de derecho internacional aplicables.</p> <p>Artículo 6: Las Partes que realicen actividades u obras de aprovechamiento y explotación del recurso hídrico del Sistema Acuífero Guaraní en sus respectivos territorios, adoptarán todas las medidas necesarias para evitar que se causen perjuicios sensibles a las otras Partes o al medio ambiente.</p>
Principio de responsabilidad	Artículo 7: Cuando se cause perjuicio sensible a otra u otras Partes o al medio ambiente, la Parte cuyo uso lo cause, deberá adoptar todas las medidas necesarias para eliminar o reducir el perjuicio.
Objetivación de la tutela ambiental	Artículo 9: Cada Parte deberá informar a las otras Partes de todas las actividades y obras a que se refiere el Artículo anterior que se proponga ejecutar o autorizar en su territorio, que puedan tener efectos en el Sistema Acuífero Guaraní, más allá de sus fronteras. La información ira acompañada de los datos técnicos disponibles, incluidos los resultados de una evaluación de los efectos ambientales, para que las Partes a las que se haga llegar la información, puedan evaluar los posibles efectos de dichas actividades y obras.

<p>Principio de Congruencia e integralidad</p>	<p>Artículo 10</p> <p>1. La Parte que considere que una actividad u obra a la que se refiere el Artículo 8, que se proponga autorizar o ejecutar otra Parte, pueda a su juicio ocasionarle un perjuicio sensible, podrá solicitar a esa Parte que le transmita los datos técnicos disponibles, incluidos los resultados de una evaluación de los efectos ambientales.</p> <p>2. Cada Parte facilitará los datos y la información adecuada que le sean requeridos por otra u otras Partes, con respecto a actividades y obras proyectadas en su respectivo territorio y que puedan tener efectos más allá de sus fronteras.</p>
<p>Principio de prevención.</p> <p>Aquí puede verse como la parte posiblemente afectada es la que tiene que demostrar que una acción emprendida por la otra parte le va a producir un daño, esto es lo que en Ciencias Jurídicas, dentro del ámbito del Arbitraje Internacional, se conoce como “verosimilitud del daño o amenaza de perjuicio”.</p>	<p>Artículo 11</p> <p>1. Si la Parte que recibe la información facilitada en los términos del numeral 1 del Artículo 10 llegara a la conclusión que la ejecución de las actividades u obras proyectadas le puedan causar perjuicio sensible, indicará sus conclusiones a la otra Parte, mediante una exposición documentada de las razones en que ellas se fundan.</p> <p>2. En este caso, las dos Partes analizarán la cuestión para llegar, de común acuerdo y en el plazo más breve posible, compatible con la naturaleza del perjuicio sensible y su análisis, a una solución equitativa sobre la base del principio de buena fe, y teniendo cada Parte en cuenta los derechos y los legítimos intereses de la otra Parte.</p> <p>3. La Parte que proporciona la información no ejecutará ni permitirá la ejecución de actividades u obras proyectadas, siempre que la Parte receptora le demuestre <i>prima facie</i> que estas actividades u obras proyectadas le causarán un perjuicio sensible en su espacio territorial o su medio ambiente. En este caso, la Parte que pretende realizar las actividades u obras se abstendrá de iniciar o de seguirlas mientras duran las consultas y negociaciones que deberán concluirse dentro del plazo máximo de 6 (seis) meses.</p>
<p>Principio de gradualidad y mejora continua</p>	<p>Artículo 12</p> <p>Las Partes establecerán programas de cooperación con el propósito de ampliar el conocimiento técnico y científico sobre el Sistema Acuífero Guaraní, promover el intercambio de informaciones y sobre prácticas de gestión, así como desarrollar proyectos comunes.</p> <p>Artículo 13</p> <p>La cooperación entre las Partes deberá desarrollarse sin perjuicio de los proyectos y emprendimientos que decidan ejecutar en sus respectivos territorios, de conformidad con el derecho internacional</p>
<p>Principio de involucramiento de actores.</p>	<p>Artículo 14</p> <p>Las Partes cooperarán en la identificación de áreas críticas, especialmente en zonas fronterizas que demanden medidas de tratamiento específico.</p>

VIII. Consideraciones finales

Desde el campo de las Ciencias Jurídicas esta investigación asume consciente consideración de la importancia que reviste contar con el respaldo normativo de cuestiones que buscan proteger la necesidad de contar con una normativa clara y específica en cuestiones ambientales debido a que se trata de un derecho humano fundamental.

La República del Paraguay, como Estado miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), se ha comprometido a cumplir la Agenda 2030, compuesta por los denominados ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible, en un inicio denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio), entre los cuales se enmarca el Objetivo N° 6: “Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos”, de modo tal que los esfuerzos que se hagan en materia hídrica deben estar en concordancia con el cumplimiento de este objetivo de Naciones Unidas.

Dentro de la normativa nacional se incluyen cuestiones que hacen a los recursos hídricos subterráneos; se hizo resumida mención de la normativa que rige estas cuestiones, si bien es de destacar la elaboración del Acuerdo del Acuífero Guaraní.

En un contexto internacional en el que priman la falta de normativa que regule el tema e incipientes estudios en el área, es necesario complementar la información en ella contenida, con el fin de operativizarlo.

La presente investigación, en su fase exploratoria, permitió realizar una mirada a la situación de los acuíferos en el mundo.

A pesar de que las aguas subterráneas no se traduzcan en muchos casos como la fuente principal de suministro, desempeñan un papel importante en los sistemas de abastecimiento de agua. Por este motivo deben ser protegidas y estratégicamente utilizadas y gestionadas como parte del Enfoque Integrado de Gestión de Recursos Hídricos.

El aporte que se presenta aquí se presenta es determinar las especificaciones a tener en cuenta a la hora de operativizar el Acuerdo del Acuífero Guaraní como una importante herramienta con la que ya cuenta la región.

La experiencia basada en el contexto internacional permite anticipar las consecuencias desalentadoras que se pueden producir ante la falta de políticas de gestión compartida de explotación de recursos hídricos subterráneos.

Como en la mayoría de las cuestiones, la voluntad y el compromiso políticos, se traducen en el principal punto de partida, y como requisito previo esencial para el desarrollo exitoso de cualquier proyecto.

La identificación de los problemas que circundan lo relativo a la gestión de

aguas subterráneas se constituye en el primer paso a la hora de abocarse a la tarea de la gestión de las mismas, debido a que la acción de identificar las amenazas y potenciales peligros permite focalizarse con mayor ahínco con el propósito de mitigarlos, manejar o prevenirlos.

Debido a la complejidad que reviste la cuestión, hay un amplio espectro de problemáticas que pueden surgir, tales como las que hacen a la extracción y contaminación por sustancias peligrosas.

El siguiente paso a tener en cuenta, para el estudio de las condiciones técnicas que hacen al acuífero, se inicia en conocer las características y el comportamiento del Acuífero Guaraní; y esto se constituye en requisito esencial a la hora de afrontar cualquier forma de gobernanza transfronteriza y formulación de planes de gestión.

Contar con información unificada y lo más actualizada posible sobre el sistema del acuífero contribuye a aportar una buena base de conocimiento y una buena comprensión de las condiciones técnicas del mismo, cuyos parámetros tales como: límites, cantidad y ubicación de recarga, deben ser estipulados por un equipo técnico debidamente especializado, donde la colaboración que se reciba por parte de los organismos de Cooperación Técnica Internacional debería aprovecharse.

Otro punto a tener en cuenta es la armonización legislativa e intercambio de datos. La cooperación entre los países por los que discurre un recurso compartido, sobre todo en lo relativo al tipo de información que será participada, es de vital importancia.

Si bien el Acuerdo del Acuífero Guaraní establece la necesidad del intercambio adecuado de información técnica, es importante que se pueda determinar específicamente a qué tipo de información se hace referencia.

Esa armonización legislativa debe incluir reglamentos de uso conjunto, protección de las zonas de descarga y recarga, así como normas de desarrollo sostenible y controles de extracción. Se destaca en este punto la necesidad de ser lo más específico posible en la normativa. En este punto se vuelve a destacar que Paraguay ha realizado un importante avance dentro de un tema inexplorado y de matices técnicos con constantes cambios.

Es importante la integración efectiva del órgano previsto en el Acuerdo y la conformación de un equipo multidisciplinario compuesto por expertos de los países involucrados, que se reúnan cada determinado tiempo, a efectos de interactuar sobre obras realizadas, gestión hidrológica sostenible, uso racional de aguas subterráneas, medidas tendientes a la reducción de impactos transfronterizos y cualesquiera cuestiones que hagan a la naturaleza transfronteriza

El modelado de estos acuíferos ayudará a determinar el rendimiento se-

guro de los acuíferos, así como a monitorear los niveles de contaminación. Se deben establecer redes de monitoreo del nivel y calidad de las aguas subterráneas, dentro de las cuencas de los acuíferos compartidos internacionalmente, para estudiar las fluctuaciones del nivel del agua subterránea y sus tendencias de calidad.

La promulgación y aplicación de leyes para proteger las áreas de recarga de los acuíferos, son necesarias para su desarrollo sostenible.

BIBLIOGRAFÍA

- Parlamento del MERCOSUR (PARLASUR). Acuífero Guaraní: Estratégico para el derecho humano al agua y desarrollo del MERCOSUR, consultado en; <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/14048/1/parlasur/acuifero-guarani:-estrategico-para-el-derecho-humano-al-agua-y-desarrollo-del-mercosur.html>.
- GUERRA, Cecilia Guido. (07 de junio de 2021). Acuífero Guaraní, un importante recurso hídrico transfronterizo, consultado en; <https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2021/06/acuifero-guarani-un-importante-recurso-hdrico-transfronterizo/>.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario panhispánico del español jurídico, consultado en: <https://dpej.rae.es/>.
- Virginia, Chiesa, Acuífero Guaraní. Un patrimonio regional (19 de marzo del 2007) consultado: en: https://www.ecoportal.net/temas-especiales/agua/acuifero_guarani-_un_patrimonio_regional.
- Alberto, Manggarelli, Sistemas Acuíferos Transfronterizos de América del Sur. El caso del sistema Acuífero Guaraní, consultado en: https://www.researchgate.net/profile/Valdir-Steinke/publication/359441894_Cooperacion_en_materia_de_aguas_transfronterizas_en_America_Latina_y_el_Caribe/links/623caa-245758b418f2a75aca/Cooperacion-en-materia-de-aguas-transfronterizas-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf#page=70.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y Agricultura (FAO), consultado en: https://www.fao.org/fishery/docs/CDrom/FAO_Training/FAO_Training/General/x6705s/x6705s01.htm
- World Water Week. Sustainable Management of the Shared Nubian Aquifer System, consultado en: <https://www.worldwaterweek.org/event/5502-sustainable-management-of-the-shared-nubian-aquifer-system>.

- Programa Hidrológico Internacional de la UNESCO para América Latina y el Caribe. Estrategias para la Gestión de Recarga de Acuíferos en zonas semiáridas, consultado en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000143819_spa/PDF/143819spa.pdf.multi.
- Great Artesian Basin Coordinating Committee, Reports of meetings and related events, consultado en: <https://web.archive.org/web/20060919224128/http://www.gabcc.org.au/public/content/ViewCategory.aspx?id=46>.
- Organización de los Estados Americanos (OEA),. El recurso invisible Acuíferos transfronterizos: una oportunidad de cooperación internacional, Agosto,2004, consultado en: https://www.oas.org/dsd/policy_series/3_spa.pdf.
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), Acuíferos transfronterizos y Sistemas acuíferos de los Pequeños Estados insulares en desarrollo, Enero de 2016, consultado en: <http://geftwap.org/publications/vol-1-spm-spanish>.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MEDIO AMBIENTE

Juan Martín Palacios Fantilli¹

*“La tierra proporciona lo suficiente para satisfacer las necesidades de cada hombre, pero no la codicia de cada hombre”
(Mahatma Gandhi).*

RESUMEN: Resulta una realidad palpable en la actualidad la violación constante del medio ambiente, con todas las consecuencias negativas que ello provoca, no solo en la salud pública, sino en la economía, en la educación y en las diversas actividades desarrolladas por todos los seres humanos. La aspiración a un planeta libre de contaminación y sano constituye un aspecto que debe formar parte de toda política pública global y supranacional, con la proyección de normas que tengan por objeto la defensa del ecosistema y del hábitat, aspirando al desarrollo humano integral. Además de la regulación contenida en el ordenamiento jurídico, todo individuo debe ser consciente, no solo a título personal, sino con un interés social, de lo prioritario que constituye preservar y conservar, prevenir el daño ambiental, recomponer y mejorar un medio ambiente, en especial, apuntando a dejarlo en una condición igual o más ventajosa con respecto a lo que recibió. En este trabajo se analiza el derecho ambiental como un derecho humano fundamental, poniendo énfasis en la protección jurídica para su efectiva vigencia.

PALABRAS CLAVES: medio ambiente- contaminación- ecosistema- desarrollo- daño ambiental- derecho ambiental

ABSTRACT: The constant violation of the environment is a palpable reality today, with all the negative consequences that it causes, not only in public health, but also in the economy, education and various activities engaged by every human beings. The aspiration for a pollution-free and healthy planet is an aspect that should be part of any global and supranational public policy, with the projection of rules aimed at the defense of the ecosystem and habitat, aiming at integral human development. In addition to the regulation contained in the legal system, every individual must be aware, not only on a personal basis, but with a social interest, of the priority of preserving and conserving, preventing environmental damage, restoring and improving an environment, especially, aiming to leave it in an equal or more advantageous condition with respect to how he or she received it. This paper analyzes environmental law as a fundamental human right, emphasizing legal protection for its effective enforcement.

KEYWORDS: Environment- contamination- ecosystem- development- environmental damage- environmental law

¹ Abogado y Escribano (Universidad Nacional de Asunción). Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Paraguay. Profesor de la Cátedra de Derecho Procesal Civil (Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" y Universidad Nacional de Asunción. Docente de Cursos de Postgrado de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (Campus Concepción, Guairá e Itapúa), Universidad Columbia del Paraguay, Universidad Nacional del Este (UNE), CEDEP, entre otras instituciones. Mediador del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara y Bolsa de Comercio del Paraguay. Magister en Derecho Privado por la Universidad Nacional de Rosario. Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Bologna). Curso de Doctorado en Ciencias de la Universidad Columbia del Paraguay. Realizó Cursos de Postgrado en Didáctica Universitaria, Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Procesal Civil y Métodos de Resolución de Conflictos. Coautor de la obra "Manual de Mediación" (2005) y de "Derecho del Consumidor" (2019). Ha publicado trabajos y monografías en revistas jurídicas especializadas y en obras colectivas. Ha presentado ponencias y ha dictado cursos en temas relacionados con el Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, con el Derecho Procesal Constitucional y con los Métodos de Resolución de Conflictos, entre otros. Es vicepresidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional, miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional (IPDC), miembro Adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC), miembro del Consejo Académico de la Revista Paraguaya de Derecho Procesal Civil, entre otras instituciones.

I. Introducción

La dinámica a nivel nacional e internacional ha venido cambiando sustancialmente, las realidades son distintas y las necesidades individuales y colectivas también se han diversificado; fenómenos como la globalización, la expansión de la industria con pocos parámetros sustentables, el crecimiento demográfico, la escasez de agua y de recursos naturales, incluso el agotamiento de los mantos petroleros, y la fuerte contaminación de variados ecosistemas han contribuido a panoramas crudos en cuanto al pronóstico de las economías globales sostenidas en fuentes naturales. Por ello, es urgente dar vida y certeza jurídica a derechos como el medio ambiente adecuado o ecológicamente equilibrado, articulando mecanismos idóneos y construyendo bases jurídicas sólidas para su protección, pero más que ello, viables y eficaces². En tal sentido, es sabido que los derechos humanos constituyen el resultado de luchas del individuo en convivencia con la sociedad, en la que nace, crece, se desarrolla y se desenvuelve, con base en el reconocimiento de la dignidad humana y su vinculación con la comunidad.

En el Paraguay, el derecho ambiental tiene máxima jerarquía, al encontrarse previsto en el Art. 7° de la Constitución Nacional del Paraguay de 1992, que consagra que: "Derecho a un ambiente saludable. Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Constituyen objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental pertinente". Por su parte, el Art. 8° "De la protección ambiental" dispone: "Las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la ley. Asimismo, ésta podrá restringir o prohibir aquellas que califique peligrosas. Se prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas, así como la introducción al país de residuos tóxicos. La ley podrá extender esta prohibición a otros elementos peligrosos; asimismo, regulará el tráfico de recursos genéticos y de su tecnología, precautelando los intereses nacionales. El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar". De las disposiciones constitucionales transcriptas se refleja el espíritu de los constituyentes, en el sentido de proyectar una fórmula completa, con la inclusión del concepto de "desarrollo sustentable", resaltando la importancia fundamental del "deber de preservarlo".

En este contexto, no solo debe ser considerado el ordenamiento jurídico vigente que, de por sí, no resulta suficiente para resolver los diversos conflictos que se suscitan en este ámbito, sino que es necesario que se prevea un sistema de protección jurídica colectiva para hacer efectivos los derechos vinculados con el medio ambiente. En la misma sintonía, los derechos humanos constituyen el resultado de luchas del individuo en convivencia con la sociedad, en la que nace, crece, se desarrolla y se desenvuelve, con base en el reconocimiento de la dignidad humana y su vinculación con la comunidad.

² Mariscal Ureta, Karla Elizabeth; Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales, consultado 15 de agosto de 2023, <https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/tutela-juridica-de-los-derechos-colectivos-ambientales/>.

II. Medio ambiente

Al hablar del medio ambiente se hace referencia al conjunto de componentes naturales, que funciona en forma equilibrada, los cuales se conforman en un territorio determinado en un cierto tiempo, lo que representa la superficie física en donde todo ser vivo desarrolla sus actividades y es susceptible de alteración por parte de la acción u omisión del ser humano. Como se advierte, el medio ambiente es el conjunto formado por todos los recursos naturales (geo, flora, y fauna, atmósfera, aguas y suelos), por cuya utilización racional (defensa y restauración) deben velar los poderes públicos, con la finalidad principal de proteger y mejorar la calidad de vida y el desarrollo de la persona. Es decir, engloba todo el sistema ecológico que interactúa con el hombre, abarcando el aire, el agua y la tierra, con los cuales se relaciona la existencia humana³.

La Constitución paraguaya de 1992 se enmarca en el modelo del constitucionalismo social y representa, a ese respecto, una extensión de las dos constituciones anteriores (Constituciones de 1940 y 1967). Es así como la Constitución dedica especial atención a temas como la economía, el trabajo, el bienestar, la educación, la cultura, la salud y el medio ambiente. Y, para que no quepan dudas acerca de la asunción del modelo, la propia Constitución asigna al Estado paraguayo la condición de Estado social (Art. 1º), desarrollando la fórmula a lo largo del texto⁴.

La aspiración del Estado social de transformación de la sociedad exige un rol activo del Estado para lograrlo. Este rol se manifiesta, preponderantemente, en el ámbito de los derechos sociales puesto que, en general, las prestaciones y acciones positivas que exige la mayoría de tales derechos las ejecuta el Estado o dependen, en gran medida, de él. Debe considerarse que los derechos sociales tienen como objetivo principal superar las desigualdades materiales de las personas individuales y de los grupos que conforman, mejorar sus condiciones de vida y asegurar su participación en la vida política, económica, cultural y social. Estos derechos requieren una decidida actuación estatal para su realización y, por tanto, carecen de entidad sin la decidida voluntad del Estado para concretar su materialización⁵.

¿Qué se considera medio ambiente sano?, ¿la palabra “todos” a quien o quienes hace referencia?, ¿cuáles son los medios idóneos de tutela? Así entonces, un individuo que se encuentre afectado en su salud por una fábrica que en el perímetro de su domicilio emite sustancias tóxicas, puede exigir el pago de daños por los detrimentos en su salud debido a la contaminación de la fábrica, solo bastará acreditar el daño y cuantificar, y para solicitar la indemnización puede demandar por vía civil los daños o bien por acción colectiva, cuando sean varios

³ Palacios Fantilli, Juan Martín; Responsabilidad civil por daño ambiental, en “Revista Paraguaya de Derecho Civil”, IJ International Legal Group (2016), consultado 15 de agosto de 2023, <http://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=159455cd4c1ad8f2665c93ca6672e31a> y en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Juan-M-Palacios-F-Responsabilidad-civil-ambiental.pdf>.

⁴ Mendonca, Daniel; Constitución y medio ambiente. Apuntes sobre el derecho constitucional ambiental paraguayo, (Pilar, Paraguay: Centro de Estudios Constitucionales y Universidad Nacional de Pilar, 2010), 13.

⁵ *Ibid.*, 17-18

los afectados, alegando los daños causados en su salud y la vulneración de su derecho desde el punto de vista subjetivo al medio ambiente sano. Sin embargo, una asociación de individuos, el representante de los derechos de la comunidad o cualquier ciudadano goza desde el punto de vista formal del derecho a un medio ambiente sano, y si una fábrica que contamina le vulnera su derecho aun cuando no se pueda demostrar daño directo, debiera en teoría, poder alegar la vulneración; hechos como el expuesto, se han pretendido defender con la figura del interés legítimo, en donde se permite a terceros ajenos al daño y solo afectados de forma indirecta o transversal demandar para instar a revocar un acto de autoridad o de particulares investidos de autoridad que dan lugar o permiten el desahogo de la actividad contaminadora. Ahora bien, sí advertimos el contexto de la palabra “todos”, se observa una derivación difusa, en tanto, al ser un derecho de todos, es un derecho colectivo en sentido amplio, en donde en ocasiones ni siquiera pudiera identificarse plenamente al grupo afectado, pensemos por ejemplo en el derrame de un combustible en determinada zona, en donde no se pueda contener el daño de forma geográfica, y éste se extienda en territorios extranjeros y de forma dispersa⁶.

Una norma de fundamental importancia en lo que respecta a la protección del medio ambiente, prevista en la Constitución Nacional, es la que guarda relación con los “intereses difusos”. A la luz de la disposición constitucional, contenida en el Art. 38, se puede concluir que estamos en presencia de los “intereses difusos”, cuando se presenta una situación en la que estén afectados o comprometidos los valores de un grupo de personas indeterminadas, las cuales no se encuentran vinculadas entre sí por la misma relación jurídica, no obstante, forman parte del mismo grado de interés respecto de bienes de disfrute y cuando uno de los integrantes del grupo no pueda invocar derechos individuales concretos, exclusivos y propios. En el ámbito del Derecho Internacional, se han realizado diversas Conferencias relacionadas con el tema del medio ambiente. Entre ellas, se puede destacar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, llevada a cabo en la ciudad de Estocolmo, Suecia, el 5 de junio de 1972, en la cual se redactó una Declaración, que consta de 20 puntos, los cuales constituyen recomendaciones para promover y coordinar políticas internacionales sobre medio ambiente. Un instrumento normativo de fundamental importancia, que rige en el ámbito del derecho internacional en la materia es la denominada “Declaración de Río”, que surgió como consecuencia de la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo, conocida también como “Cumbre de la Tierra”, que se llevó a cabo en la ciudad de Río de Janeiro, en el mes de junio de 1992. Los temas abordados fueron: protección a la atmósfera; protección de los recursos de la tierra; conservación de la diversidad biológica; preservación de las fuentes de agua potable; protección de océanos, mares y regiones litorales; uso racional y desarrollo de recursos vivos; prevención del tráfico ilegal de productos y residuos tóxicos⁷.

⁶ Mariscal Ureta, Karla Elizabeth; Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales, consultado 15 de agosto de 2023, <https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/tutela-juridica-de-los-derechos-colectivos-ambientales/>.

⁷ Palacios Fantilli, Juan Martín; Responsabilidad civil por daño ambiental, en “Revista Paraguaya de Derecho Civil”, IJ International Legal Group (2016), consultado 15 de agosto de 2023, <http://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=159455cd4c1ad8f2665c93ca6672e31a> y en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Juan-M-Palacios-F-Responsabilidad-civil-ambiental.pdf>.

III. El derecho ambiental

El derecho ambiental es concebido con su vínculo íntimo con la “salud”, como un presupuesto para el “desarrollo humano integral”, a la par reconoce una doble naturaleza de “derecho-deber” y el marco-fin, que constituye la sustentabilidad⁸.

Es un derecho que tiene como anclaje de determinación los bienes y valores colectivos (LORENZETTI), como tal, es un derecho principista, valorista, con una marcada dimensión axiológica, pero fundamentalmente “transparente” (principio que recoge y enuncia el Art. 3º del Acuerdo de Escazú). Esta idea o criterio básico, estructural del derecho ambiental, se “filtra”, impregna o propaga por todos los institutos de la especialidad. Por eso, los procedimientos deben ser transparentes; las formas son instrumentales, teleológicas, y deben servir para hacer efectivos los derechos sustantivos, en toda su plenitud. El derecho ambiental es el “motor de cambio de una nueva cultura jurídica” (SABSAY). Por lo pronto, es portador del principio precautorio, que lleva al operador jurídico a actuar en un ámbito para el cual no está capacitado: el de la incerteza o incertidumbre científica (el “estado parlamentario de la ciencia”, al decir de SOZZO y BERROS), que lo sumerge en las aguas procelosas (parafraseando a ORGAZ, a bucear en “zonas grises”) de la incertidumbre jurídica⁹.

Con respecto a la configuración jurídica del derecho al medio ambiente sano, el Art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, llamado de San Salvador, prevé “el derecho de toda persona a un medio ambiente sano y a contar con los servicios públicos básicos”. A su vez, el Art. 1º de la Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente, dispone “el derecho de toda persona, tanto a título individual como en asociación con otras, a disfrutar de un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. Asimismo, en 1972 se celebra la Conferencia de Estocolmo, de la que emanan 24 principios fundamentales, de los cuales podemos destacar el principio 1, que estableció lo siguiente: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”. Esto nos conduce a la relación entre el medio ambiente sano y el equilibrio ecológico, que sostiene el balance entre recursos bióticos, abióticos y artificiales en la medida que su calibración es indispensable para la vida. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, en su Art. 14, que todas las personas son iguales ante los Tribunales y las Cortes de Justicia y que tendrán derecho a ser oídas públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación. Por su parte, el Art. 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos

⁸ CAFFERATTA, Néstor A.; Principios constitucionales ambientales. Publicado en: RDAmb 40, 04/12/2014, 47. Cita: TR LALEY AR/DOC/5785/2014.

⁹ Cafferatta, Néstor A.; Acceso a la justicia ambiental. Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020.

exige no solo una adecuada regulación en la materia, sino el garantizar un acceso efectivo y rápido a un recurso jurídico. El derecho fundamental de acceso a un medio de control constitucional jurisdiccional que sirva de protección a los derechos fundamentales de las personas, reconoce que toda persona tiene derecho a un recurso rápido y sencillo o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales establecidos en las Convenciones o Pactos Internacionales, la Ley o la Constitución¹⁰. De igual forma, la Constitución española de 1978, en su Art. 45 consagra el “derecho a disfrutar del medio ambiente”, el cual opera como principio rector.

El postulado del medio ambiente sano como derecho humano, pues desde la teoría de los derechos fundamentales básica se alza como un derecho intrínseco de la persona para subsistir, pero además se expande al conglomerado social, llamado colectivo, en tanto, el impacto del bien jurídico medio ambiente pertenece a todos, y cuando ese “todos” admite delimitación nos encontramos ante un derecho colectivo en sentido estricto, pero de no ser así transitamos al adjetivo “difuso”. El derecho a un medio ambiente sano es un derecho subjetivo al mismo tiempo que es un derecho de todos, es decir, un derecho difuso, del colectivo en sentido amplio; el cual puede ser ejercitado como un derecho colectivo en sentido estricto, por un grupo determinado de personas que se ven afectadas y que mantienen una relación jurídica, e incluso por una acción individual homogénea. Los elementos constitutivos del hábitat de la humanidad son tanto el medio ambiente natural como el medio ambiente artificial. El primero existente desde el inicio de la vida, determinando su propio origen, y el último como condiciones de comodidad establecidas por el ser humano, de las que difícilmente pudiera ya prescindir. Por ello, tanto unos elementos como otros le son indispensables al género humano, y se debe entonces trabajar para conservar ambos, y mantener el equilibrio necesario entre ellos¹¹.

Es así que se puede afirmar que el derecho ambiental pertenece a la comunidad toda, es por eso que tiene una trascendencia comunitaria o supraindividual, con relación a bienes comunes o indivisos (no distributivos), ubicándose en la esfera social de los individuos.

IV. Desarrollo sustentable

La Constitución Nacional de la República del Paraguay, al constituirse en un Estado Social de Derecho, adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la “dignidad humana” (Art. 1°), se refiere a la calidad de vida –vinculada con el desarrollo económico social, la preservación del ambiente y la calidad de vida de los habitantes– (Art. 6°); el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, siendo objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con

¹⁰ Mariscal Ureta, Karla Elizabeth; Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales, consultado 15 de agosto de 2023, <https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/tutela-juridica-de-los-derechos-colectivos-ambientales/>.

¹¹ *Ibid.*

el desarrollo humano integral (Art. 7°); la protección y la defensa del medio ambiente, estableciendo que todo daño al mismo importará la obligación de recomponer e indemnizar (Art. 8°). Todo ello incluye a la preservación del patrimonio natural, a la diversidad biológica y al desarrollo sustentable como temas fundamentales en este ámbito.

En este ámbito, la buena fe es “el faro que ilumina todo el derecho”, es un elemento clave para el ejercicio del derecho ambiental. Por ello, es el Principio 27 de la Declaración de Río 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable. El derecho ambiental es propio de la “sociedad de la transparencia” (Byung-Chul Han), por eso el Acuerdo de Escazú¹² para la región de América Latina y el Caribe, propuesto por la Organización de las Naciones Unidas, sujeto a ratificación por los más de 20 países que lo suscribieron, que persigue reglamentar el Principio 10 de la Declaración de Río 1992, sobre el triple acceso: a la información pública, a la participación y a la justicia ambiental; consagra el principio de transparencia, junto al principio de rendición de cuentas, que no sirven sino para dar fortaleza al principio de acceso a la información pública ambiental (el derecho al saber, según la legislación de los Estados Unidos de América en la materia). El desarrollo sustentable, o desarrollo sostenible, que expresa con precisión la estructura de pensamiento de Gro Brundtland, cuando siguiendo la definición propuesta, por quien fuera directora de una Comisión especial que conformara el presidente de la Asamblea de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo, de Río de Janeiro 1992, la llamada “Cumbre de la Tierra”, Maurice Strong, incluida en el reconocido documento internacional “Nuestro futuro común”, que refiere: “y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”¹³. Al decir de CAFFERATTA, la idea de la sustentabilidad debe interpretarse como un pilar sustantivo de la especialidad, que apunta a satisfacer las necesidades del presente, en términos de equidad, sin comprometer las de las generaciones futuras. Esta finalidad sustantiva persigue, fundamentalmente, garantizar –de mínima– la supervivencia y subsistencia de la especie humana y, con ella, de los procesos ecológicos de la naturaleza.

V. Un derecho humano individual y colectivo

En materia de protección ambiental CAFFERATTA sostiene que se ha dado “un brinco de lo individual a lo colectivo”, un salto que se nota en las profundas metamorfosis que se advierten en el proceso colectivo ambiental. En palabras de BIDART CAMPOS, “un salto entre el individualismo propio de un liberalismo anacrónico, y la solidaridad propia del estado de democracia social”¹⁴. Al respecto, el derecho al medio ambiente sano, nos lleva a cuestionar la visión antropocentrista que se enfoca en los derechos de la persona, es decir, en el plano subjetivo, en contraste con la óptica biocentrista, que se extiende a los llamados

¹² CEPAL, “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”, consultado 07 de agosto de 2023, www.cepal.org/es/acuerdodeescazu.

¹³ Cafferatta, Néstor A.; Acceso a la justicia ambiental. Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020.

¹⁴ Cafferatta, Néstor A.; Derecho a la salud y derecho ambiental. Publicado en: LLC2006, 409 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 537. Cita: TR LALEY AR/DOC/435/2006.

derechos de la naturaleza¹⁵.

Hablar del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano colectivo, es una construcción, que entre otros aspectos se caracteriza por lo siguiente: a) es un derecho humano al ser considerado una prerrogativa fundamental pues sin un medio ambiente “sano” ni es posible la vida, ni los procesos que surgen de ella; b) es un derecho que tiene connotación colectiva que torna en lo difuso de sus titulares cuando es enunciado como categoría universal, pues es una prerrogativa de todos, en tanto derecho de la sociedad, en el ocasionalmente no puede determinarse un grupo o sector específico; c) implica la preservación y restauración del equilibrio ecológico como condición indispensable; d) la protección de los elementos naturales del ambiente le es esencial, para lograr el equilibrio mínimo necesario y se considere medio ambiente sano; e) está asociado a otros derechos como el derecho a la salud y al desarrollo; f) debe ser protegido tanto individual como colectivamente, en tanto se trata de un bien global; g) involucra una responsabilidad tanto para el Estado como para los particulares. En síntesis, se puede concluir que el medio ambiente adecuado se presenta como un derecho de perspectiva individual-subjetiva pero también colectiva (en sentido estricto o difusa), en virtud de que, afecta intereses personales directamente vinculados a la salud, vivienda, trabajo, seguridad pública, entre otros; como aquellos que se pueden hacer valer en acciones civiles por daños, y además afecta intereses que son intrínsecos a la persona como miembro de una colectividad, es decir como parte del “todos”, en tanto, aspectos colectivos de grupos determinados como el daño ocasionado por parte de una compañía minera que contamina y degrada el ambiente de una determinada región y a su población, o bien, de colectivos difusos como la polución originada y extendida por regiones de forma imprecisa. En este contexto, situaciones como la escasez de agua de calidad, el cambio climático, la crisis de alimentos, la cuantiosa deforestación, los problemas de salud pública por contaminantes en la atmósfera y la alteración de los ciclos agrícolas, entre otros, son hechos que llevan a pensar que hoy, más que en cualquier otro momento de la historia, resulta evidente la preocupación por la defensa del derecho a un medio ambiente sano, ahora bien, hablar del derecho al medio ambiente sano nos conduce a pensar en la protección de los derechos humanos de orden subjetivo y colectivo; bienes de “todos”, daños de “todos”, que pueden dar lugar al ejercicio de acciones subjetivas o colectivas¹⁶.

VI. Derechos colectivos

En nuestros tiempos se habla de una zona de expansión de la protección del derecho público subjetivo que, de mero derecho individual en relación con interés difuso, se convierte en un derecho colectivo en cabeza de uno de los afectados difusos. La afectación al colectivo es plena, lo difuso es la afectación a cada individuo que integra el grupo o sector social. El derecho colectivo existe con naturaleza propia cuando un grupo más o menos determinado de personas

¹⁵ Mariscal Ureta, Karla Elizabeth; Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales, consultado 15 de agosto de 2023, <https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/tutela-juridica-de-los-derechos-colectivos-ambientales/>.

¹⁶ *Ibid.*

protagonizan, en cabeza de cada uno de sus integrantes, relaciones con terceros que les generan perjuicios vinculados a un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos de apropiación exclusiva, pero cualitativamente idénticos. Lo primero se da con mayor frecuencia en casos de contaminación ambiental; lo segundo, cuando los usuarios de servicios públicos discuten afectaciones individuales de equivalente carácter¹⁷. De igual forma, en este contexto, se puede hacer mención que hay un nuevo sujeto de derecho colectivo protegido: las “generaciones futuras”. En tal sentido, CAFFERATTA refiere que, tanto el “principio de solidaridad”, como el “principio de cooperación” –que rigen en materia de derecho ambiental–, inspirados en el federalismo de concertación, vienen a completar el régimen de reparto constitucional de competencias ambientales.

Por su parte, los intereses colectivos son aquellos que se identifican a través de un criterio puramente subjetivo, que es el de su portador: son tales intereses que tienen como portador, o centro de referencia, a un ente exponencial de un grupo no ocasional. Esta línea argumental influyó en la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano. Así se ha dicho que los intereses difusos son aquellos caracterizados por la simultaneidad de su referencia subjetiva a todo o parte de los componentes de una colectividad determinada (Consejo de Estado, dec. 24 del 19 de octubre de 1979). También se afirmó que se trata de un haz de intereses idénticos, a título de coparticipación, referidos a sujetos diversos, que sin embargo pertenecen al mismo grupo (Consejo de Estado, sent. 378, del 18 de mayo de 1979)¹⁸.

Para la defensa de los derechos colectivos relacionados con el medio ambiente se ha ideado mecanismos de protección como las acciones colectivas, la responsabilidad ambiental y el juicio de amparo colectivo, permitiendo en todos los casos a mayor o menor escala, la legitimación procesal del grupo para la defensa de intereses comunes. Sin embargo, en términos de tutela judicial efectiva, el acceso a la justicia por parte del grupo auspiciado por un interés legítimo, no es suficiente para salvaguardar derechos como el medio ambiente sano, en virtud de que la efectividad de la tutela judicial no radica solo en la fundamentación normativa que permita la presentación de la acción grupal, sino que debe atender a culminar dichos procesos de manera eficaz, traduciéndose en el respeto y defensa del derecho colectivo en juego. El medio ambiente sano se puede presentar como un derecho de orden subjetivo, pero también con una perspectiva colectiva, subjetivo en tanto lo que se regula es el bien de la persona física y el daño dicho bien-patrimonio natural, y en cambio colectivo, cuando lo que se regula es la conjunción de intereses individuales en un nexo común como las acciones individuales colectivas, o bien, cuando se protegen derechos de un grupo o clase¹⁹.

¹⁷ Cafferatta, Néstor A.; Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo (Ley 25.675). Publicado en: RCyS2003, 80 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 711. Cita: TR LALEY AR/DOC/19348/2001.

¹⁸ En base a la definición del autor italiano A. GIANNINI, citado por Quiroga Lavié, Humberto; El amparo colectivo (Buenos Aires, Argentina: Edit. Rubinzal-Culzoni, 1998), 120.

¹⁹ Mariscal Ureta, Karla Elizabeth; Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales, consultado 15 de agosto de 2023, <https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/tutela-juridica-de-los-derechos-colectivos-ambientales/>.

De lo expresado se concluye que existe un corrimiento del centro de interés hacia la protección efectiva de los derechos colectivos y el ejercicio público de acciones privadas en defensa de los intereses difusos; dentro del cual ocupa un rango prioritario, la problemática del medio ambiente²⁰.

VII. El amparo colectivo para la protección del medio ambiente

Si bien el ambiente es externo al ser humano, éste lo siente como propio, como si formara parte de su propio ser, de su identidad cultural y hasta constituye una garantía de integridad física o corporal. El desarrollo tecnológico en relación con los seres humanos, la manipulación genética, la biotecnología, son actividades que impactan sobre el medio ambiente y producen escozor en distintas ramas de la especialidad. La serie de situaciones emergentes, que requieren respuestas pragmáticas, urgentes y efectivas del Estado –más aún uno Social, como constituye el Paraguay–; y del Derecho como ciencia del orden de la conducta social, surgen los llamados “derechos de incidencia colectiva” o “intereses difusos”, entre los cuales se inscribe el derecho ambiental, los derechos del consumidor y del usuario, derecho contra la discriminación social, derecho a la libre competencia y demás derechos de pertenencia comunitaria que, por naturaleza son mixtos, previstos en el Art. 38 la Constitución Nacional de la República, referente a los intereses difusos.

La acción de amparo colectivo es un procedimiento sumario que tiene por objeto la defensa de los derechos de un grupo o una colectividad de personas, en los casos en que son afectados en común por la misma afectación, vinculada con la preservación del medio ambiente (Arts. 7° y 8°, CN), la salubridad pública (Art. 68, CN), el acervo cultural nacional (Art. 81, CN), los intereses del consumidor y otros que, de igual forma, pertenezcan a la comunidad y guarden relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo (Art. 38 “Intereses Difusos”, CN).

El amparo es una de las “garantías constitucionales” que se encuentra prevista en el Art. 134 de la Constitución Nacional del Paraguay de 1992, es una institución del derecho procesal constitucional con un objetivo genérico: tutelar los derechos fundamentales de las personas individuales o colectivas, físicas o jurídicas, aportando un instrumento rápido y expedito que, sin ritualismos estériles, procura restablecer el derecho o la garantía vulnerado, como también evitar el acto lesivo que se presenta bajo la amenaza o acto de inminente producción. Ésta es una finalidad es la que coinciden la mayoría de los ordenamientos constitucionales y las leyes que establecen el proceso constitucional, pero no es la única misión que del amparo se espera. En efecto, la vía se ha utilizado como herramienta aplicada para el control de constitucionalidad allí donde el sistema previsto no tiene órganos o instrumentos específicos. Inclusive, donde existen tribunales constitucionales, el amparo suele quedar establecido como el mecanismo que tienen los particulares para incitar la actividad concreta de

²⁰ Morello, Augusto M.; Los daños al ambiente y el derecho procesal, Cap. V, de su obra “Derecho de Daños. Dimensiones actuales y trayectorias”, (Argentina: Edit. Platense, 1997) 83. Véase, asimismo, Lorenzetti, Ricardo Luis; La protección jurídica del ambiente, LA LEY, 1997-E, 1463.

control, más allá de la función genérica y abstracta que suelen realizar dichas magistraturas especiales²¹.

El amparo colectivo es una “acción judicial sumaria de la jurisdicción constitucional que defiende los derechos colectivos y del medioambiente y de los intereses colectivos y difusos. Su objeto es prevenir un daño grave, actual o inminente, para hacer cesar una turbación ilícita o indebida, para exigir, cuando sea posible, la reposición de las cosas al estado anterior del daño producido o la reparación pertinente”²². En resumidas cuentas, se trata del ejercicio de la acción de amparo cuando se tenga por objeto proteger derechos fundamentales, incluidos los bienes de incidencia colectiva, intereses difusos o cuando varias personas se unen para defender derechos que un grupo tiene en común²³.

La perspectiva colectiva del medio ambiente sano implica su configuración como objeto de propiedad pública, ahora bien, no se trata sólo de reconocer dicha propiedad grupal sino de hacer efectiva y garantizar la prerrogativa, situación que en la práctica se presenta por demás compleja, en Paraguay como en muchos otros países. Ahora bien, además las cuestiones ambientales suelen tener una incidencia difusa que perfila intereses supranacionales, por lo que se puede estimar que tiene una connotación sumamente global. De esta manera, el medio ambiente sano se construye y mantiene un poco en cada región de la Tierra, lo que se acumule en un punto territorial, definitivamente repercute en otros. Por ello, se hace sumamente indispensable para su adecuada tutela la acción conjunta a nivel internacional y la formulación de mecanismos legales destinados de forma directa o transversal a la protección del derecho. No obstante, ahora contamos con un gran bagaje de normas jurídicas supranacionales e internas de protección y tutela, pero no disminuyen e incluso aumentan los problemas derivados del desequilibrio ecológico, por lo que resulta urgente revisar el nivel de eficacia y efectividad del control normativo del derecho al medio ambiente sano, desde sus raíces más incipientes como la formulación de las propias normas, los sistemas ideados para garantizar su cumplimiento y los criterios de gobernanza diseñados para tal fin. En suma congruencia, se advierte que los efectos negativos de la contaminación y el desequilibrio ecológico no sólo afectan la esfera social o cultural de las comunidades, sino que además inestabilizan los sistemas financieros, en virtud de que, en muchas ocasiones, se vuelve más costoso producir, se escasean los insumos, incluso el agua, se tiene que invertir más en programas de mitigación y/o atención de desastres y en contingencias de salud pública, además del costo que genera responder por el incumplimiento a compromisos de protección Estatal a nivel internacional²⁴.

El “patrimonio común” es una noción compleja, de geometría variable, que trasciende la distribución del sujeto y de objeto y las diferenciaciones entre

²¹ Gozaíni, Osvaldo A.; El amparo y la defensa de los derechos colectivos, consultado 07 de agosto de 2023, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3047/7.pdf>

²² Diccionario panhispánico del español jurídico, consultado el 07 de agosto de 2023, <https://dpej.rae.es/lema/amparo-colectivo>

²³ Al respecto, consultar: Palacios Fantilli, Juan Martín; La acción de amparo colectivo, en el “Anuario Paraguayo de Derecho Procesal Constitucional” (Asunción, Paraguay: Editorial La Ley, 2022) 313-344.

²⁴ Mariscal Ureta, Karla Elizabeth; Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales, consultado 15 de agosto de 2023, <https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/tutela-juridica-de-los-derechos-colectivos-ambientales/>.

derecho público y derecho privado o entre derecho internacional y derecho nacional, comprendiendo actualmente dos realidades: la primera relacionada con la noción clásica surgida del derecho civil de los bienes, según la cual patrimonio es el conjunto de bienes y de las obligaciones de una persona considerada como una universalidad de derechos y, por lo tanto, situándose en el cruce del derecho de los bienes y del derecho de la persona. Esta concepción implica cuatro elementos constitutivos: un valor pecuniario dado a un bien evaluable en dinero en un mercado, una apropiación privativa del bien, un titular claramente identificado de los derechos sobre ese bien y una administración prudente y cuidadosa de ese bien para permitir su transmisión sucesoria en las mejores condiciones²⁵.

Si de proteger nuestro hábitat se trata (la casa común de todos), qué instrumento procesal mejor que la acción de amparo, previsto en la misma Constitución Nacional, la cual supone una vía expedita y rápida, con la posibilidad de que sujetos, especialmente legitimados al efecto, puedan promover la demanda respectiva –a más del sujeto afectado en forma directa– como son las Asociaciones de defensa del medio ambiente, la Fiscalía General del Estado y el Defensor del Pueblo.

VIII. Daño ambiental colectivo

El daño civil clásico es cierto (incluso, el riesgo debe ser cierto), diferenciado, personal, directo, individual, propio, y recae sobre bienes propios o sobre la salud de la persona; en cambio, el daño ambiental colectivo es –en la mayoría de los casos– incierto, o al menos presenta cierto grado de incertidumbre científica, indirecto o reflejo, impersonal, indiferenciado; muchas veces es daño futuro o sobreviniente, colectivo o masivo, supraindividual, referido a bienes colectivos²⁶.

Se perfilan nuevas técnicas colectivas de tutela, frente a “nuevos daños”. Las variadas caracterizaciones los derechos difusos han hecho irrupción en la sociedad de masas. Son derechos que, por el objeto, no se soportan en una o pocas personas singulares, sino en grupos, clases, categorías, en amplios sectores de una o varias comunidades; el rostro de cada una de las familias de derechos colectivos, provocaron una verdadera revolución en las técnicas garantistas, en el tradicional arsenal del derecho procesal, con corrimientos y adaptaciones de sus piezas claves. Mudanzas, extraordinarias aperturas al acceso a la justicia y tutelas específicas. Así se busca con empeño un derecho procesal diferente, con sustanciales enfoques innovadores, para adaptar el trámite de protección del derecho subjetivo clásico a los nuevos derechos de carácter colectivo y dimensión social. Se postula usar lo mismo de otro modo, lo que lleva a una reelaboración de institutos centenarios, de linaje y abolengo, por la adopción de un plafón ensanchado y flexible²⁷.

²⁵ Cafferatta, Néstor A.; Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo (Ley 25.675). Publicado en: RCyS2003, 80 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 711. Cita: TR LALEY AR/DOC/19348/2001.

²⁶ Cafferatta, Néstor A.; Acceso a la justicia ambiental. Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020.

²⁷ Vide: Morello, Augusto Mario; La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino, Edit. Platense, 1999, ps. 104 a 110, en CAFFERATTA, Néstor A.; Cafferatta, Néstor A.; Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo (Ley 25.675). Publicado en: RCyS2003, 80 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 711. Cita: TR LALEY AR/DOC/19348/2001.

El “daño ambiental” es una expresión ambivalente, pues designa no sólo el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso se habla de “impacto ambiental”, sino que se refiere también al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (*par ricochet*, como refieren los franceses) a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño que ataca un derecho subjetivo y legitima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación, resarcimiento o perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado²⁸.

De esta forma, la problemática ecológica se presenta como uno de los campos, en el que el progreso tecnológico sitúa al acaecimiento dañoso, como una circunstancia que acompaña naturalmente al obrar humano²⁹. Es por ello, que toda actividad humana individual o colectiva que ataca elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados intereses difusos, que son supraindividuales pertenecen a la comunidad y no tiene por finalidad la tutela de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. El daño así ocasionado es llamado por algunos autores “daño ecológico”, pero en realidad es más apropiado llamarlo “daño ambiental” por ser más abarcativo y comprensivo que el ecológico, reservando aquella expresión para el daño que ataca los elementos bióticos y abióticos de la biosfera³⁰.

En este ámbito se destaca que “la afectación en el medio ambiente supone dos aspectos: 1) que la acción debe tener como consecuencia la alteración del principio organizativo del paradigma ambiental; esto es alterar el conjunto, de manera que se excluye aquellas modificaciones al ambiente que no tienen efecto sustantivo: la acción lesiva comporta una desorganización a las leyes de la naturaleza; y 2) esa alteración sustancial del principio organizativo debe repercutir en aquellos presupuestos del desarrollo de la vida, ya que el medio ambiente se relaciona con la vida, en sentido amplio, comprensivo de los bienes naturales y culturales indispensable para su subsistencia”³¹.

De esta manera, se excluyen aquellas modificaciones al ambiente, que no tiene tal efecto sustantivo. Este criterio sirve para delimitar aquellos casos en que la actividad productiva, transformando el medio ambiente, no resulta lesiva. En esa línea de pensamiento se inscribe la sentencia dictada por el ST Chubut, “*in re*” “Defensoría del Pueblo de la provincia”, 28/06/2001 (publicada por DJ, 2001-3-1068, bajo nuestra anotación), al diferenciar el “daño ambiental” del “daño ambiental necesario”, que ingresa dentro del límite de la normal tolerancia o de las incomodidades ordinarias. En tarea el juez deberá desentrañar “el exceso del riesgo permitido”, a cuyo fin será los expertos en las ciencias involucradas los que brinden adecuada ilustración³².

²⁸ Golbenberg, Isidoro H. - Cafferatta, Néstor, A.; Daño ambiental, (Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 2001) 7-8.

²⁹ Stiglitz, Gabriel A.; Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente, en “Revista Ambiente y Recursos Naturales”, vol. II, N° 2, julio-set. 1985.

³⁰ Bustamante Alsina, Jorge; Responsabilidad civil por daño ambiental, en “La Ley”, 1994-C, 1056.

³¹ Lorenzetti, Ricardo Luis; Reglas de solución de conflicto entre propiedad y medio ambiente, en “La Ley”, 1998-A, 1026.

³² Cafferatta, Néstor A.; Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo (Ley 25.675). Publicado en: RCys2003, 80 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 711. Cita: TR LALEY AR/DOC/19348/2001.

“El carácter difuso del daño ambiental crea un marco de suma complejidad respecto de la individualización del nexo causal. De allí la insuficiencia y disfuncionalidad de la normativa legal vigente en la protección del entorno [...] para superar ese desfase entre el ritmo de lo social y lo jurídico, en esa vital área jurídica se deberán *aggiornar* los conceptos, las ideas e introducir redefiniciones conceptuales”³³.

El daño colectivo es aquél que lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad “grupal”. De esta forma: a) el daño grupal es calificable como difuso en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, difundido, dilatado; b) cuando el interés es transindividual difuso, que afecta a toda la comunidad, ese interés es público, el titular es la comunidad y el legitimado el Estado. En estos casos aflora el rol del Estado como demandante y, en el derecho municipal local, incumbe al Intendente, como en la provincia al Fiscal de Estado, ejercer la defensa de los derechos públicos subjetivos. Respecto del daño moral colectivo, que tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos [...] Por otro lado, el daño moral constituye toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra. La admisión del daño colectivo ocasionado a una comunidad –incluidos sus ocasionales visitantes– por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extrapatrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos, los habitantes de dicha comunidad que disfrutaban del bien, por la afección de una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional³⁴.

Al respecto, LORENZETTI sostiene que “lo que se trata siempre es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social del individuo, sino como un elemento del funcionamiento social. El bien colectivo es componente del funcionamiento social y grupal. Por ello cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva”³⁵.

La jurisprudencia califica el daño ambiental como un daño a la salud, un daño biológico o físico, aunque no de manera excluyente, sino acumulativo con otros daños, representado porque toda agresión importa un menoscabo de las potencialidades humanas, un inequívoco estrechamiento o pérdidas de chan-

³³ Golbenberg, Isidoro H.; La relación de causalidad en la responsabilidad civil, 2ª ed. Ampliada y con actualización jurisprudencial, (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2000).

³⁴ Cafferatta, Néstor A.; Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo (Ley 25.675). Publicado en: RCyS2003, 80 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 711. Cita: TR LALEY AR/DOC/19348/2001.

³⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis; Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, en “La Ley”, 1996-D, 1058.

ces o expectativas vitales³⁶. Una disminución de la aptitud vital genérica de la víctima existente o potencial³⁷. Asimismo, un perjuicio que pone en jaque derechos personalísimos, inherentes a la persona, o atributos de la personalidad³⁸. Sin vacilar por ello, en atribuirle carácter de daño material, en cuanto importa una disvaliosa modificación o menoscabo del ambiente como bien patrimonial de las personas, y por la materialidad misma de la naturaleza, objeto básico de protección del derecho ambiental, siempre con la superior finalidad de tutelar el desarrollo humano³⁹.

IX. Procesos colectivos y acceso a la justicia ambiental

Los procesos colectivos son instrumentos diseñados para la defensa de los derechos de tal orden, en tanto una vez que se ha identificado el problema ambiental como una cuestión de índole global, es importante apreciar ¿cómo se estructura la tutela jurídica?, ¿si dicha tutela es adecuada en términos de eficacia?, ¿si los procesos garanten como las acciones colectivas, el procedimiento de responsabilidad ambiental y el juicio de amparo suman a la protección del derecho?; y, en su caso, ¿cuáles serían los aportes necesarios mínimos para que dichos mecanismos resulten efectivos y pertinentes?⁴⁰.

CAFFERATTA refiere que “la justicia ambiental es un elemento esencial dentro del Estado de derecho ambiental”. En este ámbito el “derecho de acceso” es entendido como “el derecho de acceso a la información ambiental, el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso a la justicia en asuntos ambientales”⁴¹.

El acceso a la justicia para la protección del derecho al medio ambiente, lleva implícita la posibilidad de obtener una solución jurídica pronta y expedita en un conflicto de naturaleza ambiental. Como sostiene HERRERA TORRES “el acceso a la justicia en general puede presentar barreras u obstáculos, como el costo y el tiempo del litigio en el caso de demandas y la fuerza de los litigantes, así como sus diferentes capacidades económicas y técnicas para reclamar justicia, y la capacidad de la organización de los propios litigantes. Sin embargo, el acceso a la justicia ambiental puede presentar algunas complicaciones adicionales, por la complejidad científico-técnica de los casos ambientales y los intereses en juego que pueden ser sociales, económicos o políticos”⁴².

³⁶ Cámara 1° C y C La Plata, sala 3°, sentencia definitiva recaída el 9/02/95, en los autos: “Almada, Hugo v. Copetro SA”, y sus acumuladas, Irazu, Margarita v. Copetro SA y otro (LA LEY, 1988-C, 269), citado en CAFFERATTA, Néstor A.; Derecho a la salud y derecho ambiental...cit.

³⁷ Cámara 1° C y C La Plata, sala 2°, 27/4/93, “Pinini de Pérez v. Copetro SA”, LA LEY, 1994-A, 8; JA, 1993-III-968, citado en CAFFERATTA, Néstor A.; Derecho a la salud y derecho ambiental...cit.

³⁸ También véase SCJBA, Ac. 60.094, “Almada, Hugo N. V. Copetro SA y otro”. Ac. 60.251, “Irazu, Margarita v. Copetro SA y otro”. Ac. 60.254, “Klaus, Juan v. Copetro SA y otro”, LLBA, 1998-940, citado en Cafferatta, Néstor A.; Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo (Ley 25.675). Publicado en: RCyS2003, 80 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 711. Cita: TR LALEY AR/DOC/19348/2001.

³⁹ “Almada v. Copetro SA”, de la Cámara 1° C y C La Plata, sala 3°, voto de Roncoroni, citado en CAFFERATTA, Néstor A.; Derecho a la salud y derecho ambiental...cit.

⁴⁰ CAFFERATTA, Néstor A.; Principios constitucionales ambientales. Publicado en: RD Amb 40, 04/12/2014, 47. Cita: TR LALEY AR/DOC/5785/2014.

⁴¹ Cafferatta, Néstor A.; Acceso a la justicia ambiental. Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY 2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020

⁴² Herrera Torres, Sergio Eduardo; Acceso a la justicia ambiental, en Carmona Lara, María del Carmen et. al., en “20 años de

Con relación a la **legitimación** “son partes, en el juicio de amparo, la persona (física o jurídica) a quien perjudica el acto denunciado, y la autoridad o particular autor de aquél. El peticionante puede actuar por sí o por medio de representante legal o convencional, pero no puede ser substituido por parientes, amigos u otras personas que no invistan su representación. La solución contraria, establecida en materia de *hábeas corpus*, reconoce su fundamento en situaciones de hecho ajenas al específico ámbito de la acción que nos ocupa. No parece necesario, por lo demás, el otorgamiento de poder especial para representar al peticionante”⁴³.

El recaudo del derecho subjetivo como habilitante del derecho de acción (no de la acción como garantía constitucional) se funda en la utilidad que puede reportar al interesado el resultado del proceso, al evitar, de este modo, declaraciones dogmáticas o genéricas que no tienen un beneficiario directo. Pero tal deducción ofrece serias dificultades, pues los derechos no se miden por el interés que prestan, sino por la protección que merecen; lo cual, llevado al campo de la *praxis*, demostrará que cuando la protección pretende generalizarse, el único terreno de admisión será el del litisconsorcio, el que muchas veces se transforma en una hipótesis irrealizable, una simple y mera utopía⁴⁴.

La **legitimación activa** de obrar es una pieza estructural del derecho constitucional o del derecho procesal constitucional, o con fuerte repercusión en el derecho constitucional, y está íntimamente vinculada con las reglas del debido proceso (defensa en juicio), porque si se niega en sede administrativa o judicial lo que la propia Constitución reconoce, se debilita el sistema de derechos y garantías constitucionales. El acceso a la justicia ambiental, que hace a la tutela judicial efectiva, debe ser amplio, permeable, flexible o maleable, para permitir lo que BIANCHI denomina “las muchedumbres en los tribunales”⁴⁵.

La problemática del riesgo, amenaza o peligro de daño ambiental, daño ambiental colectivo o daño al ambiente por sí mismo, incide, influye o impacta, perjudica –como una violación de masa o grupo– a cientos, miles o millones de personas, vecinos, interesados, titulares de derechos comunes, homogéneos, iguales o similares, de una situación envolvente, que trepa en el tiempo o en el espacio, que no tiene límites ni fronteras físicas o temporales (G. STIGLITZ), pero que molesta, afecta o perturba el ejercicio de derechos de incidencia colectiva, de ropaje constitucional privilegiado y que hacen a la defensa de la calidad de vida o del ambiente, la salud pública o la tutela efectiva de las generaciones presentes y futuras, de colectividades vulnerables (ancianos, niños, mujeres y comunidades indígenas) o de la propia naturaleza, como macro bien o Pachamama en sí misma o algunos de sus componentes (flora o bosques, fauna, biodiversi-

procuración de justicia ambiental en México. Un homenaje a la creación de Procuraduría Federal de Protección al Ambiente”, México, SEMARNAT-PROFEPA-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 110, citado Mariscal Ureta, Karla Elizabeth; Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales, consultado 15 de agosto de 2023, <https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/tutela-juridica-de-los-derechos-colectivos-ambientales/>.

⁴³ Palacio, Lino Enrique; La acción de amparo (Su régimen procesal). Publicado en: LA LEY96, 867 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 289. Cita Online: AR/DOC/3143/2008.

⁴⁴ Gozáini, Osvaldo Alfredo; El derecho de amparo, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 106.

⁴⁵ Cafferatta, Néstor A.; Acceso a la justicia ambiental. Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020.

dad, especies en vías de extinción, glaciares, manglares, humedales, el clima o bienes del patrimonio cultural material e inmaterial)⁴⁶.

Cabe destacar la regulación especial prevista con respecto a la legitimación activa en la acción de amparo, la cual se funda, especialmente, en una disposición singular contenida en el Art. 567 del Código Procesal Civil del Paraguay, que establece: "...Cuando el afectado se viera imposibilitado de petitionar por sí o apoderado, podrá hacerlo en su nombre un tercero, sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera corresponder si actuare con dolo". Es decir, en el marco de esta acción, a la parte demandante le asiste la disposición legal citada, que cobra relevancia significativa, cuando del proteccionismo de una garantía especialísima se trata, como constituye el amparo.

Cualquier persona afectada –física o jurídica– en sus derechos, en forma directa o indirecta, puede promover la acción de amparo que va dirigida en contra de autoridad pública o particular⁴⁷. Al respecto, el Art. 568 del Código Procesal Civil del Paraguay prevé: "Legitimación activa. Se hallan legitimados para petitionar amparo: a) las personas físicas o jurídicas; b) los partidos políticos con personería reconocida por el organismo electoral competente; c) las entidades con personería gremial o profesional; y d) las sociedades o asociaciones que, sin investir el carácter de personas jurídicas, justificaren, mediante exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien común"⁴⁸.

Con relación a las **medidas cautelares**, resulta siempre didáctico y, sobre todo, ilustrador de una realidad siempre vigente, el pensamiento de CALAMENDREI, al referirse al ideal de evitar que "la justicia se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde"⁴⁹.

El ordenamiento jurídico del Paraguay prevé la posibilidad de conceder "medidas de urgencia" en los juicios de amparo. En efecto, el Art. 571 del C.P.C. dispone: "Medidas de urgencia. En cualquier estado de la instancia el juez podrá ordenar, de oficio o a petición de parte, medidas de no innovar, si hubiere principio de ejecución o inminencia de lesión grave. Deberá disponer la suspensión

⁴⁶ Cafferatta, Néstor A.; Acceso a la justicia ambiental. Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020.

⁴⁷ El Art. 567 del Código Procesal Civil paraguayo dispone con respecto al plazo para promover la acción, en su parte pertinente, que "...En todos los casos la acción será deducida dentro de los sesenta días hábiles a partir de la fecha en que el afectado tomó conocimiento del acto, omisión o amenaza".

⁴⁸ A modo de ejemplo, en Brasil el "mandado de segurança" puede ser interpuesto por personas naturales –nacionales y extranjeras– o jurídicas –privadas o públicas– en defensa de los derechos constitucionales líquidos y ciertos, es decir, de carácter subjetivo, y no intereses o derechos difusos ni colectivos, para cuya tutela existe el "mandado de segurança" colectivo. Sin embargo, en el caso de la titularidad de la acción por los organismos públicos, se requiere que tengan prerrogativas o derechos propios que defender, lo que en la práctica supone una forma de resolver conflictos de atribuciones entre organismos públicos, llenando así una laguna normativa para pacificar las controversias entre estas entidades. Asimismo, la Constitución de 1988 reconoce el derecho de los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, organizaciones sindicales, entidades de grupos o asociaciones legalmente constituidos y en funcionamiento, a ser titulares del "mandado de segurança" colectivo en contra de leyes y actos que en determinados supuestos vulneren derechos colectivos y difusos. Finalmente, el Ministerio Público puede actuar como un sustituto procesal en la defensa de derechos colectivos o individuales homogéneos. Asimismo, se ha incorporado el rol del *amicus curiae* –tercero que expresa sus puntos de vista y los efectos probables de un fallo–. No cabe contra actos de un particular, salvo que ejerza actividad delegada de la autoridad; tampoco contra particulares. Esto también sucede en Nicaragua, Panamá y El Salvador, conf. LANDA, César; El proceso de amparo en América Latina...cit., p. 219.

⁴⁹ CALAMANDREI, Piero; Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, trad. de Santiago Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 140.

del acto impugnado, ordenar la realización del acto omitido o decretar otras medidas cautelares que juzgue convenientes, cuando a su juicio aparezca evidente la violación de un derecho o garantía y la lesión pudiere resultar irreparable. En cualquiera de dichos casos los trámites deberán proseguir hasta dictarse sentencia. El juez podrá exigir medidas de contracautela. El pedido de medidas de urgencia deberá resolverse el mismo día de su presentación”.

La concesión de una medida cautelar –por la gravedad que suele presentar el caso– tiene una fundamental importancia, debiendo ser resuelta y, en caso de corresponder, ser decretada, una vez admitida la acción. Así como pueden ordenarse medidas de urgencia, de igual forma, en una acción de amparo pueden decretarse medidas cautelares, a fin de que se logre el fin perseguido y con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia que vaya a ser dictada, pudiendo ser dispuestas inaudita parte, una vez verificados los presupuestos genéricos⁵⁰, así como los específicos, de tal forma a evitar el peligro en la demora o el perjuicio que podría provocar, en caso de que no sean dispuestas.

“El hecho de que el objeto de una medida cautelar coincida –total o parcialmente– con el objeto de la pretensión principal, no invalida la cautela solicitada. Pero tal circunstancia, si exige una mayor ponderación de los elementos en que se la funda, pues únicamente cabe hacer lugar a determinado tipo de cautelares ante la certidumbre de que el daño a prevenir reviste el carácter de inminente e irreparable”⁵¹. En este contexto, corresponde cuestionarse si ¿con las medidas cautelares decretadas en el marco de las acciones de amparo, ya se satisface la pretensión de la parte accionante? Y, de ser así, ¿supondría una resolución anticipada, satisfaciendo *ab initio* la pretensión deducida? Por ello, se debe ser muy prudente al momento de evaluar y conceder la medida cautelar solicitada. De igual forma, se debe ser lo suficientemente cauto y mesurado para decretar una medida cautelar, puesto que, ante la falta de concesión de la misma, se pueden frustrar definitivamente los derechos en juego. Los institutos de la tutela anticipada o la jurisdicción anticipatoria deberían ser objeto de regulación, posibilitando con ello la liberación al juez de toda limitación que importen las causales de prejuzgamiento, que eventualmente supondría la vulneración de derechos, evitando nulidades procesales.

En el campo específico, las medidas cautelares dejan de ser asegurativas de resultado y pasan a ser tempranas, de evitación del daño, incluso autosatisfactivas o cautelares materiales. De igual forma, en este proceso cambia la parcela probatoria, por la introducción de mecanismos de facilitación de acceso a la producción de prueba del daño ambiental, mediante procedimientos de inversión de la carga de la prueba, la carga dinámica de la prueba o la aplicación efectiva del principio de colaboración. Por último, la **sentencia**, que deja de tener efectos bilaterales, intersubjetivos (entre las partes) y estrechos, ceñida a un estricto principio de congruencia procesal, pasa a tener efectos *erga omnes*, abiertos, propagatorios o expansivos, ultra partes, en la medida en que beneficia

⁵⁰ Art. 693 del Código Procesal Civil del Paraguay.

⁵¹ Cám. Nac. Civ., Sala D, 26-9-97, “B., E. I. c/ Federación Argentina de Tiro (FAT) s/ Amparo”, L. L., del 9-9-98, p. 5, citado en ROJAS, Jorge A.; Un “nuevo molde” para el amparo, en “Revista de Derecho Procesal. Amparo. Hábeas Data. Hábeas Corpus - II”, Buenos Aires, Edit. Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 84.

a todos aquellos que se encuentran en la misma situación envolvente del caso; aunque podamos distinguir en ello –siguiendo a calificada doctrina (LIEBMAN)– los efectos de la cosa juzgada (cuya autoridad es bilateral, porque es una pieza del derecho procesal constitucional ligada con la garantía de defensa en juicio y las reglas del debido proceso legal) y los efectos de la sentencia (una pieza de política judicial, que el legislador puede extender en su espacio operativo)⁵².

X. Consideraciones finales

El medio ambiente requiere de una protección jurídica y en todos los ámbitos de manera eficaz, siendo este el “desafío actual” que debe tener por cometido la política pública. Por ello, el derecho ambiental debe dejar de padecer de “raquitismo de eficiencia”, como bien nos enseña CAFFERATTA, lo cual supone el cambio de paradigmas tradicionales, siendo prioritario dotar de instrumentos normativos a los operadores jurídicos para superar los múltiples inconvenientes que se presentan en materia de protección ambiental, los cuales podrán ser concretados por medio de la observancia de los principios que rigen en este ámbito, con un proceso de consolidación de la conciencia colectiva, que posibilite la convicción plena de que nuestro “hogar común” pueda ser respetado por todos.

El Paraguay, como ocurre a nivel global, se encuentra inmerso en una situación de degradación de los recursos provenientes del medio ambiente, por ello resulta de fundamental importancia impulsar el desarrollo de la protección de los derechos humanos y del medio ambiente de manera coordinada. Una de las falencias que es observada en nuestro medio es la falta de educación en la materia, aun cuando se observen intentos de formar conciencia desde las primeras edades en las instituciones educativas, esto no resulta suficiente, cuando es el Estado el estamento que debe asumir un rol trascendental, con la formulación de políticas públicas claras tendientes a fomentar una conciencia ecológica en la ciudadanía, informar sobre los aspectos fundamentales que hacen al medio ambiente, involucrar a las autoridades nacionales que representen a los diversos Poderes del Estado, así como a Gobernaciones y Municipalidades; y aplicar las sanciones que correspondan, que supongan –finalmente– una medida reparadora y aleccionadora, pretendiendo evitar que ocurran o vuelvan presentarse iguales situaciones.

La falta de educación y el desarrollo tecnológico conllevan el incremento de actividades riesgosas para el medio ambiente. Es por ello que el ordenamiento jurídico debe velar para que los daños causados sean reparados y cuando no sea posible, establecer los criterios para una indemnización justa de los mismos.

La solución de los conflictos vinculados al medio ambiente debe resguardar valores esenciales que hacen a la dignidad del hombre y del entorno, como, asimismo satisfacer la necesidad de dar primacía a una concepción eticista y solidaria de la vida en sociedad (BIDART CAMPOS). El daño ambiental constituye

⁵² Cafferatta, Néstor A.; Acceso a la justicia ambiental. Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020.

una categoría de daño, principalmente, atendiendo a su tratamiento colectivo. Es así que el daño ambiental es colectivo en sí mismo, por ello, debe tener un tratamiento colectivo (se habla del proceso colectivo ambiental), con una jurisdicción especializada, con sujetos legitimados especialmente dotados de esta facultad, y los efectos de sentencia (expansivos a todos).

A modo de corolario, con relación al tema desarrollado, se debe ser consciente de que toda la sociedad debe comprometerse en la conservación del ambiente, al tiempo de ser protagonista en la formación de la conciencia ecológica y con la idea del consumo sustentable, que vienen de la mano. La tecnología, las actividades industriales, agrícolas, ganaderas, viales, edilicias, entre otras, propias de nuestro tiempo deben evitar –en lo posible– el deterioro del medio ambiente. No encontrar otro consenso significaría tanto como apostar a la desaparición de la especie.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge; *Responsabilidad civil por daño ambiental*, en "La Ley", 1994-C, 1056.
- CAFFERATTA, Néstor A.; *Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo (Ley 25.675)*. Publicado en: RCyS2003, 80 - *Antecedentes Parlamentarios 2003-A*, 01/01/2003, 711. Cita: TR LALEY AR/DOC/19348/2001.
- *Derecho a la salud y derecho ambiental*. Publicado en: LLC2006, 409 - *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II*, 01/01/2008, 537. Cita: TR LALEY AR/DOC/435/2006.
- *Principios constitucionales ambientales*. Publicado en: RDAMB 40, 04/12/2014, 47. Cita: TR LALEY AR/DOC/5785/2014.
- *Acceso a la justicia ambiental*. Publicado en: LA LEY 09/11/2020, 09/11/2020, 1 - LA LEY2020-F, 272 - ADLA2021-1, 19. Cita: TR LALEY AR/DOC/3682/2020.
- CALAMANDREI, Piero. 1945. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- GOLBENBERG, Isidoro H. 2000 *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª ed. Ampliada y con actualización jurisprudencial, Buenos Aires, La Ley.
- CAFFERATTA, Néstor, A.. 2001. *Daño ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. 1998. *El derecho de amparo*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma.

- LORENZETTI, Ricardo Luis; Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos, en "La Ley, 1996-D, 1058.
- La protección jurídica del ambiente, LA LEY, 1997-E, 1463.
- Reglas de solución de conflicto entre propiedad y medio ambiente, en "La Ley", 1998-A, 1026.
- MENDONCA, Daniel. 2010. Constitución y medio ambiente. Apuntes sobre el derecho constitucional ambiental paraguayo, Centro de Estudios Constitucionales y Universidad Nacional de Pilar.
- MORELLO, Augusto Mario. 1997. Los daños al ambiente y el derecho procesal, en "Derecho de Daños. Dimensiones actuales y trayectorias", Edit. Platense.
- La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino, Edit. Platense, 1999.
- PALACIO, Lino Enrique; La acción de amparo (Su régimen procesal). Publicado en: LA LEY96, 867 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 289. Cita Online: AR/DOC/3143/2008.
- PALACIOS FANTILLI, Juan Martín. 2022. La acción de amparo colectivo, en el "Anuario Paraguayo de Derecho Procesal Constitucional", Asunción, Paraguay: Editorial La Ley.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. 1998. El amparo colectivo, Buenos Aires, Edit. Rubinzal-Culzoni.
- ROJAS, Jorge A. 2001. Un "nuevo molde" para el amparo, en "Revista de Derecho Procesal. Amparo. Hábeas Data. Hábeas Corpus - II", Buenos Aires, Argentina: Edit. Rubinzal-Culzoni.
- STIGLITZ, Gabriel A.; Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente, en "Revista Ambiente y Recursos Naturales", vol. II, N° 2, julio-set. 1985.

SITIOS WEBS CONSULTADOS

- GOZAÍNÍ, Osvaldo A.; El amparo y la defensa de los derechos colectivos. Disponible en web: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3047/7.pdf>.
- MARISCAL URETA, Karla Elizabeth; Tutela jurídica de los derechos colectivos ambientales. Disponible en web: <https://www.primera-instancia.com.mx/articulos/tutela-juridica-de-los-derechos-colectivos-ambientales/>.
- PALACIOS FANTILLI, Juan Martín; Responsabilidad civil por daño ambiental, en "Revista Paraguaya de Derecho Civil", IJ International Legal Group (2016), <http://py.ijeditores.com/articulos.php?Hash=159455cd4c1ad8f2665c93ca6672e31a> y en <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Juan-M-Palacios-F-Responsabilidad-civil-ambiental.pdf>.
- Amparo Colectivo, Diccionario Panhispánico Del Español Jurídico. Real Academia de la Lengua Española, <https://dpej.rae.es/lema/amparo-colectivo>.
- Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, disponible en <https://www.cepal.org/es/acuerdo-deescazu>.

IMPORTANCIA DE LA RESPONSABILIDAD LEGAL EN LA EMISIÓN DE LOS BONOS DE CARBONO

Sofía Rojas Peralta¹ y Fernando Domaniczky Rein²

“La lucha contra el cambio climático no es un juego político; es un desafío global que requiere cooperación y soluciones pragmáticas.”³

RESUMEN : En un panorama global donde la preocupación por la crisis climática ha alcanzado una urgencia sin precedentes, la búsqueda de enfoques efectivos y sostenibles para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero ha surgido como una prioridad ineludible. Los Bonos de Carbono desempeñan un papel crucial en la estrategia de mitigación de emisiones, es por ello que con el presente ensayo pretendemos abordar la importancia de esta innovadora herramienta que entrelaza las esferas legales, económicas y medioambientales en un esfuerzo concertado para atenuar los efectos del cambio climático; aportando así una visión a la responsabilidad legal en la emisión de Bonos de Carbono en el marco del derecho, atendiendo los diferentes enfoques jurídicos a nivel internacional.

PALABRAS CLAVE: Derecho Ambiental, Bonos de Carbono, Ordenamiento Jurídico.

ABSTRACT: In a global scenario where concern for the climate crisis has reached unprecedented urgency, the search for effective and sustainable approaches to reduce greenhouse gas emissions has emerged as an inescapable priority. Carbon Bonds play a crucial role in the emission mitigation strategy, which is why with this essay we intend to address the importance of this innovative tool that intertwines the legal, economic, and environmental spheres in a concerted effort to mitigate the effects of climate change; thus, providing a vision of legal responsibility in the issuance of Carbon Credits within the framework of law, considering the different legal approaches at the international level.

KEYWORDS: Environmental Law, Carbon Bonds, Legal System.

Introducción

El cambio climático representa uno de los desafíos más apremiantes del siglo actual, con consecuencias significativas para el medio ambiente, la economía global y la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. La aceleración de la acumulación de gases de efecto invernadero (GEI) en la atmósfera, impulsada principalmente por actividades humanas, ha intensificado la urgencia

¹ Estudiante del sexto semestre de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas (Derecho) “Universidad Católica Ntra. Señora de la Asunción. Secretaria de Finanzas de la Comisión Directiva de la Revista Jurídica UC (2023) Egresada Sobresaliente Colegio Las Teresas. (2020).

² Estudiante del sexto semestre de la Facultad de Ciencias Químicas (Ingeniería Química) “Universidad Nacional de Asunción” Co-autor en patente de invención en el área Tecnológica. Desarrollo de “Touchless Elevator Sensor.”(2020) Consultor en patente de invención en el área de Energías Renovables. Implementación de “Tapa Fotovoltaica en Transporte Fluvial Internacional.” (2021). Egresado Colegio Goethe Schule (2019)

³ Wangari Maathai, política y ecologista. (Premio Nobel de la Paz, 2004)

de abordar este fenómeno de alcance global. En respuesta a esta problemática, se han desarrollado mecanismos innovadores para incentivar la mitigación de emisiones y la transición hacia una economía baja en carbono.

Los “Bonos de Carbono” se destacan entre estos instrumentos, actuando como catalizadores financieros que respaldan proyectos de reducción de emisiones. Sin embargo, la emisión de estos bonos no es un proceso exento de complejidades legales, ya que involucra una amplia gama de regulaciones nacionales e internacionales, contratos comerciales y cuestiones éticas.

En este contexto, este breve ensayo se adentra en el importancia de la responsabilidad Legal en la Emisión de Bonos de Carbono, examinando de manera comparativa los distintos enfoques jurídicos adoptados en diferentes naciones, además se propone demostrar cómo la responsabilidad legal en la emisión de bonos puede contribuir eficazmente a fomentar la sostenibilidad ambiental para abordar la mitigación del cambio climático.

1) ¿Qué son los bonos de carbono y cómo funcionan en el marco de la mitigación de emisiones?

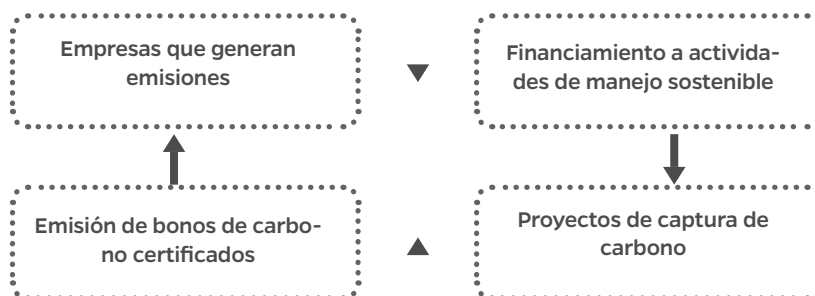
Dentro del ámbito del derecho ambiental, los bonos de carbono representan una estrategia novedosa para estimular la disminución de emisiones y la atenuación de los efectos del cambio climático. Este sistema emerge como uno de los tres enfoques contemplados en el marco del Protocolo de Kioto para abordar la reducción de emisiones responsables de la aceleración del calentamiento global y la consiguiente intensificación del efecto invernadero (GEI o gases de efecto invernadero). Estos bonos constituyen un mecanismo a nivel internacional que brinda la oportunidad a empresas y naciones a invertir en proyectos certificados tales como captura de CO₂ y procesos de reforestación.

Cada unidad de estos bonos de carbono, también conocidos como “créditos”, otorga a una empresa o país el derecho de liberar una tonelada de dióxido de carbono o su equivalente en otro gas de efecto invernadero. Bajo distintos sistemas, cada entidad tiene una cuota limitada de créditos y puede obtener más a través de dos vías: adquiriéndolos de terceros o generándolos mediante proyectos de mitigación, como por ejemplo el procedimiento de captura de carbono mediante la reforestación. Se debe resaltar que una tonelada de CO₂ encuentra su equivalencia en un bono de carbono.

La finalidad subyacente en este enfoque es reducir las emisiones de gases contaminantes, ejerciendo presión en contra de las empresas y naciones que emiten mayores cantidades y ofreciendo oportunidades alternativas de financiación para aquellas que no utilizan la totalidad de sus créditos y optan por transferirlos.⁴

⁴ Greentology, “Metaregistro optimiza el mercado de bonos de carbono”, 5 de junio del 2023. <https://greentology.life/2022/03/01/metaregistro-optimiza-el-mercado-de-bonos-de-carbono/>

A continuación, facilitamos un diagrama sobre la compensación de bonos de carbono para una mejor comprensión:



Ciertas empresas, impulsadas por un interés hacia la sostenibilidad corporativa o en consonancia con las regulaciones locales, efectúan adquisiciones de bonos de carbono con el propósito de estar frente a un estado de neutralidad de carbono. A través de este enfoque, se respaldan económicamente proyectos certificados, los cuales se encargan de la captura de dióxido de carbono u otros gases de efecto invernadero desde la atmósfera, todo ello bajo un proceso comprobable y mensurable según metodologías científicas establecidas.

II) Marco Internacional.

2.1. Antecedentes. Cumbres y Protocolos.

El punto de partida se remonta a 1972, en la Conferencia Cumbre de la Tierra de Estocolmo. En ella, se abordaron preocupaciones sobre la contaminación del aire y el agua, destacando la necesidad de tomar para reducir la contaminación y se resaltó la importancia de conservar y gestionar de manera sostenible los recursos naturales, así también, la conferencia sentó las bases para la idea de que el desarrollo económico debe ser compatible con la preservación del medio ambiente y la equidad social.

Posteriormente, en 1979, en la Conferencia Mundial del Clima celebrada en Ginebra, se hizo un reconocimiento unánime del cambio climático como un problema tangible, de extrema gravedad, que demandaba una investigación exhaustiva y un enfoque serio.

En el año 1987, la Organización de las Naciones Unidas publicó el informe "Nuestro Futuro Común," también conocido como Informe Brundtland. Aquel, hace referencia a las consecuencias medioambientales negativas del desarrollo económico, de la globalización; así también, menciona la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de la industrialización y el crecimiento de la población. Sin embargo, a pesar de la amplitud de temas que trata el Informe Brundtland, es especialmente conocido debido a que proporciona por primera vez el concepto de lo se conoce como Desarrollo Sostenible: "La satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades"⁵. **Más tarde, dicho**

⁵ Gro Harlem Brundtland, "Nuestro Futuro Común" (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada en 1987).

informe estableció las bases para la cumbre de Río de Janeiro celebrada en 1992, la cual dio lugar a la creación de la "Comisión sobre Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas" (CDS).

2.2. El Protocolo de Kioto. Origen y Principales Objetivos.

El 11 de diciembre de 1997, durante la Conferencia Mundial sobre el Cambio Climático, un total de 84 países se suscribieron y 46 de ellas ratificaron la Cumbre del Clima Protocolo de Kioto (Kioto, Japón). Este protocolo internacional fue promovido bajo el amparo de las Naciones Unidas (ONU).⁶ Para el año 2001, el número de países que se habían unido a esta iniciativa ascendió a 180, marcando un aumento significativo en su alcance global, pero debido a un complejo proceso de ratificación entró en vigor recién el 16 de febrero de 2005.

De manera específica, el Protocolo de Kioto activa los preceptos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, lo cual implica el compromiso de las naciones industrializadas para restringir y disminuir sus emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) de acuerdo con metas individuales convenidas. La Convención en sí misma, en contraposición, solicita a estos países la implementación de políticas y acciones para mitigar sus emisiones y que realicen informes periódicos al respecto.

En el periodo comprendido entre 2008 al 2012, se puso en marcha el primer periodo del protocolo, que tuvo un objetivo concreto: que los países industrializados y las economías en transición redujeron al menos un 5,2% las emisiones contaminantes, tomando como referencia los niveles alcanzados en 1990.

2.2.1. Enmienda de Doha

Luego, para el segundo periodo comprendido entre 2013 al 2020, se realiza la "Enmienda de Doha al Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático", adoptada en Doha, Qatar, el 3 de diciembre de 2012 (aprobada por la cámara de Senadores de la República del Paraguay con la Ley N° 6263)

Es importante destacar que la Enmienda de Doha introduce tres modificaciones en el texto del Protocolo de Kioto.

(i) En primer lugar, incorpora un nuevo gas, el trifluoruro de nitrógeno, en la lista de gases regulados.

(ii) En segundo lugar, establece un procedimiento simplificado que permite a una parte ajustar su compromiso aumentando su nivel de ambición durante el período de compromiso.

(iii) Y en tercer lugar, contiene una disposición que automáticamente ajusta el objetivo de reducción de emisiones de una parte para evitar que sus emisiones en el período 2013-2020 superen el promedio registrado durante los

⁶ United Nations Climate Change, "Que es el Protocolo de Kioto", 5 de junio del 2023. https://unfccc.int/es/kyoto_protocol

años 2008-2010.⁷

2.3. El Acuerdo de París. Principales Disposiciones y Estrategias a largo plazo

El Acuerdo de París, alcanzado en diciembre de 2015 durante la 21ª Conferencia de las Partes (COP21) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) en París, marcó un hito trascendental en la lucha global contra el cambio climático. Expresa sus objetivos claros en el artículo 2, inc. 1: “El presente Acuerdo tiene por objeto reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza...”⁸, en consecuencia, los siguientes artículos establecen objetivos a largo plazo como guía para todas las naciones adheridas:

(i) Reducir sustancialmente las emisiones de gases de efecto invernadero para limitar el aumento de la temperatura global en este siglo a 2 °C y esforzarse para limitar este aumento a incluso más de tan solo el 1,5 °;

(ii) Revisar los compromisos de los países cada cinco años;

(iii) Ofrecer financiación a los países en desarrollo para que puedan mitigar el cambio climático, fortalecer la resiliencia y mejorar su capacidad de adaptación a los impactos del cambio climático.⁹

III) Mecanismos y Programas para la Emisión y Comercialización de Bonos

El Protocolo de Kioto incluye tres mecanismos basados en el mercado, orientados a alcanzar las reducciones de manera costo-efectiva:

(i) El Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL)¹⁰

El mecanismo de desarrollo limpio se crea a través del artículo 12 del Protocolo de Kioto, su propósito es permitir que los países industrializados cumplan con sus compromisos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, al tiempo que brinda la oportunidad a las naciones en desarrollo se beneficien de los proyectos que generan certificados de carbono. La participación es voluntaria y está abierta a países tanto desarrollados como en desarrollo que hayan ratificado dicho protocolo. Así también, establece la creación de una junta ejecutiva del mecanismo de desarrollo limpio con la finalidad de que, bajo la autoridad y guía de la Conferencia de las Partes en su capacidad como Reunión de las Partes del Protocolo (COP/MOP), se encargue de supervisar y tener responsabilidad sobre el funcionamiento del Mecanismo de Desarrollo Limpio.

(ii) La Implementación Conjunta (IC)

La Implementación Conjunta es un mecanismo establecido en el marco del

⁷ Honorable Cámara de Senadores, “Senado acepta la Enmienda de Doha al Protocolo de Kyoto sobre cambio climático”, 6 de junio del 2023 <https://acortar.link/583Wyz>

⁸ Organización de las Naciones Unidas, Acuerdo de París (París, Francia), 03-04

⁹ Naciones Unidas, “Acuerdo de París”, 6 de junio del 2023. <https://acortar.link/XgGXwy>

¹⁰ Ministerio del Ambiente de la República de Chile, “Mecanismo de desarrollo limpio”, 6 de junio del 2023 <https://mma.gob.cl/cambio-climatico/mecanismo-de-desarrollo-limpio/>

Protocolo de Kioto que permite a los países industrializados llevar a cabo proyectos de reducción de emisiones en otros países industrializados o en economías en transición como una forma de cumplir con sus compromisos de reducción de gases de efecto invernadero. Este mecanismo se diseñó para promover la cooperación internacional en la mitigación del cambio climático y la transferencia de tecnología y conocimiento.

(iii) El Comercio Internacional de Emisiones (CIE).

El Comercio Internacional de Emisiones, también conocido como Comercio de Emisiones entre Países (CETP), es otro mecanismo cuyo objetivo principal es permitir que los países industrializados comprendan y vendan unidades de reducción de emisiones (URE) entre sí para cumplir con sus objetivos de reducción de gases de efecto invernadero (GEI) de manera más rentable (la transferencia de URE generalmente se realiza a través de una autoridad nacional designada o de un mecanismo internacional.)

IV) Ventajas y Desafíos de la implementación de los Bonos de Carbono

Los bonos de carbono son considerados como una herramienta fundamental en la lucha contra el cambio climático, ya que estos ofrecen una serie de beneficios y ventajas tanto para las empresas como para el medio ambiente. Estos instrumentos permiten la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero de manera efectiva, al tiempo que fomentan la transición hacia una economía más sostenible. En este contexto, exploraremos algunos aspectos positivos comparando con diferentes naciones.

(i) Impuestos al carbono:

Entre más cuestan los combustibles fósiles, las personas los usan menos y buscan alternativas renovables más baratas. A modo de ejemplificar, el impuesto sobre el carbono de Suecia ha ayudado enormemente a reducir las emisiones en un 26% desde su implementación en 1990. Así también, Canadá ha establecido un impuesto al carbono a nivel nacional y ha generado ingresos que se utilizan para apoyar proyectos de energía limpia y eficiencia energética.

(ii) Proyecto de neutralidad de carbono en 2050

El objetivo marcado es alcanzar un balance neto de cero emisiones en 2050. Para ello, se debería reducir entre el 40 y 55%, con respecto a los valores de 1990, para el año 2030.¹¹ Suecia, que tiene como objetivo alcanzar la neutralidad de carbono para 2045, ha invertido en fuentes de energía renovable, como la energía eólica y la hidroeléctrica. China, el país más grande emisor de CO₂ del mundo, se ha comprometido a ser carbono neutral para 2060. Su estrategia incluye una mayor inversión en energía solar y eólica, la electrificación del transporte y la promoción de la eficiencia energética. La implementación de los bonos contribuye a lograr emisiones de carbono neutras antes de 2050.

¹¹ Aqueae Fundación "Neutralidad de carbono en 2050 ¿es posible?", 7 de junio de 2023. <https://www.fundacionaqueae.org/wiki/emergencia-climatica-para-lograr-la-neutralidad-de-carbono-en-2050/#:~:text=El%20objetivo%20es%20doblar%20los,1990%2C%20para%20el%20a%C3%B1o%202030.>

A pesar de que la propuesta de adoptar los bonos de carbono en diversas naciones y contextos ofrece efectos altamente positivos tanto en el entorno ambiental como en las economías locales, también conlleva desafíos que deben abordarse para garantizar su eficaz aplicación como una herramienta esencial en la mitigación del grave problema del cambio climático. Para ello, describiremos algunos de los desafíos a ser superados:

(i) Falta de estandarización

La ausencia de normativas y regulaciones internacionales uniformes dificulta la comparación de proyectos de reducción de emisiones y la transparencia en el mercado. Esto puede llevar a la incertidumbre para los inversores y dificultar la evaluación precisa de la efectividad de los bonos de carbono, también puede generar confusión sobre cómo se calculan y verifican las reducciones de emisiones.

(ii) Precios bajos de carbono

En algunos países y regiones, los precios del carbono en los mercados de bonos de carbono han sido notoriamente bajos en relación con el costo real de reducir las emisiones. Esto reduce el incentivo para que las empresas inviertan en proyectos de reducción de emisiones y puede llevar a una falta de eficacia en la mitigación del cambio climático. Estos precios bajos pueden reflejar una oferta excesiva de créditos de carbono o debilidades en los sistemas de fijación de precios.

V) Marco Legal.

5.1. Diferentes estándares regulatorios.

Las regulaciones legales sobre los bonos de carbono, en particular aquellas relacionadas con los mercados de carbono y la compensación de emisiones, varían alrededor del mundo. Algunos países han establecido marcos regulatorios específicos para abordar los bonos de carbono, mientras que otros han incorporado disposiciones relacionadas con los mercados de carbono en su legislación ambiental o de cambio climático.

5.2. El mercado regulado de los Bonos de Carbono.

El mercado obligatorio de Bonos de Carbono, también conocido como un Sistema de Comercio de Emisiones (SCE) o un mercado de carbono regulado, es un enfoque gubernamental para controlar las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) mediante la imposición de límites máximos de emisiones a ciertas empresas e industrias; es decir, es una herramienta de política para la mitigación del cambio climático basada en el mercado. A continuación, expone un cuadro explicativo para mejor comprensión del funcionamiento básico y el marco legal que lo regula.

FUNCIONAMIENTO BÁSICO	
Establecimiento de Límites de Emisión	El gobierno establece límites máximos de emisiones de GEI para empresas o sectores específicos.
Asignación de Derechos de Emisión	A las empresas reguladas se les asignan derechos de emisión que les otorgan el derecho de emisión una específica de GEI
Obligaciones de Cumplimiento	Las empresas deben cumplir con los límites de emisión asignados. Si emiten menos de lo permitido, pueden vender los derechos no utilizados en el mercado de carbono. Si superan sus límites, deben adquirir derechos adicionales en el mercado.
REGULACIONES EN GENERAL	
Autoridades Reguladoras	Son organismos gubernamentales o entidades designadas encargadas de supervisar, administrar y hacer cumplir las regulaciones y políticas relacionadas con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI).
Verificación y Reporte	Las empresas reguladas deben monitorear y reportar sus emisiones de manera precisa y verificable. Esto implica auditorías y verificaciones periódicas para garantizar la integridad del sistema.
Penalizaciones por Incumplimiento	Las penalizaciones pueden variar según la legislación específica de cada mercado de carbono, suelen incluir los siguientes tipos: Multas financieras (vinculado a la sobre emisión) Reducción de derechos de emisión futuros Exclusión del mercado

El marco legal que respalda a los bonos de carbono y al mercado regulado desempeña un papel crítico en la efectividad y credibilidad de este enfoque. En este contexto, destacamos algunos beneficios significativos:

En primer lugar, el marco regulatorio establece normas y estándares claros para la medición, verificación y reporte de las reducciones de emisiones de carbono, por ende, esto asegura que los bonos de carbono emitidos representen reducciones reales y cuantificables de emisiones, lo que es esencial para la integridad del mercado, también brinda confianza a los inversores y fomenta la participación de empresas y proyectos en la reducción de emisiones, al ofrecer un conjunto de reglas estandarizadas y transparentes.

En segundo lugar, el marco regulatorio proporciona un mecanismo para garantizar la distribución equitativa y justa de los bonos de carbono, asegurando que los beneficios se compartan de manera adecuada entre las partes involucradas, incluyendo a los países en desarrollo, en consecuencia, esto ayuda a mitigar desigualdades económicas y fomenta la cooperación internacional.

En tercer lugar, el marco legal también establece sanciones y mecanismos de cumplimiento para aquellos que intenten eludir o abusar del sistema de emi-

sión de bonos. Esto disuade la falsificación de reducciones de emisiones y garantiza la credibilidad del mercado, lo que es esencial para atraer inversores y mantener la integridad de la iniciativa.

En cuarto lugar, el marco regulatorio puede impulsar la innovación y el desarrollo de tecnologías limpias al proporcionar incentivos financieros para la adopción de prácticas más sostenibles, esto puede acelerar la transición hacia una economía baja en carbono y estimular la inversión en proyectos que reduzcan significativamente las emisiones.

Conclusión

Establecer una responsabilidad legal sólida en la emisión de bonos de carbono es fundamental en la lucha contra el cambio climático. Esta radica en su capacidad para forjar un compromiso genuino contra la mitigación. La transparencia y la verificación inherentes a estos sistemas legales son elementos cruciales en la lucha constante, ya que establecen estándares rigurosos para la medición y la autenticidad de las reducciones de emisiones, lo que es fundamental para la confianza en los mercados de carbono; de lo contrario, el sistema carecería de credibilidad y su capacidad para catalizar la inversión en tecnologías bajas en carbono se vería socavada. Además, es necesario recalcar que los ingresos generados a través de los bonos de carbono pueden alimentar la financiación de proyectos de mitigación del cambio climático, como la expansión de energías renovables o la reforestación; esto no solo reduce las emisiones, sino que también tiene un impacto positivo tanto en comunidades locales como en la sostenibilidad a largo plazo.

En cuanto a los acuerdos internacionales destinados a regular los bonos de carbono, estos también ocupan un lugar central en la lucha global contra el cambio climático, ya que representan un compromiso en conjunto con las naciones adheridas para abordar la creciente crisis medioambiental. Su importancia radica en su capacidad para reunir a diversos países bajo un marco común de responsabilidad y acción. La transparencia y la verificación son otro pilar crucial, los acuerdos internacionales exigen que los países informen de manera precisa y transparente sobre sus emisiones y sus esfuerzos de mitigación. Esta rendición de cuentas mutua construye la confianza entre las partes y asegura que las acciones climáticas sean verificables y efectivas. Además, estos acuerdos proporcionan marcos financieros y de inversión para proyectos de mitigación y adaptación en países en desarrollo, lo cual no solo impulsa la inversión en tecnologías bajas en carbono, sino que también fortalece la resiliencia de las comunidades frente al cambio climático.

BIBLIOGRAFÍA.

- Greentology, "Metaregistro optimiza el mercado de bonos de carbono", 5 de junio del 2023. <https://greentology.life/2022/03/01/metaregistro-optimiza-el-mercado-de-bonos-de-carbono/>
- Gro Harlem Brundtland, "Nuestro Futuro Común" (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo realizada en 1987).
- United Nations Climate Change, "Que es el Protocolo de Kioto", 5 de junio del 2023. https://unfccc.int/es/kyoto_protocol
- Honorable Cámara de Senadores, "Senado acepta la Enmienda de Doha al Protocolo de Kyoto sobre cambio climático", 6 de junio del 2023 <https://acortar.link/583WyZ>
- Organización de las Naciones Unidas, Acuerdo de París (Paris, Francia), 03-04
- Naciones Unidas, "Acuerdo de París", 6 de junio del 2023. <https://acortar.link/XgGXwy>
- Ministerio del Ambiente de la República de Chile, "Mecanismo de desarrollo limpio", 6 de junio del 2023 <https://mma.gob.cl/cambio-climatico/mecanismo-de-desarrollo-limpio/>
- Aqueae Fundación "Neutralidad de carbono en 2050 ¿es posible?" , 7 de junio de 2023. <https://www.fundacionaqueae.org/wiki/emergencia-climatica-para-lograr-la-neutralidad-de-carbono-en-2050/#:~:text=El%20objetivo%20es%20doblar%20los,1990%2C%20para%20el%20a%C3%B1o%202030.>
- Forbes Mexico "¿Qué riesgos hay detrás de los bonos de carbono?" , 8 de junio de 2023 <https://www.forbes.com.mx/que-riesgos-hay-detras-de-los-bonos-de-carbono/>
- Citizens Climate Lobby "Por que poner un precio al carbono", 8 de junio de 2023. <https://citizensclimatelobby.org/es/precio-al-carbono/>
- World Wild Life "¿Qué es el impuesto al carbono y cómo podría ayudarnos a combatir la crisis climática?", 8 de junio de 2023. <https://www.worldwildlife.org/descubre-wwf/historias/que-es-el-impuesto-al-carbono-y-como-podria-ayudarnos-a-combatir-la-crisis-climatica.>



revistajurídica

DERECHO CIVIL



REGULACIÓN DE LOS CRIPTOACTIVOS RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS BIENES Y DE- RECHOS VIRTUALES

Alejandro Guanes Mersan¹

RESUMEN: Según la consultora PricewaterhouseCoopers “El creciente impacto del mercado de criptoactivos en la industria financiera, la potencial alteración de los equilibrios financieros que rigen el sistema actual y la ausencia de un marco que capte las particularidades de los agentes involucrados en dicho ecosistema, ha llevado al regulador a apuntalar el proceso para su reconocimiento de forma particular y a su vez, adaptar la regulación financiera a la implementación de los usos digitales”. Las tecnologías de registro distribuido (TRD o DLT), tal como la blockchain y las monedas virtuales, tal como Bitcoin, han generado un impacto disruptivo especialmente en los mercados financieros. Estas tecnologías descentralizadas desafían los paradigmas de un mercado centralizado y altamente regulado. En el presente artículo primeramente se presenta la conceptualización de los criptoactivos y una clasificación de los mismos. Seguidamente, se desarrolla lo referente a la regulación, con un enfoque especial en la Propuesta de Reglamento relativo a los mercados de criptoactivos y por el que modifica la Directiva (UE) 2019/1937, conocido como “Reglamento MICA”. Complementariamente se expone un relevamiento del estado de situación en algunos países de Sudamérica y en particular en Paraguay. El marco regulatorio que propone el Reglamento MICA puede servir como marco de referencia para otros países, incluyendo países en Sudamérica cuyos sistemas jurídicos están basados en la tradición continental-europea.

PALABRAS CLAVES: criptomonedas- Bitcoin- mercado- criptoactivo- blockchain- token

ABSTRACT: According to PricewaterhouseCoopers “The growing impact of the cryptoassets market in the financial industry, the potential disruption of the financial equilibrium that governs the current system and the absence of a framework that comprises the particularities of the agents involved in this ecosystem, has led the regulator to underpin the process for its recognition in a particular way and, in turn, adapt the financial regulation to the implementation of digital uses”. Distributed log technologies (DRT or DLT), such as the blockchain and virtual currencies, such as Bitcoin, have generated a disruptive impact especially in financial markets. These decentralized technologies challenge the paradigms of a centralized and highly regulated market. This article first presents the conceptualization of cryptoassets and their classification. Then, the regulatory aspects are developed, with a special focus on the Proposal for a Regulation on cryptoassets markets and amending Directive (EU) 2019/1937, known as “MICA Regulation”. Additionally, a survey of the state of affairs in some South American countries, particularly in Paraguay, is presented. The regulatory framework proposed by the MICA Regulation may serve as a reference framework for other countries, including countries in South America whose legal systems are based on the continental-European tradition.

KEYWORDS: cryptocurrencies- Bitcoin- market- cryptoassets- blockchain- token

I. Introducción

Según la consultora PricewaterhouseCoopers “El creciente impacto del mercado de criptoactivos en la industria financiera, la potencial alteración de

¹ ALEJANDRO GUANES MERSAN es Abogado (1993); Master en Derecho Comercial Internacional, UofA, USA (1999); socio fundador de Guanes, Heisecke & Piera Abogados. El presente ensayo es una adaptación del Trabajo Integrador Final (TIF) presentado por el autor en el Curso Superior en Derecho Aspectos Jurídicos de los Smart Contracts y Blockchain, dictado y certificado por la Fundación General de la Universidad de Salamanca y doingGlobal (2023).

los equilibrios financieros que rigen el sistema actual y la ausencia de un marco que capte las particularidades de los agentes involucrados en dicho ecosistema, ha llevado al regulador a apuntalar el proceso para su reconocimiento de forma particular y a su vez, adaptar la regulación financiera a la implementación de los usos digitales”².

Sin dudas uno de los impactos más significativos desde la irrupción de los criptoactivos en el mercado se presenta en el sector financiero, siendo este precisamente uno de los sectores más regulados a nivel nacional e internacional.

Es por ello que resulta fácil ver que una de las tendencias en materia regulatoria ha sido la de adaptar las regulaciones del propio sistema financiero, de los mercados de valores y las regulaciones en materia de prevención de lavado de activos.

Otra de las tendencias ha sido la de establecer un nuevo marco regulatorio para los criptoactivos. Este es el caso de los países de la Unión Europea al que nos referiremos en el presente trabajo de manera particular.

En cuanto a los países de Sudamérica resulta particularmente interesante observar que existe una fuerte tendencia desde hace un par de años favorable al uso del Bitcoin y otras criptomonedas. Según un ranking mundial publicado anualmente por Chainalysis, en la región se destaca Brasil, ubicado en el top ten del ranking y también Argentina, Colombia y Ecuador, ubicados en el top 20 del ranking.³

Es por ello que, además del caso europeo, actualizaremos el estado de situación en algunos países de Sudamérica, para finalmente, abordar el caso particular de Paraguay.

II. Aparición de los criptoactivos: Blockchain y Bitcoin

Bitcoin es la primera implementación de un concepto conocido como “moneda criptográfica”, la cual fue descrita por primera vez en 1.998 por Wei Dai en la lista de correo electrónico “cypherpunks”, donde propuso la idea de un nuevo tipo de dinero que utilizara la criptografía para controlar su creación y las transacciones, en lugar de que lo hiciera una autoridad centralizada.⁴

La primera especificación del protocolo Bitcoin y la prueba del concepto la publicó Satoshi Nakamoto en el 2009 en una lista de correo electrónico.⁵

El fundamento que expone Satoshi Nakamoto en el white paper titulado

² PWC, “El impacto regulatorio de la Propuesta Mica”, <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>.

³ Vanci, Marianella “América Latina sale del top 10 en el ranking de adopción de bitcoin, según Chainalysis”, <https://www.criptonoticias.com/comunidad/adopcion/america-latina-sale-top-10-ranking-adopcion-bitcoin-segun-chainalysis/#:~:text=Am%C3%A9rica%20Latina%20ha%20quedado%20relegada,sector%20de%20los%20criptoactivos%2C%20Chainalysis>.

⁴ BITCOIN.ORG, “Preguntas frecuentes”, <https://bitcoin.org/es/faq>

⁵ Ibid.

“Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” es que el comercio en Internet ha llegado a depender casi exclusivamente de las instituciones financieras en el proceso de los pagos electrónicos, lo cual, a su vez, incrementa los costos de transacción.⁶ Nakamoto sostiene que “Es necesario, por tanto, un sistema de pago electrónico basado en prueba criptográfica en lugar de confianza, permitiendo que dos partes interesadas realicen transacciones directamente entre ellas, sin necesidad de un tercero de confianza”.⁷

Ante ello, Satoshi Nakamoto propone como una solución al problema del doble gasto usar un servidor de sellado de tiempo, distribuido y peer-to-peer, para generar la prueba computacional del orden cronológico de las transacciones.⁸

Bitcoin nace entonces como una moneda completamente digital, basada en una tecnología segura y descentralizada conocida como blockchain (cadena de bloques). La blockchain es una base de datos segura, distribuida y descentralizada, que suplente la necesidad de terceros de confianza, siendo en la mayoría de los casos anónima y pública.⁹

Se reconocen tres tipos de blockchain: públicas, privadas e híbridas. En las públicas cualquier persona puede acceder y consultar los datos contenidos, convertirse en usuario y participar en el protocolo. En las privadas no todos los datos tienen difusión pública y solo los participantes o usuarios pueden consultar algunas de las transacciones realizadas, solo pueden participar personas invitadas, el número de nodos puede estar limitado y son conocidos. En estas el nivel de anonimato suele ser más bajo que en las públicas. Las híbridas son una combinación de las características de las públicas y de las privadas.¹⁰

2.1. Conceptualización de los criptoactivos

A partir de los diferentes reguladores se han ensayado diferentes conceptos o definiciones de los criptoactivos. A los fines del presente trabajo tomaremos como referencia la experiencia de la Unión Europea.

La Autoridad Bancaria Europea (EBA), en un reporte publicado en el mes de enero del año 2019 titulado “EBA Report. Report with advice for the European Commission on crypto-assets”¹¹, señala las principales características de los criptoactivos, como un activo que a) dependen principalmente de la criptografía y de la DLT (distributed ledger technology) o de una tecnología similar como parte de su valor percibido o inherente, b) no está emitido ni garantizado por un banco central o una autoridad pública y c) puede utilizarse como medio de intercambio y/o con fines de inversión y/o para acceder a un bien o servicio.¹²

⁶ Nakamoto, Satoshi “Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer”, <https://bitcoin.org/es/bitcoin-documento>

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Aguirreburualde, Rebato, “Blockchain y criptoconomía”

¹⁰ Ibid.

¹¹ EBA, “Report with advice for the European Commission on crypto-assets”

¹² PWC, “El impacto regulatorio de la Propuesta Mica”, <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>

En sentido similar la Autoridad Europea de Valores y Mercados (ESMA) en un documento titulado "Advice Initial Coin Offerings and Crypto-Assets", también publicado en el año 2019, utiliza el término criptoactivos para referirse tanto a las denominadas monedas virtuales y a los tokens digitales y los define como "un tipo de activos privados que depende primariamente de la criptografía y de la tecnología de registro descentralizado¹³ o una tecnología similar como parte de su valor percibido o inherente"¹⁴.

Finalmente, en setiembre de 2020, la Comisión Europea presentó el Digital Finance-Package que incluyó una propuesta de regulación del mercado de criptoactivos, conocida como Propuesta MICA y/o Reglamento MICA (siglas en inglés de Market In Crypto-Assets)¹⁵, la que en su artículo 3 define Criptoactivo como "una representación digital de valor o derechos que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro descentralizado o una tecnología similar".¹⁶

De las definiciones o conceptualizaciones señaladas podemos destacar los siguientes aspectos comunes:

- La utilización del término criptoactivo;
- Un criptoactivo es una representación digital de valor o de derechos
- Un criptoactivo puede transferirse, almacenarse, utilizarse como medio de intercambio
- Utilizan la tecnología de registro descentralizado (DLT) o una tecnología similar
- No están emitidos ni garantizados por un Banco Central o autoridad pública

2.2. Clasificación de los criptoactivos

En la actualidad es común hablar o escuchar hablar de bitcoins, tokens, blockchain, dinero electrónico, NFTs y otros términos que se van acuñando en torno al desarrollo de estas nuevas tecnologías y que se popularizan especialmente a través de las redes sociales.

Muchas veces estos términos son utilizados incorrectamente, de ahí que una clasificación de los criptoactivos puede ayudar a comprender la distinción entre los mismos. Al respecto, consideramos apropiada la clasificación que los distingue entre criptomonedas y tokens.

a) Criptomonedas

Las criptomonedas son el tipo de criptoactivos más conocido y utilizado actualmente, siendo a su vez algunas de ellas el Bitcoin (BTC) y el Ether (ETH)¹⁷.

¹³ La tecnología de registro descentralizado o distributed ledger technology (DLT) permite el almacenaje, actualización y validación de información de una manera descentralizada. El ejemplo más conocido de DLT es la blockchain, que a su vez es la tecnología utilizada por Bitcoin. (EBA, Report with advice for the European Commission on crypto-assets).

¹⁴ PWC, "El impacto regulatorio de la Propuesta Mica", <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, en adelante "Propuesta de Reglamento MICA" y/o "Reglamento MICA".

¹⁷ Ether es la criptomoneda nativa de Ethereum que es una plataforma que utiliza tecnología blockchain y que es programable, por ende, puede utilizarse para construir y mantener aplicaciones descentralizadas sobre su infraestructura, tal como los

Las criptomonedas están diseñadas para emular las funcionalidades de las monedas, especialmente como medio de intercambio o pago. Estas criptomonedas no están respaldadas por una autoridad monetaria ni por otro activo o materia prima, sino que su valor depende esencialmente por su valor de mercado y por ende en última instancia de la confianza que los usuarios tienen en el activo.

Más recientemente, debido a la volatilidad inherente a las criptomonedas, han surgido como una sub-categoría de las mismas las denominadas “stable-coins” o monedas estables, que se caracterizan por vincularse o asociarse a dinero fiat¹⁸, a un conjunto de valores o de otros activos¹⁹ y porque arbitran mecanismos de estabilización del precio²⁰.

b) Tokens

Se considera token a la representación digital protegida criptográficamente de bienes físicos, derechos, otros bienes digitales o servicios.²¹

Entre los tokens se pueden distinguir principalmente los “utility tokens”, los “asset-backed tokens”, los “security tokens” y los “non- fungible tokens”.

Los utility tokens y/o “fichas de servicio” consisten en un tipo de cryptoactivo cuya finalidad es dar acceso digital a un bien o un servicio, disponible mediante tecnología de registro descentralizado (TRD), y aceptado únicamente por el emisor de la ficha en cuestión («fichas de servicio»). Las «fichas de servicio» tienen fines no financieros relacionados con la explotación de una plataforma digital y de servicios digitales.²²

Los asset-backed tokens y/o “fichas referenciadas a activos” consisten en un tipo de cryptoactivo cuya finalidad es mantener un valor estable, para lo cual se referencian a varias monedas de curso legal, una o varias materias primas, uno o varios cryptoactivos, o una cesta de esos activos. El objetivo que, con frecuencia, se persigue al estabilizar el valor es que los titulares de las fichas referenciadas a activos las usen como medio de pago para la compra de bienes y servicios y como depósito de valor.²³

Los security tokens y/o tokens de inversión proporcionan derechos a sus titulares que les permiten participar en los futuros ingresos o en el aumento de valor de la entidad emisora o de un proyecto concreto.²⁴ Actualmente, estos tokens son generalmente emitidos por los promotores de proyectos a través de

llamados “smart contracts” o contratos inteligentes. (<https://ethereum.org/es/what-is-ethereum/>)

¹⁸ El dinero fiat o dinero fiduciario es la moneda emitida oficialmente por un gobierno, tal como serían el dólar o el euro. (RAMIREZ Lorena, “Del dinero fiat a las criptomonedas. Cómo ha evolucionado?”).

¹⁹ Aguirreburualde, Rebato, “Blockchain y criptoconomía”

²⁰ PWC, “El impacto regulatorio de la Propuesta Mica”, <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>

²¹ PWC, “El impacto regulatorio de la Propuesta Mica”, <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>

²² Propuesta de Reglamento MICA, art. 3.

²³ Propuesta de Reglamento MICA, art. 3.

²⁴ PWC, “El impacto regulatorio de la Propuesta Mica”, <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>.

una ICO²⁵ para la captación de fondos en forma directa sin intermediaries financieros.²⁶

Los non-fungible tokens, más conocidos por sus siglas como NFTs, son criptoactivos no fungibles. La aplicación principal de los NFTs actualmente se da en el campo de las artes, al tratarse de creaciones únicas y originales, que como tales no son intercambiables entre sí.²⁷

Finalmente, los tokens híbridos son aquellos criptoactivos que presentan las características de más de una subcategoría, representando una combinación de usos, como por ejemplo, de inversión, de utilidad o como medio de pago.²⁸

III. Regulación de los criptoactivos

A partir del reconocimiento de la ausencia de normas aplicables específicamente a los servicios relacionados con criptoactivos y la identificación de potenciales riesgos, tanto respecto de la protección de consumidores e inversores y de la integridad del mercado, la Unión Europea ha impulsado la aprobación del Reglamento MICA.

En efecto, entre los principales fundamentos para la adopción del Reglamento MICA, citamos a continuación lo expuesto en el considerando de la propuesta: "...la mayoría de los criptoactivos quedan fuera del ámbito de la legislación de la Unión en materia de servicios financieros. No hay normas para los servicios relacionados con los criptoactivos, ni siquiera en lo tocante a la explotación de plataformas de negociación de criptoactivos, el canje de criptoactivos por moneda fiat u otros criptoactivos, o la custodia de criptoactivos. Esa carencia de normas deja a los titulares de criptoactivos expuestos a riesgos, en particular en los ámbitos no contemplados por las normas de protección de los consumidores. Asimismo, la ausencia de tales normas puede conllevar importantes riesgos de cara a la integridad del mercado secundario de criptoactivos, incluida la manipulación de mercado. Con la idea de hacer frente a esos riesgos, algunos Estados miembros han establecido normas específicas para todos los criptoactivos —o un subconjunto de los criptoactivos— no contemplados por la legislación de la Unión en materia de servicios financieros".²⁹

3.1. Europa: el Reglamento MICA

Tal como lo hemos mencionado antes, la Comisión Europea presentó en el año 2020 el llamado "Digital Finance Package" (Paquete de Finanzas Digitales) que contenía una Propuesta de Reglamento relativo a los mercados de criptoac-

²⁵ ICO son las siglas de "Initial Coin Offering" (Oferta Inicial de Moneda) y es un término utilizado para referirse a un instrumento de financiación que permite llevar a cabo un proyecto empresarial que permite la recaudación de fondos, en este caso por medio de criptomonedas, para conseguir su lanzamiento. El inversor, a cambio de su capital, obtendría un token de la compañía que podrá aumentar su valor en el futuro. (Inesdi Techschool, "Qué es una ICO en criptomonedas y cómo funciona?").

²⁶ Aguirreburualde, Rebato, "Blockchain y criptoconomía"

²⁷ PWC, "El impacto regulatorio de la Propuesta Mica", <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>.

²⁸ PWC, "El impacto regulatorio de la Propuesta Mica", <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>.

²⁹ *Ibid.*

tivos y por el que modifica la Directiva (UE) 2019/1937, conocido como “Reglamento MICA”.

a) Objetivos

A partir de los fundamentos expuestos, la propuesta tiene cuatro objetivos generales, relacionados entre sí³⁰, a saber:

- Seguridad Jurídica. Para ello se necesita un marco jurídico sólido que defina claramente el tratamiento normativo de todos los criptoactivos no contemplados en la legislación vigente en materia de servicios financieros.
- Apoyar la innovación. Para promover el desarrollo de los criptoactivos y un uso más generalizado de la TRD, es preciso establecer un marco seguro y proporcionado que defienda la innovación y la competencia leal
- Protección de los consumidores e inversores. Mediante la instauración de unos niveles adecuados de protección de los consumidores e inversores y de integridad del mercado
- Garantizar la estabilidad financiera. Mediante la inclusión de salvaguardias para hacer frente a los riesgos que podrían derivarse de las criptomonedas estables de cara a la estabilidad financiera y una política monetaria ordenada.

b) Criptoactivos comprendidos

Las tres subcategorías de criptoactivos comprendidos en la Propuesta son:

- los utility tokens o fichas de servicio.
- los asset-referenced tokens (ART) o fichas referenciadas a activos.
- los electronic money tokens (EMT) o fichas de dinero electrónico.

A las dos primeras subcategorías nos hemos referido antes. En el caso de los EMT o fichas de dinero electrónico la componen aquellos criptoactivos cuya principal finalidad es la de ser usados como medio de pago, para lo cual se estabiliza su valor referenciándolos a una única moneda fiat.³¹ Su función es muy similar a la del dinero electrónico. Al igual que el dinero electrónico, son un sustituto electrónico de las monedas y los billetes y se emplean para efectuar pagos.

Es importante mencionar que no han sido incluidos en la Propuesta los NFTs o tokens no fungibles y las criptomonedas, tales como el Bitcoin, en la medida que no sean clasificables como utility token, ART o EMT³².

c) Actividades reguladas

Las actividades reguladas son las que se consideran “Servicio de criptoactivos” y que consisten en las siguientes³³:

- a) la explotación de una plataforma de negociación de criptoactivos;
- b) el canje de criptoactivos por una moneda fiat de curso legal;
- c) el canje de criptoactivos por otros criptoactivos;
- d) la custodia y la administración de criptoactivos por cuenta de terceros;

³⁰ Ibid.

³¹ Propuesta de Reglamento MICA, art. 3.

³² PWC, “El impacto regulatorio de la Propuesta Mica”, <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>.

³³ Propuesta de Reglamento MICA.

- e) la ejecución de órdenes relacionadas con criptoactivos por cuenta de terceros;
- f) la colocación de criptoactivos;
- g) la recepción y transmisión de órdenes relacionadas con criptoactivos por cuenta de terceros;
- h) el asesoramiento sobre criptoactivos

d) Emisión y negociación de criptoactivos

El Reglamento MICA establece requerimientos específicos para las ofertas públicas de criptoactivos y admisión para negociación en plataformas de negociación según se trate de utility tokens; ARTs o EMTs.

Los requerimientos más relevantes para los emisores de criptoactivos son:

- Autorización previa de la autoridad de aplicación (excepto para los utility tokens), siendo revocable esta autorización.
- Elaboración y publicación de un “whitepaper” (libro blanco), que contenga la información de divulgación obligatoria.³⁴
- Reconocimiento de un derecho de reembolso a favor del consumidor
- Régimen de responsabilidad de los emisores

3.2. Sudamérica

Actualmente en todos los países de Sudamérica las criptomonedas carecen de reconocimiento como moneda de curso legal.³⁵

En los países de Sudamérica en general son más recientes las iniciativas legislativas para establecer un marco regulatorio de los criptoactivos. En la mayoría de los países existen iniciativas para adoptar leyes especiales, las cuales se encuentran en fase de elaboración y/o de estudio a nivel parlamentario.³⁶

En Perú fue presentado a finales del 2021 un “Proyecto de ley marco de comercialización de criptoactivos”.³⁷

En Colombia desde el año 2021 se ha habilitado un espacio controlado de prueba (conocido como “Sandbox”) para impulsar la innovación tecnológica del sistema financiero.³⁸

Brasil se ha convertido recientemente en uno de los primeros países de la región en contar con una legislación especial. En efecto, el 21 de diciembre de 2022 fue promulgada la Ley N° 14.478 sobre las directrices a ser observadas en la prestación de servicios de activos virtuales y en la reglamentación de las pres-

³⁴ El libro blanco ha de incluir información de carácter general acerca del emisor, el proyecto que se pretenda llevar a cabo con el capital obtenido, la oferta pública de criptoactivos o su admisión a negociación en una plataforma de negociación de criptoactivos, los derechos y obligaciones asociados a los criptoactivos, la tecnología subyacente empleada y los riesgos correspondientes (Propuesta de Reglamento MICA).

³⁵ El Salvador, si bien no es un país Sudamericano, ha sido el primer país en Latinoamérica en adoptar el BTC como moneda de curso legal en el año 2021.

³⁶ FORBES, “Qué países de América Latina regulan las criptomonedas y cómo lo están haciendo?”, <https://forbes.pe/economia-y-finanzas/2022-03-08/que-paises-de-america-latina-regulan-las-criptomonedas-y-como-lo-estan-haciendo>.

³⁷ Congreso Nacional República de Perú, “Proyecto de ley marco de comercialización de criptoactivos”

³⁸ CERLATAM, “Superfinanciera habilita el espacio controlado de prueba para impulsar la innovación tecnológica del sistema financiero”.

tadoras de servicios de activos virtuales.³⁹

La prestación de servicios de activos virtuales debe observar las siguientes directrices: i) libre iniciativa y libre competencia; ii) buenas prácticas de gobernanza y transparencia en las operaciones; iii) seguridad de la información y protección de datos personales; iv) protección y defensa de consumidores y usuarios; y v) prevención del lavado de dinero.⁴⁰

Según esta ley, se considera activo virtual a la representación digital de valor que puede ser negociada o transferida por medios electrónicos y utilizada para la realización de pagos o con fines de inversión.⁴¹

Los servicios de activos virtuales regulados son los servicios prestados por una persona jurídica en nombre de terceros, consistentes en: i) intercambio entre activos virtuales y moneda nacional o moneda extranjera; ii) intercambio entre uno o más activos virtuales; iii) transferencia de activos virtuales; iv) custodia o administración de activos virtuales o de instrumentos que posibiliten el control sobre los activos, y v) participación en servicios financieros y prestación de servicios relacionados a la oferta por un emisor o venta de activos virtuales.⁴²

No se encuentran regulados por la ley: i) Moneda nacional y monedas extranjeras; ii) Moneda electrónica y iii) representación de activos regulados como valores mobiliarios y activos financieros.⁴³

En Venezuela, en el año 2019 el gobierno ha dictado el “Decreto Constituyente sobre el Sistema Integral de Criptoactivos” con el objeto de crear y definir el marco regulador aplicable al Sistema Integral de Criptoactivos.⁴⁴ En este decreto se define a los criptoactivos como “activo digital que utiliza a la criptografía y a los registros distribuidos como base para su funcionamiento”.⁴⁵ El decreto tiene como ámbito de aplicación los bienes, servicios, valores o actividades relacionados con la constitución, emisión, organización, funcionamiento y uso de criptoactivos y criptoactivos soberanos, dentro del territorio nacional, así como la compra, venta, uso, distribución e intercambio de cualquier producto o servicio derivado de ellos y demás actividades que le sean conexas.⁴⁶ Lo particular es que en virtud de este decreto se establece la creación de los denominados “criptoactivos soberanos” y es así como nace “Petro” (PTR) que es un token preminado basado en la tecnología de la cadena de bloques, respaldado por las reservas de varios recursos naturales de Venezuela como petróleo, oro, diamantes y gas.⁴⁷ Esta moneda virtual ha sido objeto de críticas, algunas de las cuales sostienen que el Petro no es una criptomoneda por no ser descentralizada.⁴⁸

³⁹ MATTOS FILHO, “Bancos e serviços financeiros: um balanço de 2022 e projeções para 2023”, <https://www.mattosfilho.com.br/unico/bancos-projecoes-2023/>.

⁴⁰ Ley N° 14.478, art. 4.

⁴¹ Ley N° 14.478, art. 3.

⁴² Ley N° 14.478, art. 5.

⁴³ Ley N° 14.478, art. 3.

⁴⁴ BDO, “Boletín Informativo. Sistema Integral de Criptoactivos”.

⁴⁵ BDO, “Boletín Informativo. Sistema Integral de Criptoactivos”.

⁴⁶ BDO, “Boletín Informativo. Sistema Integral de Criptoactivos”.

⁴⁷ FORBES, “Qué países de América Latina regulan las criptomonedas y cómo lo están haciendo?”

⁴⁸ WIKIPEDIA.ORG, “Petro(token)”, [https://es.wikipedia.org/wiki/Petro_\(token\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Petro_(token))

En Bolivia en el año 2021 el Banco Central de Bolivia (BCB) emitió un comunicado a través del cual se informa que resolvió a través de Resolución de Directorio N° 144/2020 de 15 de diciembre de 2020, prohibir el uso de criptoactivos (monedas digitales o virtuales), al no constituirse en monedas de curso legal. En ese contexto, el BCB recomienda evitar su uso, comercialización y negociación.⁴⁹

3.3. Paraguay

En Paraguay se ha dado una situación particular.

Inicialmente a mediados del año 2021 fue presentado a la Cámara de Senadores del Congreso Nacional un proyecto de ley "Que regula la industria y comercialización de activos virtuales – criptoactivos"⁵⁰ Posteriormente, en el año 2022 fue tratado por el Congreso Nacional el proyecto de ley "Que regula la minería, comercialización, intermediación, intercambio, transferencia, custodia y administración de criptoactivos o instrumentos que permitan el control sobre criptoactivos".⁵¹ Este proyecto fue sancionado como Ley N° 6962/2022. Sin embargo, este último fue vetado por el Poder Ejecutivo⁵².

El primer proyecto proponía, por un lado, regular las actividades de producción y comercialización de activos virtuales o criptoactivos, incluyendo la intermediación, comercialización, intercambio, transferencia o almacenamiento de los mismos, reconociendo de manera específica los derechos derivados de los "token de utilidad" y de los "token de seguridad". Por otro lado, el proyecto le daba un énfasis particular a la "minería de activos virtuales" pretendiendo el reconocimiento de esta actividad como una actividad industrial y asignando a la entidad estatal ANDE un rol preponderante para la habilitación de las personas dedicadas a la minería mediante una licencia previa.

Si bien el proyecto de ley sancionado por el Congreso Nacional introdujo modificaciones respecto del primer proyecto, el veto total del Poder Ejecutivo se fundamentó especialmente en el criterio de la propia ANDE en el sentido que no corresponde caracterizar esta actividad como una actividad industrial sino como consumo electro intensivo. Además, el Ministerio de Industria y Comercio y el Banco Central del Paraguay se pronunciaron observando defectos del proyecto de ley. El BCP, según lo que se puede leer en el considerando del decreto N° 7.692/2022, tomó una posición conservadora como ente regulador afirmando que "las criptomonedas no están respaldadas por ninguna autoridad monetaria y por tanto su custodia no está supervisada" y que estos instrumentos "tampoco cuentan con mecanismos de protección o seguridad como ofrecen otros activos" para concluir señalando que "el BCP debe proteger la integridad y estabilidad del sistema financiero, tarea que se dificultará con este tipo de

⁴⁹ Banco Central de Bolivia. Comunicado de Prensa (2021) "Prohibición del uso de criptoactivos".

⁵⁰ SILPY. Proyecto de ley "Que regula la industria y comercialización de activos virtuales"

⁵¹ SILPY. Proyecto de ley N° 6962 "Que regula la minería, comercialización, intermediación, intercambio, transferencia, custodia y administración de criptoactivos o instrumentos que permitan el control sobre criptoactivos"

⁵² Cámara de Diputados Paraguay. "Archivan proyecto de ley que regula comercialización y administración de criptomonedas" (2022). El Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 7.692 del 29 de agosto de 2022 "Por el cual se objeta totalmente el Proyecto de Ley 6962 "Que regula la minería, comercialización, intermediación, intercambio, transferencia, custodia y administración de criptoactivos o instrumentos que permitan el control sobre criptoactivos"

operaciones".⁵³

Aun cuando a la fecha no exista una ley específica aplicable a los servicios relacionados con los criptoactivos, sí existen regulaciones legales vigentes, emanadas especialmente desde la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD).

La recomendación 15 del GAFI sobre "Nuevas Tecnologías" propone que para gestionar y mitigar los riesgos que surjan de los activos virtuales, los países deben garantizar que los proveedores de servicios de activos virtuales estén regulados, tengan licencia o registro, estén sujetos a sistemas de monitoreo efectivo y apliquen medidas preventivas de diligencia debida.⁵⁴

En línea con esta recomendación del GAFI, la SEPRELAD en el año 2020 incluyó a las personas físicas o jurídicas que realicen actividades de minería o su equivalente, intercambio, transferencia, almacenamiento y/o administración de activos virtuales o participen o provean servicios financieros relacionados con estos como sujetos obligados de la Ley N° 1.015/97 y sus modificatorias.⁵⁵

Posteriormente, en el año 2021 la SEPRELAD aprobó el reglamento de prevención de lavado de activos y financiación del terrorismo, dirigido a personas físicas y jurídicas que realicen actividades asociadas a los activos virtuales.⁵⁶ En este reglamento se define "activo virtual" como una representación digital de valor que se puede comercializar o transferir digitalmente y se puede utilizar para pagos o inversiones, dejando expresamente excluidos a los activos virtuales que son representación digital de moneda fiat, valores y otros activos financieros.⁵⁷

IV. Conclusiones

Las tecnologías de registro distribuido (TRD o DLT), tal como la blockchain y las monedas virtuales, tal como Bitcoin, han generado un impacto disruptivo especialmente en los mercados financieros. Estas tecnologías descentralizadas desafían los paradigmas de un mercado centralizado y altamente regulado.

El uso de la blockchain y de otras tecnologías de registro distribuido ya es una realidad en diversos y variados rubros, tales como para los llamados smart contracts; las llamadas finanzas descentralizadas (DeFi); e inclusive en el ámbito de la resolución alternativa de conflictos y de la propia administración de justicia tradicional; y consideramos que se irá ampliando cada vez más.

⁵³ Decreto N° 7.692/2022 Por el cual se objeta totalmente el proyecto de ley N° 6962/2022 "Que regula la minería, comercialización, intermediación, intercambio, transferencia, custodia y administración de criptoactivos o instrumentos que permitan el control sobre criptoactivos".

⁵⁴ SEPRELAD, "Activos Virtuales"

⁵⁵ SEPRELAD, Resolución "Por la cual se establecen como sujetos obligados de la ley N° 1.015/97 y su modificatoria la ley N° 3.783/09 y la ley N° 6.497/19, a las personas físicas y jurídicas que desarrollan actividades asociadas con activos virtuales".

⁵⁶ SEPRELAD, Resolución "Por la cual se aprueba el Reglamento de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo".

⁵⁷ SEPRELAD, Resolución "Por la cual se aprueba el Reglamento de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo".

Europa ha optado por contar con un marco regulatorio aplicable específicamente a los criptoactivos y a los servicios relacionados a los mismos y en tal sentido, ha avanzado significativamente con la elaboración de la Propuesta del Reglamento MICA, cuya aprobación por el Parlamento Europeo se produjo recientemente en el presente año.

En Sudamérica si bien existen iniciativas encaminadas a regular los criptoactivos, estas tienen un enfoque y alcance más acotados; no cubren todos los aspectos que contempla la Propuesta del Reglamento MICA. En general, estas iniciativas se encuentran en una fase de estudio, salvo los casos de Brasil y Venezuela.

El marco regulatorio que propone el Reglamento MICA puede servir como marco de referencia para otros países, incluyendo países en Sudamérica cuyos sistemas jurídicos están basados en la tradición continental-europea.

Adherimos al criterio de que es necesario contar con un marco regulatorio específico aplicable a los criptoactivos, sin perjuicio de que se realicen adaptaciones de las normativas existentes. Ello coadyuvará al desarrollo de nuevos modelos de negocios, con un marco de seguridad jurídica, que promueva la consecuente oferta de nuevos productos y servicios y la entrada al mercado de nuevos participantes (inversionistas, prestadores de servicios, etc.).

Consideramos de suma importancia que los legisladores y reguladores definan claramente los objetivos que se persiguen con la incorporación de un nuevo marco regulatorio al sistema positivo de cada país, así como también que realicen una correcta valoración de tales objetivos, de tal manera que no se privilegien determinados intereses en perjuicio de otros y que sea tecnológicamente neutral.

BIBLIOGRAFÍA

- PricewaterhouseCoopers (PWC). "El impacto regulatorio de la Propuesta MICA" (2021). Publicado en <https://www.pwc.es/es/auditoria/assets/impacto-regulatorio-mica-en%20los-criptoactivos.pdf>
- Vanci Marianella. "América Latina sale del top 10 en el ranking de adopción de bitcoin, según Chainalysis"; Criptonoticias, 14 de septiembre, 2022. Publicado en <https://www.criptonoticias.com/comunidad/adopcion/america-latina-sale-top-10-ranking-adopcion-bitcoin-segun-chainalysis/>
- BITCOIN.ORG. <https://bitcoin.org/es/faq>
- Nakamoto Satoshi. "Bitcoin: un sistema de dinero en efectivo electrónico peer-to-peer" (2008). Publicado en https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_es.pdf
- Rebato Aguirreburualde Imanol "Material de Lectura del Curso Superior en Derecho Aspectos Jurídicos de los Smart Contracts y Blockchain. Módulo: Blockchain y Criptoconomía" (2022)
- European Banking Authority (EBA). EBA Report. "Report with advice for the European Commission on crypto-assets" (2019). Publicado en <https://www.eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets>
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, en adelante "Propuesta de Reglamento MICA". Publicado en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:f69f89bb-fe54-11ea-b44f-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF
- ETHEREUM.ORG. <https://ethereum.org/es/what-is-ethereum/>
- Ramirez Lorena. "Del dinero fiat a las criptomonedas. Cómo ha evolucionado?", 14 de abril, 2022. Publicado en <https://www.iebschool.com/blog/dinero-fiat-criptomonedas-evolucion-diferencias-finanzas/>
- Inesdi Techschool "Qué es una ICO en criptomonedas y cómo funciona?" (2022). Publicado en <https://www.inesdi.com/blog/que-es-una-ico-en-criptomonedas/#>
- Forbes. "Qué países de América Latina regulan las criptomonedas y cómo lo están haciendo?" (2022). Publicado en <https://forbes.pe/economia-y-finanzas/2022-03-08/que-paises-de-america-latina-regulan-las-criptomonedas-y-como-lo-estan-haciendo/>
- Mattos Filho. "Bancos e serviços financeiros: um balanço de 2022 e projeções para 2023" (2023). Publicado en <https://www.mattosfilho.com.br/unico/bancos-projecoes-2023/>
- WIKIPEDIA.ORG. [https://es.wikipedia.org/wiki/Petro_\(token\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Petro_(token))
- Congreso Nacional República de Perú. Proyecto de ley marco de comercialización de criptoactivos. Publicado en <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/OTMOMA=/pdf/PL0104220211220>
- Centro de Estudios Regulatorios (Cerlatam). "Superfinanciera habilita el espacio controlado de prueba para impulsar la innovación tecnológica del sistema financiero". (2021). Publicado en https://www.cerlatam.com/wp-content/uploads/2021/08/ECP_1629999128.pdf
- BDO. "Boletín Informativo. Sistema Integral de Criptoactivos" (2022). Publicado en <https://www.bdo.com.ve/es-ve/publicaciones/boletines-informativos/decreto-sobre-el-sistema-integral-de-crip>

toactivos.

- Banco Central de Bolivia. Comunicado de Prensa. "Prohibición del uso de criptoactivos" (2021). Publicado en https://www.bcb.gob.bo/webdocs/files_noticias/CP_CRIPTOACTIVOS.pdf
- Sistema de Información Legislativa (SILPY) del Congreso Nacional de la República del Paraguay. Proyecto de ley "Que regula la industria y comercialización de activos virtuales – criptoactivos" (2021). Publicado en Sistema de Información Legislativa <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/123935>
- Sistema de Información Legislativa (SILPY) del Congreso Nacional de la República del Paraguay. Proyecto de ley "Que regula la minería, comercialización, intermediación, intercambio, transferencia, custodia y administración de criptoactivos o instrumentos que permitan el control sobre criptoactivos" (2022). Publicado en Sistema de Información Legislativa <http://silpy.congreso.gov.py/expediente/123935>
- Cámara de Diputados de la República del Paraguay. "Archivan proyecto de ley que regula comercialización y administración de criptomonedas" (2022). Publicado en <http://www.diputados.gov.py/index.php/noticias/archivan-proyecto-de-ley-que-regula-comercializacion-y-administracion-de-criptomonedas>
- Secretaría Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD). "Activos Virtuales". Publicado en <http://seprelad.gov.py/userfiles/files/activos%20Virtuales.pdf>
- Secretaría Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD). Resolución N° 008 del 15 de enero de 2020 "Por la cual se establecen como sujetos obligados de la ley N° 1.015/97 y su modificatoria la ley N° 3.783/09 y la ley N° 6.497/19, a las personas físicas y jurídicas que desarrollan actividades asociadas con activos virtuales".
- Secretaría Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD). Resolución N° 314 del 01 de setiembre de 2021 "Por la cual se aprueba el Reglamento de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo basado en un sistema de administración y gestión de riesgos, dirigido a personas físicas y jurídicas constituidas o domiciliadas dentro del territorio nacional que realicen actividades asociadas a los activos virtuales".

LA NULIDAD EN EL CODIGO CIVIL PARAGUAYO

Luis A. Irún Brusquetti¹

RESUMEN: La vigencia del orden jurídico del estado se mantiene, independientemente de todo principio de justicia, no sólo en virtud de su acatamiento voluntario por los sujetos afectados, sino a consecuencia de la aplicación del principio de coercibilidad del derecho, lo que conlleva la posibilidad de la aplicación de un orden sancionatorio o resarcitorio, para la hipótesis de su violación. Entre el orden sancionatorio del estado, a efecto del acatamiento del derecho, se ubica la nulidad de los actos jurídicos, como una respuesta negativa a la falta de observancia, al momento de otorgarse, de las condiciones y requisitos establecidos para la validez del acto jurídico. Si bien es cierto, la nulidad como sanción, no es aceptada pacíficamente por toda la doctrina jurídica, es el criterio que ha ganado más fuerza entre los autores del derecho civil. De allí nace la célebre discusión doctrinaria de si la nulidad debe estar expresamente establecida en la ley, o puede resultar de la sola violación de una norma jurídica, por el carácter imperativo de la norma violada. Nuestro Código Civil acoge la opinión de que la nulidad puede ser expresa o tácita, según provenga directamente de la ley o de su sola violación. El sistema del código civil, si bien se ajusta al criterio doctrinario predominante, en ciertas situaciones puede presentarse inflexible, acarreando soluciones injustas, que por cierto se han querido evitar. El anterior sistema vigente del Código de Velez S., vigente en nuestro país hasta el año 1.987, que distinguía los actos nulos y anulables, nulidades absolutas y relativas, con un criterio independiente, con todas sus imperfecciones ha resultado ser más flexible que el del código civil vigente, según lo hemos acreditado.

PALABRAS CLAVE: Ineficacia, nulidad, código civil, acto jurídico, nulidades expresas y tácitas, actos nulos y anulables.

ABSTRACT: The validity of the legal order of the state is maintained, independently of any principle of justice, not only by virtue of its voluntary compliance by the affected subjects, but as a consequence of the application of the principle of enforceability of the law, which entails the possibility of the application of a sanctioning or compensatory order, for the hypothesis of its violation. Among the sanctioning order of the state, in order to comply with the law, is the nullity of legal acts, as a negative response to the lack of observance, at the time of granting, of the conditions and requirements established for the validity of the legal act. Although it is true that nullity as a sanction is not peacefully accepted by all legal doctrine, it is the criterion that has gained more strength among civil law authors. From there arises the famous doctrinal discussion as to whether nullity must be expressly established in the law, or whether it can result from the mere violation of a legal rule, due to the imperative nature of the violated rule. Our Civil Code accepts the opinion that nullity may be express or tacit, depending on whether it arises directly from the law or from its violation alone. The system of the Civil Code, although it conforms to the predominant doctrinal criterion, in certain situations it can be inflexible, leading to unfair solutions, which we have certainly tried to avoid. The previous system of the Code of Velez S., in force in our country until 1987, which distinguished null and voidable acts, absolute and relative nullities, with an independent criterion, with all its imperfections, has turned out to be more flexible than that of the current civil code, as we have proved.

KEYWORDS: Ineffectiveness, nullity, civil code, legal act, express and tacit nullities, null and voidable acts.

¹ Abogado egresado de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, 1984. Doctor en Derecho ante la Universidad Nacional de Asunción.. Fue magistrado, desempeñándose en distintos cargos como Juez de la Justicia Letrada, Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, laboral y Tutelar del Menor; y Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral, y Tutelar del Menor. Autor de numerosas obras y publicaciones editoriales. Colaborador y autor de numerosos artículos en diversas revistas jurídicas de nuestro medio.

I. Ineficacia e invalidez de los actos jurídicos. Concepto.

Hablar de ineficacia conlleva fijar previamente el concepto de eficacia, ya que se contrapone al anterior, y emana del mismo, por lo que previamente debemos delimitarlo en su contenido.

La eficacia se predica de aquellos actos jurídicos que reúnen las condiciones estructurales (sujeto, objeto, forma) y funcionales que le dan vida y lo tornan idóneo para producir efectos jurídicos preconcebidos.

Los negocios se originan por voluntad de los sujetos; tienen la eficacia preconcebida por éstos y producen efectos que pueden o no coincidir perfectamente con aquel propósito inicial, y decaen por terminación normal o anormal. Nacimiento, vida y muerte son las figuras que pueden representarse para comprender dicha trayectoria. Pero en la etapa final del decaimiento, hay que distinguir lo que es su normal desaparición por haber concluido el ciclo preconcebido en el origen, de la que es una excepcional y anormal manera de terminar, sin dar satisfacción a aquel propósito².

Existe pues una manera normal de conclusión de los efectos del acto jurídico, que coincide con el ciclo preconcebido por las partes del acto, y otra anormal, que es excepcional, y que guarda relación con la ineficacia del acto jurídico.

Llegados a este punto es conveniente acotar que la eficacia de cualquier acto jurídico puede ser contemplada en dos perspectivas de análisis. Una perspectiva –a la que podría llamársela estática– se sitúa ante el negocio como fuente de la relación jurídica (o como fuente de la modificación, transferencia o extinción de una determinada relación jurídica), y capta su eficacia para configurarla idóneamente. Otra perspectiva, en cambio, se situará ante la relación constituida por el negocio e intentará descubrir de qué modo el negocio que ha sido su fuente continúa siendo eficaz, idóneo, para que la relación refiera en él los efectos propios de ella. Esta segunda perspectiva es, si se quiere, dinámica porque no mira exclusivamente la identidad del negocio como fuente de una relación jurídica, sino la idoneidad de las voluntades significadas en él para la realización de los fines prácticos que las determinaron³.

La eficacia del negocio jurídico asume pues dos facetas, o se quiere dos caras. La faz estructural y la faz funcional.

Entonces, un negocio puede ser ineficaz desde una perspectiva estructural o funcional.

Principales supuestos de ineficacia

El concepto de validez no se contrapone al de eficacia. La eficacia supone validez del negocio, pero no sólo validez, sino, además, idoneidad funcional como precepto de autonomía privada. La invalidez o nulidad es una especie de

² Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, 301, 569.

³ Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los Actos Jurídicos*, 1, 125.

ineficacia, pero no la única, pues un negocio válido puede tornarse después ineficaz por causas sobrevinientes atinentes a su faz objetiva, extrínsecas a la estructura negocial como tal. Sintetizando estos pensamientos es dable decir, pues, que la nulidad –en sentido lato, comprendiendo también la anulabilidad– predica sólo la ineficacia derivada de la inidoneidad estructural del negocio, y la ineficacia, en sentido amplio, abarca diversos supuestos de inidoneidad funcional del negocio (resolución, revocación, rescisión)⁴.

La ineficacia, por tanto, como concepto genérico comprende tanto la nulidad, como las diversas hipótesis de inidoneidad funcional del negocio (resolución, revocación, rescisión), distinguiéndose la nulidad de éstas últimas en que aquella afecta al aspecto estructural del negocio, y estas al aspecto funcional.

Estudiaremos en primer lugar las hipótesis que comprende la inidoneidad funcional del negocio, para luego analizar todo lo atinente a la nulidad.

La revocación

La palabra revocación —explica PLANIOL— se emplea, propiamente, para designar los casos en que una persona es privada de una ventaja gratuita que recibe del contrato⁵.

La revocación es una causal de ineficacia contractual sobreviniente —como la resolución— que produce la extinción del acto jurídico, y no siempre lleva implícita una ventaja gratuita, como en el mandato por ejemplo, por lo que podemos afirmar que ella sólo existe en virtud de un texto legal.

Generalmente se lo hace valer de manera unilateral en los contratos a título gratuito como el depósito, el comodato, etc., y excepcionalmente en los contratos onerosos como el mandato.

La revocación suele ser facultad conferida por la ley en los actos unilaterales de confianza, dependiendo de la voluntad que la declara, y también opera irretroactivamente (revocación de mandato, de testamento, de donación, por supernacencia de hijos, etc.)⁶

Hipótesis de revocación en nuestro Código Civil son: la revocación del mandato (art. 909, inc. c); la revocación del testamento (art. 2702); la revocación de la donación (art. 1233), etc.

La rescisión

La rescisión es una causal de ineficacia de los actos jurídicos, por la cual un acto jurídico válido queda sin efecto para el futuro, “en razón del acuerdo de las

⁴ Autor *Ibidem* ,Ineficacia y nulidad de los Actos Jurídicos, 125.

⁵ Planiol-Ripert, Tratado de Derecho Civil francés, t. III, 167

⁶ Santos Cifuentes, op. cit. Negocio Jurídico, 571

partes o de la voluntad de una de ellas autorizada por la propia convención o la ley”⁷.

Es con la rescisión con la que más acostumbra a confundirse a la resolución, si bien existen autores que defienden esta identificación y no encuentran motivos para distinguirla.

Expresa SPOTA, A., autor que defiende esta identificación entre rescisión y resolución, cuanto sigue: “Si analizamos la terminología del C.C. observamos que en nuestro derecho positivo no se separan ambas causas de extinción (resolución y rescisión), y que ellas aparecen como intercambiables. De ahí que usamos esas dos expresiones como equivalentes. Resulta inconvincente atribuir a nuestra ley un distinto campo de aplicación en ambas expresiones sobre la equivocada base de que son presuntivamente diversas”⁸.

Finalmente expone: “Pero insistimos que este distingo no tiene sentido: aun el pacto comisorio se funda en la ley, al autorizar ese pacto, o al admitir en los contratos bilaterales la condición resolutoria implícita o pacto comisorio indirecto o tácito”⁹.

Al criterio expresado por este autor se contraponen otros entre los que podemos citar fundamental a LOPEZ DE ZAVALÍA y ZANNONI, E., autores estos que ven claras reglas de distinción entre ambas figuras jurídicas afines.

Expresa ZANNONI, E. que la rescisión se identifica como el distracto en los términos del art. 1200 del Código Civil, aunque en esa norma se aluda impropia-mente a revocación. También –expresa- pueden las partes del negocio prever que una de ellas, o ambas, pero en todo caso unilateralmente, podrán en el futuro dejar sin efecto el negocio. Se trata de la facultad de denunciar para el futuro –ex nunc- la eficacia vinculante del negocio.

En estas condiciones debemos preguntarnos si conviene obrar con un criterio asimilatorio o desasimilatorio de ambos conceptos.

Aunque es justo reconocerlo la diferencia es muy sutil, por lo que no conviene ser muy drástico con su falta de distinción, por una cuestión académica y de mejor orden en la exposición conviene obrar con un criterio desasimilatorio de ambos conceptos.

La resolución contractual más se identifica con la conclusión del contrato —siendo este bilateral— por incumplimiento de una de las partes.

En cambio la rescisión más guarda relación con el distracto o contrato que deja sin efecto otro anterior celebrado entre las mismas partes.

⁷ Lloveras de Resk, M.E., Tratado de las Nulidades, t.I, 8.

⁸ Spota, Alberto. Contratos, Vol.3, 512

⁹ Autor *Ibidem*, Contratos, Vol. 3, 512

Además el Código Civil en la norma del artículo 725 alude a la resolución como causal de extinción de los contratos bilaterales en la hipótesis de incumplimiento de una de las partes.

Ejemplo de la rescisión unilateral por voluntad de la ley tenemos: en los casos de siniestros parciales (art. 1594 C.C.); para los casos de disolución de la sociedad a instancia de cualquiera de los socios (art. 1004 CC); los contratos de obra, en donde puede desistirse de su ejecución aún después de comenzada (art. 862 CC).

En las hipótesis de rescisión unilateral por voluntad de la ley corresponde incluir a la lesión subjetiva, no obstante que en la norma aludida se habla de nulidad del acto jurídico por lesión.

La irretroactividad de la rescisión es completa en el supuesto de rescisión unilateral. Pero, tratándose de la rescisión bilateral los efectos de la rescisión dependerán de lo que las partes estipulen en el contrato¹⁰.

La resolución

Si todo contrato tiene un ciclo de vida preconcebido por la ley y las partes, que es lo que hace que este mismo contrato, dadas ciertas condiciones establecidas en la ley, tenga que extinguirse como si nunca hubiera existido.

Para responder a esta interrogante los autores han elaborado distintas tesis que tienden a hallar una explicación al fenómeno.

Así se han pronunciado a favor de distintas tesis entre las que podemos destacar: la intención presunta de las partes; la causa de la obligación; la interdependencia de las obligaciones; la reparación, etc.

La teoría de la intención presunta pretende respetar lo querido tácitamente por las partes, que es el cumplimiento contractual.

La teoría de la causa de la obligación, defiende la tesis que una obligación es la causa de la otra, por lo que en caso de incumplimiento —en aplicación de la teoría de la causa— desaparece la razón de ser del contrato.

La interdependencia de las obligaciones —que ha tenido amplia recepción en la doctrina argentina— manda que en caso de incumplimiento de una de las obligaciones pierde su razón de ser el contrato bilateral ya que éste es el cumplimiento simultáneo de la obligación es el motivo de la contratación.

La teoría de la reparación ve en la resolución como una manera para obtener la reparación por el incumplimiento de la obligación de una de las partes.

¹⁰ 10 Op. cit. Lloveras de Resk, M.E., Tratado de las Nulidades, 128

Sabemos que en última instancia es la ley la que regula la cuestión y que es ésta la que establece los mecanismos para llegar a dicha resolución.

Podemos señalar que más bien que buscar la naturaleza de la resolución como medio de extinción contractual, debemos considerar los motivos que han llevado al legislador a regular la institución, como lo hizo en el Código Civil.

La resolución no tiene por tanto naturaleza y si una explicación de su regulación legal, ya que es partiendo de la ley, en última instancia, la que dará los fundamentos de su existencia.

Partiendo así de la ley, es la que nos proporcionará, cual es la teoría que podría ser aplicable en nuestro derecho.

Sin embargo, aún a despecho de tener que reconocer que es la ley el árbitro supremo en esta instancia, no podemos dejar de ensayar una tesis sobre su naturaleza, hipótesis que puede significar un apoyo en el momento de interpretar la normativa del Código Civil sobre la materia.

Atendiendo a los términos del artículo 725 del Código Civil creemos que la tesis que mejor explica la naturaleza de la resolución es el sinalagma, la bilateralidad contractual, ya que el cumplimiento de una obligación está exclusivamente conectada al cumplimiento de su obligación por la otra parte.

Así, dado un incumplimiento contractual de una de las partes para que mantener ligada a la otra parte, ya que una obligación justifica a la contraria, siendo diferente el tratamiento legal en cuanto a sus consecuencias, según sea éste incumplimiento por dolo, culpa, onerosidad sobreviviente, imposibilidad, etc.

Tenemos entonces que en donde se diferencian la nulidad de la resolución, es que el hecho que provoca la resolución es siempre posterior al contrato, en tanto que el que da lugar a la nulidad, debe ser anterior o concomitante con su celebración.

Nulidad de los actos jurídicos: Concepto. Caracteres.

Los negocios se originan por la voluntad de los sujetos; tienen la eficacia preconcebida por éstos y producen efectos que pueden o no coincidir perfectamente con aquel propósito inicial, y decaen por terminación normal o anormal. Nacimiento, vida y muerte son las figuras que pueden representarse para comprender dicha trayectoria. Pero en la etapa final de decaimiento, hay que distinguir lo que es su normal desaparición por haber concluido su ciclo preconcebido en el origen, de la que es una excepcional y anormal manera de terminación, sin dar satisfacción a aquél propósito¹¹.

¹¹ Santos Cifuentes, op. cit. Negocio Jurídico, 569.

La nulidad constituye -por tanto- un supuesto de ineficacia del acto jurídico, tal vez el más importante, que se da cuando en la formación del acto se presentan fallas estructurales, ya sea en relación al sujeto, objeto o la forma.

Se diferencia de los demás supuestos de ineficacia (revocación, rescisión, resolución) en la retroactividad de sus efectos declarativos, y en que la misma es pronunciada en virtud de causas originarias concomitantes a la celebración del acto.

Una de las funciones más importante del Estado consiste en establecer el ordenamiento jurídico que deba regir en el país. Pero como el Estado no le basta el ordenamiento positivo para garantizar el orden social, debe prever medidas de carácter coercitivas para garantizar su vigencia. Entre estas medidas, una de las más importantes es la sanción de nulidad, que pesa sobre aquellos actos que adolezcan de fallas estructurales al momento de su otorgamiento (sujeto, objeto, forma).

La condición de sanción de la nulidad se asienta en la estructura lógica normativa (dado un hecho A debe ser B, en caso contrario será C), que impone la observancia de un deber ser dada la condición fáctica establecida por la misma, estableciendo seguidamente las consecuencias favorables o desfavorables que de su cumplimiento o incumplimiento emanan.

La nulidad es por consiguiente una sanción legal -expresa o implícita- que recae sobre aquellos actos que adolecen de fallas estructurales (sujeto, objeto, forma) al momento de su nacimiento (causas originarias).

Sin embargo, la afirmación de que la nulidad constituye una sanción legal ha merecido los reparos de ciertos autores, como NIETO BLANC, para quién ella no es otra cosa que la reacción del orden jurídico frente a un acto de estructura imperfecta, y LOPEZ OLACIREGUI, que considera que ella comporta una situación de ineficacia. Así también, para MENDONCA, J.C. es una respuesta de la ley al ataque de que es objeto.

Partiendo del concepto de lo que debe entenderse por nulidad podemos intentar establecer sus diferencias con la resolución contractual, siendo ellas: a) la nulidad opera en virtud de causas originarias o concomitantes con el acto; mientras que la resolución presupone un acto válido y se produce en virtud de causas sobrevivientes; b) la nulidad emanada de los actos nulos no produce ningún efecto y opera de pleno derecho, si bien puede merecer prueba de no ser ostensible los vicios que lo invalidan; la resolución contractual -sea el pacto comisorio expreso o tácito- requiere de una intimación previa -que no debe confundirse con la intimación del artículo 728 del Código Civil (aplicable sólo al pacto comisorio tácito) para provocar la extinción contractual, salvo en el plazo esencial sobre cuyos términos dedicaremos un capítulo especial, por cuanto su aplicación irrestricta a situaciones ambiguas puede provocar una lesión constitucional (derecho a la defensa). Además, la retroactividad de la resolución respe-

ta los efectos ya cumplidos del acto jurídico.

Llegados a éste punto, podemos esbozar los caracteres de la nulidad, como sigue:

- 1. Es una sanción legal:** no siempre se encuentra establecida expresamente en la norma jurídica, sino que a veces ella puede resultar de su sola violación. Se da en llamar a ésta nulidad con el nombre de implícita o virtual, la que según veremos se encuentra expresamente reconocida en el artículo 355 del Código Civil. Debe por tanto desecharse la aplicación estricta del principio "pas de nullite sans texte" (no existe nulidad sin que un texto de la ley lo sancione expresamente). Un ejemplo de nulidad implícita o virtual tenemos en los actos jurídicos otorgados en idioma extranjero, pues si bien la norma del artículo 390 del Código Civil se limita a establecer que las escrituras deben redactarse en español, ella omite toda consideración a las consecuencias que acarrea su omisión. El criterio predominante en doctrina fulmina a éste caso con la nulidad.
- 2. La nulidad priva de efectos al acto jurídico:** la declaración de nulidad surte efectos retroactivos, a la fecha del acto originario, por lo que en los casos de ejecución total o parcial del acto anulado las partes deberán restituirse mutuamente lo que hubieren recibido en virtud de ella, salvo los incapaces de hecho a la fecha de su celebración. Una muy importante excepción a la retroactividad de la declaración de nulidad lo constituye la protección que brinda la ley a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.
- 3. La sanción de nulidad opera en virtud de causas originarias:** estas causales existieron y son concomitantes a la fecha de celebración del acto jurídico.

La nulidad es por consiguiente una sanción legal –expresa o implícita o virtual– que priva de sus efectos propios al acto jurídico, y que recae sobre aquellos actos que adolecen de fallas estructurales (sujeto, objeto, forma) al momento de su nacimiento (causas originarias).

Diferencia con la indemnización y caducidad

Entre la nulidad y la indemnización existe la afinidad de constituir remedios jurídicos tendientes al restablecimiento del status-quo ante: la nulidad destituye a un acto jurídico de sus efectos y consiguientemente vuelve la situación jurídica al estado precedente a su celebración; la indemnización subsana el daño a expensas del deudor de ella. Difieren en cuanto a los medios empleados: en la nulidad juega un tratamiento lógico de supresión de consecuencias imputadas al acto inválido que se habría obrado; en la indemnización funciona una recomposición material del quebranto patrimonial sufrido por el damnificado¹².

Entre la nulidad y la caducidad se suscita la afinidad consistente en la supre-

¹² LLambias, J.J., op. cit. Tratado de Derecho Civil, Parte General, t.II, 1876, 566/7.

sión de los efectos inherentes a cierto derecho. Pero en la nulidad esa supresión proviene de una causa contemporánea a la adquisición del Derecho y funciona ex-tunc. En cambio, la caducidad se produce por una causa sobreviniente a la adquisición del Derecho y funciona ex - nunc sólo a partir de éste último momento¹³.

Nulidad e inoponibilidad

Establecer la diferencia entre nulidad e inoponibilidad, las fronteras que separan a una de otra, no es tarea fácil, y con mayor razón cuando la inoponibilidad también puede funcionar con el efecto sanción de supresión de efectos del acto jurídico impugnado.

A despecho de todo ello, y no sólo por una razón académica sino por una consideración legal, ya que el efecto previsto para el fraude pauliano en nuestro Código Civil es la inoponibilidad, debemos llevar adelante el intento de distinción entre ambas figuras jurídicas.

La inoponibilidad puede asumir la condición de positiva o negativa. Es lo primero, cuando el acto válido para las partes es inoponible a ciertos terceros, y lo segundo, cuando las partes no pueden oponer a ciertos terceros la ineficacia del acto celebrado.

Así, escribe ZANNONI, Eduardo A., en su obra *Ibidem*, 5, p. 136/7 cuanto sigue: "a) inoponibilidad positiva: En este caso se trata de un acto válido entre las partes e inválido para ciertos terceros (lo que equivaldría a reputarlo nulo - o anulable); no está en juego la validez o eficacia estructural del negocio, sino -diríamos- una ineficacia funcional refleja. El acto válido no puede ser, a la vez, inválido. Pero el acto válido puede incidir "disfuncionalmente" respecto de intereses legítimos ajenos a los sujetos que lo otorgaron. En tales casos, si la ley así lo establece, para los terceros interesados el acto se tendrá por no celebrado. Por ejemplo, es inoponible el acto de disposición otorgado en fraude de los acreedores quirografarios, a su respecto, en las condiciones que prevé el Código Civil; el pago de una deuda embargada (art. 736) y el realizado por el deudor insolvente (art. 737); la revocación del mandato respecto de quienes hubiesen contratado con el mandante ignorando su cesación (art. 1867); los negocios concluidos por el fallido durante el período de sospecha (art. 122, 123, Ley 19.551); los pactos de limitación de responsabilidad de un socio colectivo (art. 125 Ley 19.550); etc". "b) inoponibilidad negativa: En estos casos los que no pueden los otorgantes del negocio es pretender oponer a ciertos terceros la invalidez o ineficacia del negocio. Como en el caso anterior se trata de supuestos en los que la ley así lo establece, generalmente en salvaguarda del tráfico jurídico y la tutela de la buena fe de esos terceros. Por ejemplo, la protección que proporciona el art. 1051 del Código Civil a los sub-adquirentes de buena fe a título oneroso que adquirieron de quien resultó titular del Derecho transmitido en virtud de un acto luego anulado, constituye una aplicación inequívoca de la inoponibilidad negativa de los

¹³ Llambias, J.J., op. cit. Parte General, t. II, 1876, 56.

efectos de la nulidad (que son retroactivos – art. 1050 y 1052). A este ejemplo, quizás el más significativo en el ámbito del Derecho patrimonial, pueden citarse otros: la inoponibilidad de la revocación de las donaciones por ingratitud del donatario, respecto de quienes hubiesen adquirido de éste el bien donado antes de la notificación de la demanda (art. 1866); la inoponibilidad de los efectos de la nulidad de obligaciones convenidas en instrumentos privados, respecto de quien ha contratado de buena fe y por acto escrito en base a ellas (art. 1018); la inoponibilidad de la nulidad de matrimonio respecto de quienes, de buena fe, hubiesen contratado con los supuestos cónyuges (art. 92, ley 1293), etc”¹⁴.

Si para este autor el acto de disposición otorgado en fraude de los acreedores quirografarios es un acto inoponible simplemente, no todos los autores comparten este criterio, defendiendo la tesis de la nulidad.

Se adhiere a esta tesis de GASPERI, para quién la acción pauliana es una acción de nulidad¹⁵. Defienden la tesis de la inoponibilidad SANTOS CIFUENTES (*op. cit.* 304, p. 576); LLAMBIAS, J.J. (*op. cit.* 1878, p. 567); BORDA, Guillermo A. (*op. cit.* 808, p. 548); ARAUZ CASTEX (*op. cit.* 1697/8, p. 392); LLOVERAS DE RESK (*op. cit.* p. 13); etc.

La tesis defendida por la doctrina mayoritaria es la acogida por nuestro Código Civil, la que no deja de tener sus inconvenientes a la hora de su aplicación práctica.

Si partimos de la aceptación de esta postura doctrinaria, podemos señalar que la diferencia entre nulidad e inoponibilidad estriba en que la declaración de nulidad produce sus efectos erga omnes, en relación a las partes y los terceros, volviendo las cosas al estado anterior a la celebración del acto jurídico. En la inoponibilidad, en cambio, si bien el acto es válido entre las partes, este es inoponible a ciertos terceros.

Sin embargo, lo que a primera vista parecería ser una solución fácil que respeta el espíritu de la ley, no lo es tanto cuando debemos determinar en virtud de que efectos de la sentencia que admite la inoponibilidad, debe procederse a la cancelación de la inscripción registral del acto impugnado.

En nuestro Código Civil vigente, existen sobrados motivos, y creemos estar en condición de afirmar que el acto de disposición fraudulento es simplemente inoponible y no anulable, como pretende ver cierto sector de la doctrina argentina.

Cabe distinguir entre inoponibilidad sanción e inoponibilidad por falta de conocimiento idóneo o ausencia de publicidad suficiente. En la primera se trata de un supuesto de sanción, por causa legal, invocable, por tercero interesado, por vía de acción; mientras que en la segunda, no se trata de sanción, el fundamento es el principio genérico de no dañar, puede ser invocada por penitus

¹⁴ Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*, 136/7.

¹⁵ De Gasperi, Luis, *Hechos y Actos Jurídicos*, 382, 54.

extranei, y la vía es la de excepción¹⁶.

Entre la nulidad y la inoponibilidad se han señalado las siguientes diferencias:

1. Mientras la nulidad siempre es sanción, la inoponibilidad no lo es en todos los casos
2. La nulidad se declara por causa existente a la época del acto, mientras que la inoponibilidad puede declararse por existente o no existente a la época del acto (posterior);
3. Mientras la nulidad la causa es intrínseca o endógena, en la inoponibilidad es extrínseca o exógena;
4. La causa de nulidad reconoce origen legal, mientras que la inoponibilidad puede tenerlo de origen legal o fundada en el principio neminen leadere;
5. La nulidad debe ser invocada por las partes o terceros, mientras que la inoponibilidad sólo por terceros;
6. Tanto la nulidad como la inoponibilidad pueden invocarse por vía de acción o excepción:
7. Ambas son prescriptibles: la prescriptibilidad de la inoponibilidad actúa sólo en caso de su invocación por vía de acción, porque las excepciones no prescriben, salvo que se haya podido tomar la iniciativa procesal, en cuyo caso, si es que se tuvo a mano una acción y no se ejerció, prescribe, impidiendo también la oposición de la excepción con igual contenido;
8. Tanto la nulidad como la inoponibilidad son renunciables: la nulidad lo es, salvo, nuevamente aquí, que se trate de un supuesto de nulidad absoluta;
9. La nulidad actúa sobre un acto inválido, mientras que la inoponibilidad lo hace sobre uno válido;
10. La nulidad priva de efectos propios frente a partes y terceros una vez declarada, mientras que la inoponibilidad priva de efectos propios frente a terceros una vez declarada¹⁷.

Sabido es que la acción revocatoria sólo aprovecha al acreedor accionante, y no a los demás. Esto sólo se explica por el carácter de inoponibilidad del acto fraudulento en relación a ciertos acreedores. Si la sanción recaída sobre el acto fuera la nulidad, no vemos porque ella no aprovecharía en su efectos a los demás acreedores. Por ello, pretender atribuir al acto fraudulento la condición de acto anulable es desvirtuar la figura de la anulabilidad, y principalmente sus efectos.

Teoría del acto inexistente

A partir de las enseñanzas de Zachariae y de Aubry y Rau, la doctrina y jurisprudencia en Francia han pretendido introducir una nueva categoría jurídica -la de los actos inexistentes, independientemente de la clasificación de las

¹⁶ Leiva Fernández, Luis F.P. Derecho Notarial, Alterini Jorge H. y otro. Ed. La ley argentina, 2012, 960/4.

¹⁷ Leiva Fernández, Luis F.P., op. cit. Derecho Notarial. Alterini, Jorge H., y otro, 960/4.

nulidades.

Se tuvo que llegar a ello para resolver algunos casos en los que la ley no había previsto la nulidad, so pena de tener que mantener la validez del acto por aplicación de la vieja máxima *pas de nullité sans texte* (no existe nulidad sin un texto de la ley).

Habiéndose ideado la teoría en el Derecho francés, en un principio, para subsanar ésta deficiencia que tenía su fuente en la aplicación estricta del principio "*pas de nullité sans texte*", los autores pretendieron posteriormente extenderlo a casos que ninguna relación tenían con la institución del matrimonio.

Los sostenedores de la inexistencia de los actos jurídicos son partidarios de la siguiente clasificación: A. Actos existentes válidos. B. Actos inexistentes nulos. C. Actos inexistentes (OMEBA, Enciclopedia Jurídica, t. XI, I, p. 575).

No es fácil entrever una afirmación sobre una cuestión que tiene varias aristas, y cuyo campo de aplicación es extenso, sin sopesar el peligro de caer en error o en un dogmatismo carente de razón.

Como ya lo formuláramos en obra anterior, a la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos pueden señalarse las siguientes objeciones: a) No deben confundirse nunca las dimensiones distintas de lo fáctico, lo real, con el deber ser jurídico o superestructura jurídica. Un acto jurídico, aunque le falte algún elemento esencial, en el plano de la realidad, de los hechos, ha existido, lo que demanda una declaración judicial de invalidez; b) Los efectos jurídicos perseguidos con su aplicación, también pueden conseguirse aplicando los principios que rigen los efectos de los actos nulos (nulidad absoluta); y c) Si tuvo razón de ser alguna vez en el Derecho francés, para subsanar la aplicación estricta del principio *pas de nullité sans texte*, admitiéndose las nulidades implícitas o virtuales, desaparece su razón de ser.

Sin embargo, como bien sabemos, que toda teoría puede tener su excepción, en materia matrimonial, y aún en el campo procesal, podrían darse hipótesis que avalen la aplicación de la doctrina de la inexistencia de los actos jurídicos.

En nuestro Derecho, Gauto Bejarano ha dejado entrever que el Art. 14 de la Ley de Matrimonio civil del año 1898 consagra una situación de inexistencia del acto por falta de consentimiento del contrayente del matrimonio.

No obstante, ...en este sentido, como que en el matrimonio rige una regla inversa con relación a las nulidades implícitas –en este caso, no son admitidas–, hoy día esté incorporada, expresamente, como causal de nulidad, la situación de los contrayentes del mismo sexo (art. 179, inc. b) Código Civil), supuesto para el cual se creó originariamente toda la categoría de la inexistencia (Moreno Rodríguez, op. cit. p. 475)

En materia procesal civil, hemos dejado entrever en anterior publicación (Derecho Procesal Civil, Ed. El Foro, p. 186), que pueden darse casos que justifiquen la aplicación de la doctrina de la inexistencia de los actos jurídicos, sin perjuicio de la nulidad de oficio que podrá aplicar el Tribunal de Apelación al momento de analizar los recursos interpuestos contra la resolución impugnada.

Evolución del sistema de nulidades vigente

El sistema de nulidades hoy vigente en el país es producto de la evolución del pensamiento jurídico, que se inicia en el Derecho romano, que por obra del pretor y los jurisconsultos tanto ha aportado al Derecho.

Ello es un ejemplo más de que el Derecho como las demás instituciones socio-políticas están expuestos a continuos cambios, relacionados al devenir de la economía de los países. Si bien es cierto que ésta mutación continua del Derecho puede anteponerse a los grandes cambios de los sistemas económicos, influenciado por el Derecho de países más adelantados, la regla es a la inversa, las transformaciones económicas condicionan el Derecho vigente.

El Derecho, como principio de justicia, no puede permanecer aletargado en el curso de la historia. Él debe acompañar a los grandes cambios que se van operando en las estructuras, proporcionando soluciones justas a las nuevas situaciones planteadas. Si un sistema de normas vigentes se presta a soluciones injustas, dado ciertos cambios en la infraestructura, es porque él requiere de una nueva revaloración de sus principios, que posibiliten su adecuación a las nuevas condiciones, en aras del desarrollo económico y social. El Derecho que no sirva a estos intereses está traicionando a su función última "la justicia". Sin desarrollo económico y social el Derecho se Derecho en cuanto sistema de normas vigentes, pero no cuanto constituye un principio de justicia.

En materia de nulidades se ha operado un cambio substancial en relación al régimen del Código de Vélez S., anteriormente vigente en nuestro país.

El Código se limita a establecer un solo orden de clasificación de las nulidades (actos nulos y anulables), desechando las nulidades absolutas y relativas contempladas expresamente en el Código de Vélez S.

La nulidad en el derecho comparado

La investigación previa del Derecho vigente en los más importantes sistemas jurídicos reúne fundamental importancia para una mejor comprensión de la materia de nulidades de los actos jurídicos.

Pretender hoy estudiar el Derecho de un país aislándolo de los demás países, y en especial el de aquellos que componen el primer mundo, puede terminar convirtiendo al mismo en un intento aislado de comprensión de la materia, pero nunca va a ser un estudio serio.

Por la mayor facilidad de las comunicaciones existentes, como el servicio de internet, celular, el libro digital, etc., los conocimientos esenciales en una materia ya no se presentan aisladamente, sino interconectados en las distintas escuelas, propiciando el avance de la ciencia.

Acto seguido, por una cuestión académica, y a fin de evitar la extensión desmedida de la exposición, sólo analizaremos sus antecedentes, más relevantes jurídicamente, y especialmente, el régimen de nulidades del Código de Velez S., dado que anteriormente rigió en nuestro país, así como el nuevo Código Civil de la Argentina que entró a regir en el año 2.014.

Las nulidades en el derecho francés

Vimos que tradicionalmente se divide a las nulidades en absolutas y relativas, según sea el interés protegido por la norma jurídica. Cuando está en juego el interés general o público, pudiendo la nulidad ser alegada por cualquier persona que tenga interés en ella, se está en presencia de nulidades absolutas. Al contrario, cuando lo que protege la norma jurídica es el interés particular, hallándose restringido el derecho de alegarlas a las personas a quienes la ley ha protegido, nos hallamos ante nulidades relativas.

Esta clásica distinción ha sido posteriormente vivamente criticada, en el sentido de que podían darse casos de nulidades relativas en donde el derecho de alegarla se extiende a cualquier interesado; asimismo, existen nulidades absolutas que pueden ser confirmadas.

Exponen Ripert y Boulanger: “Esta doctrina clásica ha sido atacada vivamente. En numerosos puntos está en desacuerdo con las soluciones positivas. Hay nulidades que cabe considerar como absolutas y que pueden ser confirmadas; el art. 1340 prevé que la donación afectada de un vicio de forma puede ser confirmada por los herederos del donante. A la inversa, hay nulidades relativas que pueden ser invocadas por cualquier interesado: un contrato matrimonial puede ser atacado por un tercero por incapacidad de uno de los futuros esposos. La jurisprudencia decide que la nulidad absoluta prescribe en treinta años. Sería fácil acumular ejemplos”¹⁸.

Los hermanos Mazeaud señalan: “Pero hay que subrayar que ese criterio de la distinción no es más que aproximativo y que no puede ser sino aproximativo; porque, con mucha frecuencia la misma regla protege a la vez el interés general y los intereses particulares. Por eso, la clasificación en nulidades absolutas y relativas resulta, en bastante casos, difícil de realizar. Y mucho más porque el legislador somete ciertas nulidades a un régimen mixto, al aplicarles tal regla de las nulidades absolutas y tal otra de las nulidades relativas”¹⁹.

Las críticas formuladas contra el sistema tradicional de clasificación del De-

¹⁸ Ripert y Boulanger, Derecho Civil francés, t. IV, 703, 418.

¹⁹ Mazeaud, Henri y León, Lecciones de Derecho Civil francés, Vol. 1, 350, 519.

recho francés son también válidas para nuestro Código Civil vigente.

Si bien consideramos puede ser aceptable el establecimiento de un único orden clasificatorio de las nulidades (actos nulos/actos anulables), a pesar de que no puede negarse que ínsitamente se encuentran comprendidas en las primeras las nulidades absolutas, y en las segundas, las nulidades relativas, desde que sólo son confirmables los actos anulables, y son imprescriptibles los actos nulos, el sistema se presente excesivamente rígido e inflexible.

La solución puede hallarse en el establecimiento de excepciones a la aplicación de la regla general, de tal manera que puedan darse casos de actos nulos confirmables, y actos anulables en donde cualquiera pueda invocar la nulidad.

Las nulidades en el derecho italiano

En el Derecho italiano se conocen dos especies de invalidez: la nulidad y la anulabilidad.

Nulidad se tiene cuando faltan uno o más elementos esenciales o constitutivos del negocio, por lo cual está en cuestión el negocio en lo intrínseco del mismo.

La nulidad se caracteriza por la presencia de los siguientes caracteres:

- a) la perpetuidad de la nulidad y, por consiguiente, la imprescriptibilidad de la acción para hacer declarar judicialmente dicha nulidad;
- b) la insanabilidad del negocio;
- c) el carácter de orden público de la nulidad; por consiguiente la posibilidad de que el juez la señale de oficio; y también hay la posibilidad de que se la oponga en cualquier grado de la causa;
- d) la nulidad opera de derecho; ella es solamente declarada cierta; la acción para hacerla declarar es acción de mera declaración de certeza (negativa) a todos los eventuales futuros efectos, aun a falta de un interés actual del sujeto;
- e) la declaración de certeza de la nulidad tiene efecto retroactivo a la fecha de formación del negocio;
- f) la posibilidad de que la nulidad sea hecha valer (aun bajo la forma de excepción) por cualquier interesado (por ejemplo, también por la parte que no ha sufrido la violencia absoluta) y frente a cualquier sujeto: la nulidad es absoluta activa y pasivamente;
- g) la nulidad opera, no solamente entre las partes que han concurrido a formar el negocio (y sus herederos) sino, de ordinario, también frente a los causahabientes y los terceros en general (esto es, erga omnes); es acción in rem scripta. (Messineo, F., op. cit. p. 491/2).

Al contrario, la anulabilidad presenta los siguientes caracteres:

- a) prescribe a los cinco años; y la acción no se transmite al heredero;
- b) el negocio anulable es susceptible de convalidación (o sanatoria)

por parte del sujeto al que corresponde el poder de invalidarlo;

c) la falta de convalidación influye sobre la validez y deja abierta (dentro de los límites de tiempo para el ejercicio de la acción) la posibilidad de la anulación del negocio;

d) la declaración judicial de anulación no puede ser emitida, sino a consecuencia de una demanda (judicial) del interesado; no podría ser pronunciada de oficio;

e) la anulación se pronuncia (no simplemente se declara la certeza) por medio de sentencia constitutiva, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de nulidad. Pero tal sentencia tiene eficacia retroactiva, aunque limitada a la fecha de la demanda judicial;

f) la acción de anulación puede hacerla valer solamente el incapaz, o aquel cuya declaración está viciada (o su heredero); no también aquel cuya declaración es perfecta (válida); esto es, la anulabilidad es relativa;

g) la sentencia que pronuncia la anulación (sentencia constitutiva) opera frente a los terceros y los causahabientes de aquel contra quien se hace valer la nulidad; en efecto, la acción, aunque dirigida contra el sujeto interesado en considerar válido el negocio (acción personal), es de las que se llaman *in rem scriptae*, en cuando operan *erga omnes*, por analogía con las acciones²⁰.

Se han expuesto todos los caracteres de los actos afectados de nulidad y anulabilidad, en razón de ser el sistema que más se asemeja al Código Civil paraguayo y que seguramente nos ayudará en gran medida a la comprensión de éste último.

Lógicamente, la elaboración de un nuevo régimen de nulidades en el Código Civil paraguayo ha tenido, y seguirá teniendo, sus inconvenientes, resultantes de haberse trasegado al mismo normas de distintas fuentes legislativas.

La primera cuestión que debemos plantearnos es responder a la interrogante de si han desaparecido las nulidades absolutas y relativas del Código de Vélez S.

Hemos defendido la tesis y tenemos sobrados argumentos para creer que estas siguen llevando una vida encubierta bajo el manto de los actos nulos y anulables. Es cierto, han desaparecido en forma expresa, pero ínsitamente siguen vigentes. Basta con ponernos a analizar los caracteres que hacen a los actos nulos y anulables, y nos percataremos que los actos nulos son de nulidad absoluta y los anulables de nulidad relativa.

La supresión de las nulidades absolutas y relativas, de manera expresa –valga la expresión–, puede ser correcta, pero lo cuestionable es el grado de inflexibilidad de que se ha dotado al régimen de nulidades. Así, se establece la confirmabilidad de los actos anulables (sin excepciones) y la prescriptibilidad de éstos; así como la imprescriptibilidad de los actos nulos, sin excepciones. Tomemos como ejemplo, el caso del menor impúber y del demente, sin solución

²⁰ Messineo, F. Manual de Derecho Civil, t. I Vol. I, 495/7.

prácticamente en nuestro Código.

Otra cuestión que debemos plantearnos es si los actos nulos y anulables (nulidad y anulabilidad) –en el Derecho italiano– son independientes de la nulidad absoluta y relativa.

Un amplio sector de la doctrina italiana (Betti, Cariota Ferrara, Messineo) opinan que la interpretación es independiente.

Así Messineo reconoce la existencia de ciertos negocios afectados de nulidad en donde la convalidación es admisible (negocios a título gratuito, donación, testamento, etc)²¹.

Así también Messineo advierte sobre la existencia de casos de anulabilidad en donde cualquiera que tenga interés puede pedirla (Ej. negocio realizado por el incapaz, que lo sea por interdicción legal; el matrimonio contraído no obstante la existencia de algunos impedimentos dirimentes matrimoniales; testamento hecho por incapaz de disponer; y testamento que contenga vicio secundario de forma)²².

Por su parte, Barbero escribe: “ De ordinario, pues la anulabilidad es relativa, mientras que la nulidad es absoluta. Pero como hay excepciones a la regla en cuanto a la nulidad, y vimos casos excepcionales de nulidad relativa, así también hay excepciones a la regla en orden a la anulabilidad, y se dan, en cambio, casos de anulabilidad absoluta”²³.

El problema en nuestro Código Civil es que para ciertas situaciones que requieren de una mayor flexibilidad, no se dan estas excepciones. Los actos nulos son imprescriptibles e inconfirmables, pudiendo alegarla cualquiera que tuviera interés en ello; en cambio, los actos anulables son prescriptibles, confirmables, y solamente pueden alegarlas aquellas personas signadas por la ley. He aquí la inflexibilidad que caracteriza a nuestro Código.

Derecho de las nulidades en el Código de Vélez S.

Pueden señalarse, acto seguido, las principales instituciones que componen el régimen de nulidades del Código de Vélez S., siendo las mismas:

Las nulidades son expresas o implícitas o virtuales, según que hubieran sido establecidas expresamente (sanción), o resulten de la sola violación de la norma jurídica.

Son manifiestas o no manifiestas, según la manera de presentarse los vicios que nulifican el acto jurídico. En los actos nulos, los vicios son manifiestos, mientras en los anulables son no manifiestos.

Las nulidades son completas o parciales, conforme afecten a la totalidad o

²¹ Autor cit., Messineo, F., Derecho Civil y Comercial, T.I, Vol. I., p. 492

²² Autor cit., Ibídem, Derecho Civil y Comercial, T.I, Vol. I, p. 497

²³ Barbero, Derecho Privado italiano, t. I, 641/2.

parte del acto jurídico. En los testamentos, las nulidades de ciertas cláusulas no afectan a la totalidad del acto; al contrario, en los contratos la nulidad de alguna de sus cláusulas puede traer aparejada la nulidad de la totalidad del acto, cuando de su contexto resulte que sin ella el acto no se hubiera realizado.

Las nulidades de los actos nulos y nulidades de actos anulables difieren en la forma de presentarse la causa de invalidez (manifiesta en los actos nulos/no manifiesta en los anulables), y según la índole de las mismas (rígidas en los nulos/ fluidas en los anulables). Los actos nulos carecen de validez ab initio y, en cambio, los anulables son válidos mientras no sean declarados nulos. Este último aspecto, de diferencia entre ambas especies de nulidades, ha perdido su trascendencia en vista de la protección que presta la ley a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, en la generalidad de las hipótesis.

Las nulidades son absolutas o relativas, según los fundamentos en que se apoya la sanción de nulidad (absolutas: interés público; y relativas: interés particular), y en las personas autorizadas a alegarlas (nulidades absolutas: cualquier persona; nulidades relativas: las personas designadas por la ley (generalmente las partes del acto)).

Las nulidades relativas, su establecimiento y numeración se encuentran libradas a la jurisprudencia y doctrina de los autores.

Las nulidades relativas eran confirmables y prescriptibles, no así las absolutas, que eran inconfirmables e imprescriptibles.

Este es, sintéticamente, el cuadro de las nulidades vigentes en Argentina, y en nuestro país hasta la sanción del nuevo Código Civil en el año 2.014, que introdujo modificaciones substanciales, que serán tratadas a continuación.

Las nulidades en el Código Civil argentino del 2.014

El nuevo Código Civil argentino sancionado en el año 2.014 introduce modificaciones en el sistema de nulidades anteriormente vigente, regulando expresamente la nulidad como una especie de ineficacia, aunque introduciendo expresamente la figura jurídica de la inoponibilidad (art. 396)

En efecto establece el artículo 382 del Código Civil argentino: “ Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas”.

La nulidad puede plantearse por vía de acción como de excepción, y en todos los casos debe sustanciarse (art. 383).

Admite la conversión del acto nulo, siempre y cuando se configuren los requisitos de forma y sustancia del acto querido (ar.t 384).

Los actos indirectos, que son los que persiguen otros efectos que los del

acto otorgado, serán válidos si no se otorgan para eludir una prohibición legal o para perjudicar a terceros (art. 385).

Sólo se admite la distinción de nulidad absoluta y relativa, eliminándose la categoría de actos nulos y anulables, anteriormente contempladas en el Código Civil, por cuando a criterio de la doctrina mayoritaria la clasificación ha perdido su razón de ser, ya que sin importar que el acto fuera nulo o anulable, siempre había que impugnar el acto, teniendo la nulidad efectos retroactivos en ambas hipótesis.

También se elimina la distinción entre nulidad expresa o virtual del artículo 1037, que dio origen a distintas interpretaciones en la doctrina, por cuanto se considera que la nulidad debe derivar siempre de una base legal.

El nuevo Código Civil mantiene la distinción entre nulidad total y parcial (art. 389), aplicable según el principio de separabilidad consagrado anteriormente.

Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección de ciertas personas (art. 386).

La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción (art. 387).

La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo (art. 388).

Analizando la normativa que antecede podemos apreciar que existe o se da una suerte de yuxtaposición de los actos de nulidad absoluta con los actos nulos, y de los actos de nulidad relativa con los anulables, anteriormente contemplados, si bien se omite toda enumeración legal de los mismos, dejando al arbitrio del juez determinar la naturaleza de nulidad.

De esta manera se procura de dotar de flexibilidad al sistema, eliminando toda enumeración de los actos que podrían calificarse en una u otra categoría de nulidad.

En cuanto a los efectos de la sentencia de nulidad se admite la obligación de restitución mutua de las partes del acto anulado, si bien aclarando que la cuestión se regirá por las reglas relativas a la buena o mala fe (art. 390).

En cuanto a los efectos de la sentencia de nulidad en relación a terceros, se establece expresamente que todos los derechos personales o reales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto con el subadquirente de derechos reales y personales de buen fe y a título oneroso (art. 392).

No se establece distinción entre los inmuebles o muebles registrables, con tal de que sean registrables.

En consecuencia, se presta protección al tercero de buena fe y a título oneroso en todas las hipótesis, sin importar que el acto que le antecede fuera de nulidad absoluta o relativa.

Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho (art. 392).

En consecuencia, en las transferencias a non domino, en donde no tuvo participación el titular del dominio del bien transferido, la nulidad será oponible a los terceros.

Se admite la confirmación para los actos de nulidad relativa, estableciéndose que tendrá efecto retroactivo a la fecha en que se celebró el acto, cuando se tratare de actos entre vivos, o a la muerte del causante, cuando fuere de actos de de última voluntad (art. 395).

Código Civil paraguayo vigente

El Código Civil paraguayo de 1.987, vigente, introdujo profundas modificaciones al Código de Velez S., anteriormente vigente en nuestro país, la que si bien - meritoria en el sentido de intentar simplificar el sistema anterior vigente - se caracteriza por su inflexibilidad.

Entre las principales modificaciones introducidas por el Código Civil vigente pueden señalarse las siguientes:

1) La supresión de las nulidades absolutas y relativas (en forma expresa), si bien implícitamente continúan existiendo bajo el manto de los actos nulos y anulables;

2) La condición manifiesta o no manifiesta de los vicios invalidantes de los actos jurídicos no constituyen más premisa de distinción de los actos nulos y anulables, pues pueden darse casos de actos nulos en donde los vicios no sean manifiestos;

3) Se admiten expresamente las nulidades implícitas o virtuales, no contempladas en forma expresa en el Código de Velez;

4) Es ampliamente proteccionista en relación a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso;

5) El principio de retroactividad en la declaración de nulidad de los actos nulos, que en el Código de Vélez era oponible a los terceros adquirentes, en el

Código Civil estos se encuentran amparados en su buena fe y el título de su adquisición (oneroso).

Hay que señalar que, a partir de la reforma en la legislación argentina de 1.968 los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe corren igual suerte que en nuestro país (proteccionismo).

BIBLIOGRAFÍA

- BARBERO "Derecho Privado Italiano" (t. I)
- BORDA, Guillermo A. "Tratado de Derecho Civil" (Parte General, 2t.)
- BONNECASE, Julián "Tratado de Derecho Civil Francés" (3 t.)
- BOFFI BOGGERO, L.M. "Obligaciones" (t. I)
- BELLUSCIO-ZANNONI "Código Civil Anotado" (t. 4)
- CIFUENTES, SANTOS, "Negocio Jurídico" (t.I).
- CIFUENTES, SANTOS, "Elementos de Derecho Civil" (t. I).
- COMPAGNUCCI DE CASO, FERRER y otros "Código Civil Explicado" (t. III)
- DE GASPERI, Luis "Tratado de Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos"
- ECHANDIA, Devis "Teoría General de la Prueba Judicial" (t. I)
- GAUTO BEJARANO, Marcelino "El Acto Jurídico" (1t.).
- GARCIA PELAYO "Derecho Constitucional Comparado" (1t.)
- GOMEZ LEO "El pagaré" (1t.)
- IRUN BRUSQUETTI, Luis "Sinopsis de los Hechos y Actos Jurídicos"; "Hechos y Actos Jurídicos-doctrina y jurisprudencia"
- KELSEN, Hans "Que es justicia"
- LAURENT "Tratado de Derecho Civil Francés" (t 24)
- LEGAZ y LACAMBRA, Luis "Filosofía del Derecho" (1t.)
- LOPEZ DE ZAVALIA "Teoría General del Contrato" (t. II)
- LLAMBIAS, J.J. "Tratado de Derecho Civil, Parte General" (t. II)
- LLOVERAS DE RESK, M.E. "Tratado de las Nulidades" (t.III)
- MAZZEAUD, Henri y León "Lecciones de Derecho Civil francés"(Vol. I)

- MAURINO, Luis "Nulidades Procesales" (1t.)
- MORENO RODRIGUEZ, José A. "Curso de Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos" (1t.)
- PLANIOL-RIPERT "Tratado de Derecho Civil francés" (t.V)
- PANGRAZIO, Miguel A. "El Código Civil Paraguayo, Comentado" (t. I)
- POTHIER "Tratado de las Obligaciones" (1t.)
- PUIG BRUTAU, "Compendio de Derecho Civil español" (Vol. II)
- RIPERT y BOULANGER "Derecho Civil francés" (t. IV)
- RIOS A., Bonifacio "Introducción al estudio de los Hechos y Actos Jurídicos" (1t.)
- RAMELLA, A. "La Resolución Contractual" (1t.)
- SANTOS CIFUENTES "Negocios Jurídicos" (1t.)
- SPOTA, Alberto "Contratos" (t.II)
- SALVAT, Raimundo "Tratado de Derecho Civil, Parte General" (t.II)
- SILVA ALONSO, Ramón "Curso de Derecho Civil" (1t.)
- ZANNONI, Eduardo A. "Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos" (1t.)

OTRAS FUENTES CONSULTADAS:

- Enciclopedia Jurídica OMEBA.
- Revista Jurídica Argentina "El Derecho".
- Revista Jurídica paraguaya "La Ley", "Gaceta Judicial", y LexiJuris.

EL DAÑO MORAL Y SU APROXIMACIÓN EN CUANTO A LA ESTIMACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA

Gina María Laura Aquino Toledo'

*“El que comete un acto ilícito queda obligado a
resarcir el daño”²*

RESUMEN: Al momento de considerar la indemnización por daños morales y sus perjuicios, nuestra Doctrina muestra renuencia a reconocerlo y formula objeciones, con bastante lógica, a las estimaciones como a la compensación, el primer momento no se debe contabilizar el daño moral. El daño inmaterial siempre ha sido objeto de un intenso estudio en el derecho de responsabilidad civil, que en la actualidad, aunque no siempre es así, como veremos, se considera tanto como consecuencia de un incumplimiento de contrato como consecuencia de un derecho de responsabilidad civil. El daño moral afecta, por tanto, los intereses de la víctima, que están fuera de la propiedad de la víctima. En consecuencia, un hecho dañoso debe producir un daño en el estado interno del lesionado como consecuencia de un hecho que le cause un daño injusto y perturbe sus sentimientos o su imagen un mal funcionamiento grave de un miembro u órgano que interfiere con el desarrollo normal de una persona.

PALABRAS CLAVES: Daño, Daño Moral, Estimación, Perjuicio, Resarcimiento.

ABSTRACT: At the moment of considering the compensation for moral damages and their damages, our Doctrine shows reluctance to recognize it and formulates objections, quite logically, to the estimates as well as to the compensation, the first moment the moral damage should not be counted. Non-pecuniary damage has always been the subject of intense study in civil liability law, which currently, although not always the case, as we will see, is considered both as a consequence of a breach of contract and as a consequence of civil liability law. . Moral damage affects, therefore, the interests of the victim, which are outside the property of the victim. Consequently, a harmful event must cause damage to the internal state of the injured party as a consequence of an event that causes unfair damage and disturbs his feelings or his image, a serious malfunction of a member or organ that interferes with the normal development of a person.

KEYWORDS: Torts, Moral Torts, Estimation, Detriment, Compensation.

Introducción

En la legislación paraguaya, el daño moral se refiere a cualquier perjuicio causado a otra persona en su persona, derechos, facultades o en las cosas de su dominio o posesión. El Código Civil del Paraguay establece que existirá daño siempre que se cause algún perjuicio en estos aspectos. Sin embargo, no se en-

¹ Abogada y Notaria y Escribana Pública por la Universidad Nacional de Asunción, Egresada de la Escuela Judicial Promoción XIX, Especialista en Didáctica de la Educación Superior. Relatora del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala.

² Código Civil Paraguayo Ley N° 1.183/85, art. 1833.

contraron resultados específicos que brinden información detallada sobre la estimación del daño moral en la legislación paraguaya. Para obtener información más precisa y actualizada, se recomienda consultar directamente el Código Civil del Paraguay o buscar asesoramiento legal especializado. Para que podamos de alguna manera instruirnos en lo que atañe a la institución del daño moral, es necesario primero considerar toda la teoría del daño (en general) y por lo tanto las fuentes de responsabilidad saber dónde estamos a partir de la promulgación de nuestro Código Civil, y apreciar cuánto nos hemos desviado de Dalmacio Vélez Sarsfield (y de su gran influencia romana), debemos volver a nuevo más de 100 años de vigencia de una obra legada por un gran Maestro Rosarino.

En nuestro Código Civil actual, lo referente a las obligaciones en general, y más aún la de resarcimiento del daño moral, está contenido en el Libro Segundo, Título II, por lo que se reconoce con ella el Código- la teoría general sobre Obligación. El presente ensayo será focalizado sobre la estimación del Daño Moral en la Legislación Paraguaya. Inicialmente se explicará cómo funciona la estimación del Daño Moral en la Legislación Paraguaya, expondrá los requisitos de procedencia. La jurisprudencia paraguaya ha establecido que la determinación del monto de la indemnización por daño moral debe ser una valoración ponderada de las circunstancias reales del caso, estableciendo que la indemnización por daño moral abre el camino a la posibilidad de evaluar la intensidad del dolor, la angustia o el sufrimiento soportado por la víctima, así como su duración. Es importante tener en cuenta que, determinar el monto de la indemnización por daño inmaterial puede ser un proceso complejo y que puede variar en cada caso.

El Daño Moral

Concepto

Daño moral es toda alteración inestimable en el bienestar psicofísico de una persona causada por una acción atribuible a otra persona. Por otro lado, también se entiende por daño inmaterial la lesión de los sentimientos que determina el dolor o sufrimiento físico, el malestar psíquico o la violación de las condiciones lícitas y, en general, toda clase de sufrimientos que no sean objeto de apreciación patrimonial. Lo anterior permitiría afirmar, en términos simplificados, que el daño moral es un daño cuya esencia es un ataque o vulneración de derechos morales. Asimismo, el daño moral representa todo menoscabo disvalioso, inestimable del espíritu, toda violación de los derechos inmateriales de la persona. En otras palabras, se entiende como todo sufrimiento o dolor resultante de la afectación de los sentimientos resultante del sufrimiento físico, castigo moral, preocupación, dificultad o inconveniente relevante que sea consecuencia del hecho ilícito, independientemente de la reparación patrimonial.

La legislación paraguaya no establece una fórmula específica para calcular la indemnización por daño moral. En general, la indemnización por daño moral se determina en función de la gravedad del daño sufrido, la intensidad del dolor, la duración del sufrimiento, la edad de la víctima, la relación entre la víctima y el responsable del daño, y otros factores relevantes. La Corte Suprema de Justicia de Paraguay ha establecido que la acción por indemnización del daño moral sólo

compete al damnificado directo. En cualquier caso, la cuantificación del daño moral es una tarea compleja y requiere de un análisis detallado de las circunstancias del caso en particular. Por lo tanto, se recomienda buscar asesoramiento legal especializado para obtener información más precisa y actualizada sobre cómo se calcula la indemnización por daño moral en Paraguay.

En principio; y teniendo en cuenta la importancia que conlleva que el lector tenga la diferencia está en lo que es la pérdida en sí, la definiré de acuerdo con las normas vigentes en nuestro país, el artículo 1835 del Código Civil establece que ocurrirá la misma siempre que se haga pérdida a otra persona en sí misma, en sus derechos o capacidades, o en las cosas que posee o tiene. La obligación de reparar comprende todas las pérdidas materiales o inmateriales causadas por una mala conducta. Las reclamaciones de indemnización por pérdidas morales sólo serán a cargo de la víctima directa. Si el hecho causa su muerte, sólo tienen derecho los herederos. En otras palabras, la legitimidad de la ejecución de las acciones de reparación está generalmente de acuerdo con el sujeto agraviado como titular del derecho.

Entonces se entiende que la reparación del daño moral encuentra su justificación no por parte de la víctima lesionada, sino por parte del victimario. No constituye indemnización sino una sanción civil cuando la infracción cometida por el autor no es aprobada de manera ejemplar. La jurisprudencia ha establecido que "... No se requiere prueba especial para determinar la ocurrencia de un daño inmaterial ya que debe considerarse probado únicamente por el hecho del agravio, el responsable del daño es quien debe probar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un daño inmaterial" (Vide: Corte de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 1, Luciaoli, Oscar A. y/o Dist. Marcos Juárez c/ Laboratorios Cosmos S.R. L. y/o Silvera, Hugo s/ Indemnización de daños, 22 de septiembre de 1994). En este sentido, la mayoría de las doctrinas y la jurisprudencia asumen que el daño moral tiene por objeto sustituir con dinero el dolor sufrido por la víctima. Las reparaciones otorgadas a las víctimas directa o indirectamente como daño moral no son "sancionatorias" en el sentido de castigo personal, sino "satisfactorias" o compensatorias, prueba de lo cual son las inéditas decisiones dictadas por los ministros Eugenio Jiménez, César Garay y Alberto Martínez Simón, quienes hacen un análisis didáctico de la decadencia moral y sus evidencias, que vale la pena revisar.

Por tanto, la valoración del daño moral se realiza en función del dolor sufrido y no de la intención del perpetrador, ya que en última instancia el dolor debe ser analizado después cómo sufre el ofendido y no cómo el victimario quiso inferir. Para determinar la indemnización por daño moral se debe tener en cuenta la gravedad de los daños causados, es decir la personalidad de la víctima, su especial aceptación y diversas circunstancias específicamente para ese caso, de forma que la indemnización a pagar no sea motivo enriquecimiento sin causa, ni es simplemente una expresión simbólica inadecuada para entidad de agravio moral sufrido, que debe ser valorado con sensibilidad la persona corriente, de la que el juez representa el intérprete más seguro. Pero esto no significa que se

deba prescindir de cualquier evaluación del comportamiento del autor del daño. MOSSET ITURRASPE concluye que es necesario pasar de la "gente corriente" a la "un hombre de verdad", en una especie de refinamiento que va de lo abstracto a lo concreto.

El daño moral no supone la existencia de un propósito determinado o malicia en el autor del hecho ilícito, resultando indiferente que provenga de dolo o culpa. Se trata de un daño de naturaleza resarcitoria, pues es la relación de causalidad y no la de culpabilidad la que determina la extensión del resarcimiento. Asimismo, este daño no tiene que guardar relación estricta con los daños materiales, pues un hecho puede producir estos últimos y no lesionar las afecciones legítimas y viceversa. El daño se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico.

Tipos de daños que pueden ser considerados como daño moral en la legislación Paraguaya

En la legislación paraguaya, el daño moral se refiere a cualquier perjuicio causado a otra persona en su persona, derechos, facultades o en las cosas de su dominio o posesión. Algunos ejemplos de daños que pueden ser considerados como daño moral en la legislación paraguaya son:- Lesiones físicas o psicológicas causadas por un tercero - Difamación o calumnias que afecten la reputación de una persona.- Violación de la privacidad o intimidad personal. - Pérdida de un ser querido o de una relación afectiva importante. - Discriminación o acoso en el lugar de trabajo o en otros ámbitos de la vida social.

Daños a la imagen o a la dignidad de una persona

Es importante tener en cuenta que la estimación del daño moral puede variar dependiendo del caso y las circunstancias particulares. Los tribunales suelen considerar factores como el sufrimiento emocional, la gravedad del daño, el impacto en la vida de la persona afectada y otros factores relevantes para determinar la compensación adecuada por el daño moral. Así mismo, cabe mencionar que de acuerdo con nuestro Código Civil, el plazo para presentar una demanda por daño moral es de cuatro años. No obstante, el plazo para hacerlo puede ser reducido a dos años si el daño sufrido deriva de un delito. Es necesario agregar que, el plazo comienza a contar desde el momento en que se produce el hecho dañoso.

Determinación del monto indemnizatorio prudencial

Para determinar el monto de la indemnización por daño moral en Paraguay, se toman en cuenta varios factores, que pueden variar según las circunstancias del caso en particular. Algunos de los factores que se consideran son los siguientes:- Gravedad del daño sufrido: La indemnización por daño moral se incrementa en función de la gravedad del daño sufrido por la víctima - Intensidad

del dolor: La intensidad del dolor físico o emocional que ha sufrido la víctima también es un factor relevante para determinar el monto de la indemnización por daño moral - Duración del sufrimiento: La duración del sufrimiento de la víctima también se tiene en cuenta para calcular la indemnización por daño moral Edad de la víctima: La edad de la víctima también puede ser un factor relevante, ya que se considera que los niños y los ancianos son más vulnerables y pueden sufrir un mayor daño moral- Relación entre la víctima y el responsable del daño: La relación entre la víctima y el responsable del daño también puede influir en la cuantificación del daño moral- Otros factores relevantes: Además de los factores mencionados anteriormente, se pueden considerar otros factores relevantes, como la situación económica de la víctima, la repercusión del daño en su vida cotidiana, entre otros. Es importante tener en cuenta que la cuantificación del daño moral es una tarea compleja y requiere de un análisis detallado de las circunstancias del caso en particular. Por lo tanto, se recomienda buscar asesoramiento legal especializado para obtener información más precisa y actualizada sobre cómo se calcula la indemnización por daño moral en Paraguay. La legislación paraguaya no establece criterios específicos para determinar la gravedad del daño moral. Sin embargo, en general, se consideran los siguientes factores para determinar la gravedad del daño moral en Paraguay.

La determinación del monto de una indemnización por daño moral en Paraguay puede variar dependiendo del caso y las circunstancias particulares. Los tribunales suelen considerar factores como el sufrimiento emocional, la gravedad del daño, el impacto en la vida de la persona afectada y otros factores relevantes para determinar la compensación adecuada por el daño moral.

Cuantificación y estimación de la indemnización por daño moral

La evaluación y cuantificación de daños intangibles son dos operaciones distintas, aunque están estrechamente relacionadas entre sí. Evaluar el daño significa determinar su entidad cualitativa o, lo que es asimismo, aclarar su contenido intrínseco o composición material, y posibles oscilaciones de agravamiento o declive, pasado o futuro. Significa indagar sobre la sustancia y las dimensiones de la perturbación espiritual: en qué consiste la corrupción y cuáles son sus consecuencias. Es muy difícil reparar un daño moral sin saber primero cuál es el daño y qué tan intenso es. La cuantificación implica evaluar el daño causado a la víctima y cuánto es necesario pagar por el daño para su justa compensación. Así, hay que empezar por el daño, averiguar en qué consiste el daño, qué significación tiene para el espíritu de la víctima, y las posibles situaciones que lo agravan o debilitan; y seguidamente, luego de evaluar el daño, se puede estimar el monto de la indemnización que se considere suficiente para compensarlo.

Con respecto a la cuantificación o determinación de la cantidad de compensación por daños morales, la cuestión de la cantidad de compensación tampoco se expresa de manera simplista. Debemos anticipar que la adjudicación de la cantidad de compensación no tiene ningún propósito, pero es esencialmente satisfactorio. La forma de reparar la compensación por daño moral, no tiene pa-

rámetros fijos, y se basa en la suposición razonable de que existen quejas internas. Construyendo el ensayo en el resumen: que cualquier persona que incurra en daño no material debe sufrir, al analizar casos específicos y específicos. Así, una oración por la pérdida de un ser querido, muy cercano, no puede llevar al Juez a una presunción razonable de sufrimiento.

La indemnización se cumplirá —dice el art. 1857— con restauración a su costo de las circunstancias que habrían circunstancias que le obligan a indemnizar. Si la reparación inmediata no es posible: continúa la regla-, el deudor compensará la pérdida a través de beneficios, dinero que permite a los acreedores obtenerlo.

Para quienes argumentan que el daño moral no se puede medir desde ese punto de vista económico, BORDA respondió: *“Los humanos, en sus insuficiencias utilizan el dinero como forma de compensación, aunque sea insuficiente; En pocas palabras, no tenía una forma más perfecta de reparar el daño injusto. Lo que es aún más grande es la injusticia de dejar impune este comportamiento contra la ley y sin protección para los que sufren pérdidas”.*

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia considera que la indemnización asignada en concepto de daño moral no tiene carácter de “sanción” –en el sentido de pena privada, sino un carácter “satisfactorio” o resarcitorio, dado que busca compensar por medio del dinero el dolor experimentado por la víctima. El daño en cuestión tiende a resarcir la modificación disvaliosa del equilibrio de bienes no patrimoniales de una persona, que debe ser contemplado desde una perspectiva muy especial; es por ello que su cuantificación resulta dificultosa

El proceso para solicitar indemnización por daño moral

En nuestro País, puede variar dependiendo del caso y las circunstancias particulares. Sin embargo, en general, se pueden seguir los siguientes pasos: 1) Identificar el daño moral: Es importante identificar el daño moral sufrido y recopilar toda la documentación y pruebas necesarias para demostrar el daño. 2) Buscar asesoramiento legal: Es recomendable buscar asesoramiento legal específico para obtener información más precisa y detallada sobre el proceso de solicitud de indemnización por daño moral en Paraguay. 3) Presentar la demanda: Una vez que se ha identificado el daño moral y se ha obtenido asesoramiento legal, se puede presentar la demanda ante el tribunal correspondiente. 4) Probar el daño: Durante el proceso, se deberá probar el daño moral sufrido y presentar toda la documentación y pruebas necesarias para demostrar el daño. 5) Determinar el monto de la indemnización: Una vez que se ha probado el daño moral, el tribunal determinará el monto de la indemnización por daño moral. Es importante tener en cuenta que el proceso para solicitar una indemnización por daño moral puede ser un proceso complejo y que puede variar en cada caso. Por lo tanto, es recomendable buscar asesoramiento legal específico para obtener información más precisa y detallada sobre el proceso de solicitud de indemnización por daño moral en Paraguay.

Adicionalmente resulta necesario admitir que debe suponerse que la compensación monetaria es aproximada o satisfactoria para aliviar, en todo caso, el sufrimiento psíquico de la víctima. En otras palabras, la reparación integral del daño inmaterial sólo puede esclarecer en el marco de una aproximación, ya que el monto del daño no puede representar el daño ni sustituirlo por un equivalente monetario. Por ello, sólo resta cuantificar el daño inmaterial, que es acudir a la prudencia judicial que debe ponderar la situación de la víctima reconocida en el proceso. Así, este magistrado tiene el deber de cuantificar.

Definitivamente, la teoría de la causa de las obligaciones, entendida como causa-fuente, causa-final o causa eficiente, sigue siendo –cuanto menos– útil para determinar si un acto es jurídicamente válido. El principio general menciona que el que efectúa un acto antijurídico se encuentra obligado a resarcir el daño causado (el art. 1833 Código Civil). Lorenzetti analiza la evolución de la doctrina, señalando que la defensa gira en torno a la acción maliciosa; que se aleja de los tipos, borrando las distinciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, ilicitud material y formal; que surge el principio de favorecer a las víctimas; y se desarrolla hacia el microsistema basado en la teoría de la indemnización De hecho, nos estamos moviendo hacia Ley de indemnizaciones.

Desde el punto de vista estrictamente resarcitorio el daño moral no puede convertirse en una fuente de lucro indebido. Todo daño producido injustamente debe ser reparado en forma plena. El pago de daño moral, no implica compensar el dolor, la pena o el sufrimiento que una persona experimenta, sino una modificación disvaliosa de la subjetividad del damnificado, traducida al momento de vida diferente y anímicamente perjudicial al que tenía antes del hecho dañoso. El derecho no resarce, a través del daño moral, cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquel donde se agravan verdaderos intereses extra-patrimoniales, como salud, la integridad física, la intimidad, el honor.

En principio, la reparación tiene por objeto devolver las cosas al estado en que se encontraban. estuvieron ante la comisión de un hecho ilícito que causó un daño (indemnización integral), como consecuencia de la obligación impuesta por el art. 1857 del Código Civil, (reparación inmediata), y si esto no es posible, entonces la compensación se fijará “en dinero”(parte 2 del artículo 1857 C.C.). Dicha indemnización incluirá “el costo de las pérdidas sufridas y no se percibe utilidad” (artículo 450 C.C.), además de los daños y perjuicios moral (artículos 451 y 1835 C.C.). Sin embargo, la reparación integral no necesariamente ocurre en todos los casos, por ejemplo, en los casos previstos por el art. 284 del mismo cuerpo legal (actos involuntarios); ni en caso de incumplimiento de las obligaciones, salvo que resulten de delito y debe ser el resultado de acuerdo con las opiniones que tenía el agente en el momento del hecho. La doctrina del daño parte del derecho a la indemnidad de las personas (físicas o jurídicas), de la obligación de no dañar a nadie, de la responsabilidad que asume quien menoscaba los derechos de otro o agravia los legítimos intereses de otra persona, jurídicamente protegidos por el derecho. No es admisible que la ofensa a los derechos de una persona jurídica no merezca reparación por la simple teoría de que el daño moral

sólo repara los dolores del espíritu. Tengo para mí, que las personas de existencia ideal, como tales, aunque no tengan sentimientos sufren (no sienten, pero sufren) un deterioro de sus valores principales (buen nombre, prestigio, crédito, etc.).

Por lo tanto, las estimaciones de pérdidas no materiales se realizan en función del dolor sufrido y no de la intención del perpetrador, porque al final el dolor debe ser analizado según cómo sufre el ofendido y no cómo el ofensor trata de inferir *“Las circunstancias de la persona, lugar y tiempo, a falta de estipulaciones contractuales, es un llamado a establecer criterios judiciales sobre la cuantía y procedencia de la indemnización solicitada”*³.

Para determinar la indemnización por daño inmaterial se debe tener en cuenta la gravedad del daño causado a personalidad de la víctima, su particular susceptibilidad y las diversas circunstancias específicas para que la indemnización adeudada no constituya motivo de enriquecimiento sin razón, ni es una mera expresión simbólica ajena a ella la entidad del agravio moral sufrido, que debe apreciarse según la sensibilidad del hombre medio, cuyo intérprete más seguro es el juez. Pero esto no significa que deba prescindir de una evaluación de la conducta del autor del daño. MOSSET ITURRASPE concluye que hay que pasar del ‘hombre medio’ al ‘hombre medio’” real humano, en una especie de rectificación que va de lo abstracto a lo concreto”⁴.

La sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, integrada por los Excelentísimos Ministros integrados por Eugenio Jiménez Rolón, Alberto Martínez Simón y Cesar Antonio Garay ha dictado un Acuerdo y Sentencia de índole didáctico, en el marco de un juicio por indemnización de daño moral caratulado *“JUAN CARLOS FRANCO KLEIN Y OTROS C/ LA QUINTA S.A. S/ INDEMNIZACIÓN DE DAÑO MORAL” N° 1038 AÑO 2021*.

Empero, la teoría de la causa de las obligaciones, entendida como causa-fuente, causa-final o causa eficiente, sigue siendo –cuanto menos– útil para determinar si un acto es jurídicamente válido. *“El que comete un acto ilícito queda obligado a resarcir el daño”*⁵ este es el principio general, Lorenzetti analiza la evolución de la doctrina, señalando que la defensa gira en torno a la acción maliciosa; que se aleja de los tipos, borrando las distinciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, ilicitud material y formal; que surge el principio de favorecer a las víctimas; y se desarrolla hacia el microsistema basado en la teoría de la indemnización De hecho, nos estamos moviendo hacia Ley de indemnizaciones.

No obstante, la importancia de distinguir si la responsabilidad es subjetiva u objetiva trascendental a la hora del examen, porque, subjetivamente, la base de la responsabilidad es la culpa, en cambio, objetivamente, la presunción de culpa rige invertir la carga de la prueba (dado que la imputación es innecesaria),-

³ Martín De Mundo, José A., “El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia”, LL 62-1951-163.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Código Civil Paraguayo Ley N° 1.183/85, art. 1833

contractual, cuando el error del deudor se considera en mora, aunque este sea realmente el caso admitir prueba en contrario responsabilidad por fraude.

La importancia de distinguir si la responsabilidad es subjetiva u objetiva trascendental a la hora del examen, porque, subjetivamente, la base de la responsabilidad es la culpa, en cambio, objetivamente, la presunción de culpa rige invertir la carga de la prueba (dado que la imputación es innecesaria), contractual, cuando el error del deudor se considera en mora, aunque este sea realmente el caso admitir prueba en contrario responsabilidad por fraude. De igual forma, las estimaciones de pérdidas no materiales se realizan en función del dolor sufrido y no de la intención del perpetrador, porque al final el dolor debe ser analizado según cómo sufre el ofendido y no cómo el ofensor trata de inferir "Las circunstancias de la persona, lugar y tiempo, a falta de estipulaciones contractuales, es un llamado a establecer criterios judiciales sobre la cuantía y procedencia de la indemnización solicitada".

Conclusión

Para concluir y tras un breve análisis, es preciso enmarcar o precisar lo que atañe al daño moral, su estimación y cuantificación, se puede aseverar que hoy en día en cuanto a cómo regular los daños morales cuando existe la duda de permitir o no la indemnización (hacia la afirmativa; en la actualidad prácticamente no existen leyes que se nieguen a indemnizar, al menos en algunos casos básicos, daños extrapatrimoniales) la cuestión principal es determinar la figura de la misma o como subsumirla. Nuestra Doctrina y las vastas jurisprudencias, o porque no la razonable probabilidad, en lo que atañe a la materia, son las que llevan las posiciones más sensatas al momento de determinarlas o cuantificarlas.

Es importante realizar una distinción bastante importante entre el daño patrimonial y el daño moral, el primero, se liquidan mientras que, el daño moral se estima; y es competente para dicha estimación el juez que entiende del caso tomando en consideración las particularidades del mismo. Si entendiéramos el daño moral como el daño que nos causa algún ataque a los derechos más personales e intangibles, o lo que podemos llamar derechos individuales; el reconocimiento del llamado daño moral como entidad autónomamente resarcible requiere, es claro, un sistema más acabado o perfilado de responsabilidad civil que responda realmente a una noción omnicomprendensiva de daño. En este sentido, entendemos que la jurisprudencia debe tomar un rol preponderante en la integración del concepto que se comenta y que se evolucione hacia una concepción aún más amplia del instituto en cuestión.

De ahí a que, se deba arribar a la conclusión que el reclamo de indemnización por daños morales será precedente cuando el mismo se base en la afectación de derechos de carácter personalísimos. No obstante, la obligación de reparar sólo se extiende a la depreciación del daño realmente causado. Compensar las pérdidas económicas no requiere grandes esfuerzos, en el caso de una compensación para un daño moral su cuantificación requiere un análisis cuidadoso,

no existe una fórmula matemática que nos permita hacer esto para obtener una justa indemnización por daños morales, llegar a una suma que no ofenda a la víctima ni sugiera lo imposible, es de gran utilidad remitirse a algunos lineamientos o lineamientos en doctrina y jurisprudencia, como lo mencionó líneas arriba.

Se debe recordar que el daño moral, no obstante su contemplación dentro de nuestra legislación civil como rubro indemnizable, no posee, sin embargo, criterios o lineamientos definidos para su fijación, es por ello que a la hora de realizar dicha operación se ha manifestado en la práctica una suerte de discrecionalidad y razonabilidad por parte de los jueces en su determinación. En ese sentido, se debe remarcar que encontramos en la jurisprudencia una tendencia no muy conteste al respecto, evidenciándose dos tendencias diferentes, una que aboga por la objetividad a la hora de fijar dicho rubro, y otra que sostiene la imposibilidad de determinar criterios objetivos dejándolo a la discrecionalidad del juez. Ante esta realidad he venido sosteniendo a lo largo de los años que, al ser la certeza uno de los elementos constitutivos fundamentales del daño al analizarlo en el esquema de la responsabilidad civil, se hace imperativo la necesidad de que dicha regla sea aplicada igualmente a la figura del daño moral, tomando en cuenta obviamente su naturaleza particular. Es que, pretender lo contrario haría del daño moral una figura ajena a la concepción general del daño y se erigiría de esta manera como un rubro completamente arbitrario y subjetivo.

Resulta una tarea compleja el poder determinar objetivamente el valor de bienes inmateriales, dado que, desde el momento que se pretende realizar dicha cuantificación, se comienza a asignar un precio a los sentimientos de las personas, o inclusive a la vida misma, hecho que desde ya resulta pútrido.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil Paraguayo.
- Código Procesal Civil Paraguayo.
- Borda, Guillermo A. 1971. *La reforma de 1968 al Código Civil*. Buenos Aires, Argentina: Edit. Perrot.
- Borda, Guillermo A. 2008. *Manual de Derechos Civil Obligaciones. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Edit. La Ley.
- Lafaille, Héctor. 2010. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Edit. Ediar.
- Lorenzetti, Ricardo Luis, "Responsabilidad por daños", Seminario de actualización, Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", Asunción, Paraguay, Agosto/Setiembre, 2000.
- Riera Escuerdo, Manuel, "Daño Moral", Corte Suprema de Justicia, Asunción, Paraguay, encontrado en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Manuel-Riera-Escudero-Da%C3%B1o-moral.pdf>
- Martín de Mundo, José, "El daño moral en la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia", encontrado en: <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Manuel-Riera-Escudero-Da%C3%B1o-moral.pdf>
- Martínez Simon, Alberto. 2019 *Alterum, Derecho de Daños*, Asunción. Paraguay: Edit. Intercontinental.
- Tellechea Solís, Antonio. 2017. *Código Civil Comentado*. Asunción Paraguay: Edit. La Ley.
- Luciaoli, Oscar A. *y/o Dist. Marcos Juárez c/ Laboratorios Cosmos S.R. L. y/o Silvera, Hugo s/ Indemnización de daños*, (Corte Suprema de Justicia del Paraguay 22 de septiembre de 1994)
- Juan Carlos Franco Klein y otros c/ La Quinta S.A. s/ Indemnización de Daño Moral, Expediente N° 1038/ 2021 (Corte Suprema de Justicia del Paraguay).



revistajurídica

DERECHO PROCESAL CIVIL



MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER EN EL PROCESO CIVIL PARAGUAYO CONSIDERADAS COMO UN LÍMITE DISCRECIONAL AL PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN DE LAS PARTES. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 18 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PARAGUAYO REFERENCIADO A OTRAS FACULTADES OFICIOSAS DEL JUEZ

Elodia Almirón-Prujel¹

RESUMEN: El Código Procesal Civil de la República del Paraguay data del año 1988, con plena entrada en vigencia en el año 1989, y en el mismo, el principio rector es el principio dispositivo (en apariencia), siendo que realmente el juez -de todas las instancias- cuenta con amplias facultades oficiosas, entre las cuales, una de las más importantes es la dispuesta en el artículo 18 (medidas ordenatorias e instructorias), cuyo análisis resulta necesario para comprender el poder de decisión que tienen los jueces de competencia civil en la República del Paraguay.

PALABRAS CLAVE: principio dispositivo, principio de oficiosidad, facultades instructorias.

ABSTRACT: *The Code of Civil Procedure of the Republic of Paraguay dates back to 1988, with full entry into force in 1989, and in it, the guiding principle is the principio dispositivo (in appearance), being that in reality the judges -of all instances- has broad powers, among which, one of the most important is that provided for in Article 18 (ordering and investigative measures), whose analysis is necessary to understand the power of decision that judges of civil jurisdiction have in the Republic of Paraguay.*

KEYWORDS: principle device, principle of officiousness, instructing faculties.

I. Antecedentes de origen

En la República del Paraguay, concluida la Guerra de la Triple Alianza (1865 a 1870) se juró la nueva Constitución de doctrina liberal individualista el 25 de noviembre de 1870. Como antecedente más remoto del primer Código de procedimientos, se tiene la ley de fecha 24 de agosto de 1871. Como consecuencia del trabajo realizado por una Comisión encargada de elaborar un proyecto de Código de Organización Judicial y un Código de Procedimientos, el 14 de agosto de 1876 se promulgó el Código de procedimientos judiciales. El Código de procedimientos en materia civil y comercial rigió en la República del Paraguay con ciertas modificaciones, que no afectaron a sus normas fundamentales, hasta la entrada en vigencia del Código procesal civil (Ley N° 1337/88).

¹ Elodia Almirón-Prujel, Abogada 1993 Derecho UNA, Egresada de la Escuela Judicial 2001, Doctora en Ciencias Jurídicas 2004 Derecho UNA, Master en Planificación Estratégica 2004 IAEE, Master en Argumentación Jurídica 2021 Universidad de León (España), Master en Justicia Constitucional y Derechos Humanos 2022 Universidad de Bologna (Italia), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos 2020 Universidad de Bologna (Italia), Jueza de segunda instancia Tribunal de Apelación Civil y Laboral Sala 2 de la XVI Circunscripción Judicial de Central. Profesora Titular por concurso de méritos DERECHOS HUMANOS (Derecho UNA), Profesora Adjunta por concurso de méritos DERECHO CONSTITUCIONAL (Derecho UNA), Profesora de Posgrado Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción en la Maestría y el Doctorado en Ciencias Jurídicas en las materias Interpretación y Argumentación y Teoría de la Norma, autora de obras jurídicas individuales y colectivas.

II. Contexto del principio de oficiosidad

El principio de oficiosidad relacionado con el proceso inquisitivo² responde a la concepción publicista del proceso, en el cual por encima de los intereses particulares de los litigantes, se hace prevalecer el interés general de la administración de justicia a través de la ley³. Así, se caracteriza por la mayor amplitud de las facultades del juez, que puede intervenir en la investigación de la causa, ordenando incluso de oficio la producción de medios probatorios, y la corrección de errores plasmados en las resoluciones -a través de los recursos de reposición y de aclaratoria-, o inclusive este hecho se traduce en la posibilidad del juzgador de anular su propio procedimiento y retrotraerlo hasta el acto procesal impugnado⁴.

El procedimiento inquisitivo se funda en principios básicos tales como la innecesaria petición de la demanda, que permite a la autoridad iniciar los procesos *ex officio*, con lo cual se confunden las funciones de juez y parte. Así el proceso pasa a constituir una entidad operativa y sistemática que tiende a descubrir la verdad substancial, por lo cual aunque el ofendido o acusador desista, el juicio debe continuar hasta su término⁵. Por sus características se trata de un sistema que históricamente ha sido propio de los Estados autoritarios donde prevalece la seguridad del Estado en contraposición a la libertad del individuo, en detrimento de las libertades individuales que se hallan restringidas, a veces a su mínima expresión. Es así que la Francia de Luis XIV⁶, ejemplo típico del Estado absolutista, es citada frecuentemente como modelo de este sistema inspirado en los tribunales de la inquisición.

La ley procesal paraguaya -por ejemplo- permite al juzgador complementar los medios de prueba mediante la adopción de medidas sin necesidad de requerimiento de parte, con lo cual puede afirmarse que no hay ya sistemas procesales puramente dispositivos o completamente inquisitivos. Prevalecen los sistemas mixtos, aunque su caracterización hacia uno u otro sea más relativa, en el sentido de que sólo puede hablarse de sistemas predominantemente dispositivos o preponderantemente inquisitivos.

La oficiosidad se encuentra directamente relacionada con el poder/facultad que tiene el juzgador para introducir sus propios elementos de juzgamiento en la causa de que se trate, conduciendo el proceso conforme su propio condicionamiento, sin tomar en consideración el interés de parte, sólo el interés estatal. Esta situación procesal se replica, por ejemplo, en los procesos administrativos, en el juzgamiento de las faltas administrativas aduaneras. Así el Código Aduanero paraguayo -del año 2004⁷- regula el sumario administrativo para la investiga-

² Piero Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil-Volumen I. (Buenos Aires, Argentina: Librería EL FORO, 1996), 408 y s.s.

³ Mario Masciotra, Poderes-deberes el juez en el proceso civil, Prólogo de Osvaldo Gozáini.(Buenos Aires, Argentina: Astrea, 2014), 121 y s.s.

⁴ Código Procesal Civil Paraguayo Ley 1337/1988, arts. 111 y s.s.

⁵ Ley Nro. 2422 del año 2004.

⁶ Piero Calamandrei, Derecho procesal civil, Primera Serie volumen 2. (Oxford, 1999: México), 270 y s.s.

⁷ Ley Nro. 2.422/04.

ción y sanción de faltas e infracciones aduaneras, siendo considerado un proceso construido por la intervención dispositiva de las partes que la integran, que es iniciado de oficio (principio de oficiosidad), y regulado en su desarrollo funcional por el órgano jurisdiccional pertinente a fin de satisfacer las pretensiones de las partes y el cumplimiento de las disposiciones legales. Siendo así y considerando que el sumario es un proceso que puede iniciarse de oficio, existe un plazo a tal fin (60 días, 6 meses), concluyendo con una sentencia definitiva, y es así que la administración tiene la obligación procedimental de impulsar el procedimiento administrativo (sumario) debiendo notificar con la mayor celeridad posible al investigado del inicio del proceso a fin de precautelar la garantía de seguridad jurídica del sumariado (criterio vigente en todos los ámbitos sancionadores de la administración). Este ejemplo es mencionado pues cuando las resoluciones provenientes de la competencia administrativa sancionadora son impugnadas ante el órgano jurisdiccional, pues ésta aplica el procedimiento civil. Esto se podría entender como la falta de interés público en la persecución o sanción de una determinada conducta, revelado por la falta de actividad en relación al impulso que debiera efectuar la Administración para la investigación y sanción, bajo el principio de oficiosidad, todo ello para la observación de los principios constitucionales del derecho a la defensa, a la presunción de inocencia, reflejado en el cumplimiento de los plazos previstos previamente por el legislador.

El plazo de duración máxima de los sumarios es el resultado de una formulación de la máxima prevista en el artículo 17 de la Constitución de la República del Paraguay que establece lo siguiente: *“DE LOS DERECHOS PROCESALES. En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: ...10) el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley...”*. Este precepto constitucional se ajusta a los principios republicanos de gobierno inspirados en dos presupuestos esenciales⁸: la limitación temporal de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en el sistema. Esta posición no busca otra cosa sino la fijación de límites en la duración de todos los procesos tanto penales como aquellos del cual pueden derivarse una sanción⁹ (que conforme la regla convencional establecida en la Ley Nro. 1/89 Convención Americana de Derechos Humanos, se aplica a todo tipo de proceso -civil, laboral, tributario, etc.-), por ende, los mismos resultan aplicables a los sumarios administrativos con la finalidad de combatir el retardo injustificado de la administración de justicia.

Analizando contextualmente estas medidas se puede llegar a la conclusión no tan superficial, de que el principio de oficiosidad realmente violenta dos principios de rango constitucional y convencional como es el de igualdad y el de no

⁸ Estos principios republicanos fueron instalados en la Constitución del Paraguay de 1992, previamente ya se lo había mencionado en la Constitución de 1967, pero sólo en forma embrionaria, no debiendo olvidarse que se condicen con el principio pro persona y el principio de igualdad, sobre todo frente a la concepción ideológica del Estado Social de Derecho.

⁹ En los procesos civiles, laborales, de niñez, contenciosos, e inclusive en aquellos llevados adelante por el Poder Ejecutivo (aduanero, tributario, ley de la función pública, etc.), también se imponen sanciones que deben ser cumplidas o por el administrado o por el justiciable. El Código procesal civil estipula en el artículo 159 que a los justiciables se les impone una condena o se resuelve su absolución.

discriminación¹⁰, en razón que el tercero en juego en el proceso -el juez- inclina su voluntad participativa y decisoria a favor de una de las partes al disponer cuestiones de oficio en orden al procedimiento (sobre todo aquéllas relacionadas a la materia probatoria).

III. Contexto del principio dispositivo

El triunfo ideológico del liberalismo sobre el *ancien régime* y la instauración en el plano político del moderno Estado de derecho liberal-burgués¹¹, trajo consigo una reducción considerable de la intromisión del Estado en la sociedad civil. El nuevo principio básico de distribución de libertad del individuo tuvo sus repercusiones sobre la forma de concebir el proceso civil; el poder público representado por el juez, debe abstenerse de cualquier intervención hasta el momento de dictar sentencia. El Estado de Derecho liberal-burgués construye una nueva visión del juez, donde se limitan sus atribuciones como Poder del Estado, en el cual el Poder Judicial resuelve los conflictos conforme accionar de las partes sin generar intromisión voluntaria suya para la solución del caso¹².

Las partes son dueñas tanto de los derechos sustantivos en juego como de los procesales y por ende tienen completa libertad de disposición sobre los mismos. Bajo esta idea, el proceso civil se configuró sobre una amplia dispositividad. Así las partes pueden libremente disponer el inicio y objeto del proceso; del material probatorio y del impulso procesal -este último punto relacionado con la transcurriencia del plazo del proceso, que conforme legislación interna, varía en la cantidad de meses (6, 3) y que se denomina caducidad, o perención de la instancia- que conlleva como resultado la sanción a la conducta indulgente de la parte actora.

El principio dispositivo¹³ encuentra su justificación lógica en el derecho de disposición que tienen todas las personas de sus derechos materiales de naturaleza disponible. Toda persona es titular de sus derechos subjetivos o de cada situación de poder concreto, respecto de una determinada realidad social, atribuida a ella, a cuyo arbitrio se entrega su ejercicio y su defensa. Cada individuo es dueño absoluto de su derecho y de todas sus derivaciones como son: la posibilidad de solicitar la tutela del Estado, renunciar ulteriormente a ella, disponer libremente de su derecho por medio de negocios jurídicos, entre otros. Así toda persona tiene autonomía para disponer de sus derechos subjetivos o de fondo, una de las formas en que puede ejercer esta autonomía es acudiendo o no a la jurisdicción para obtener la resolución de un conflicto. Teniendo así en cuenta el principio o poder de disposición de las partes, es lógico que la iniciativa jurisdiccional sea librada a la voluntad de los particulares, dado que éstos son los únicos que pueden disponer de sus derechos subjetivos. Por lo tanto, si el interesado no plantea la pretensión respectiva, no entrará a andar la maquinaria judicial para la

¹⁰ Artículo 46 de la Constitución del Paraguay y artículo 24 de la Convención Americana de derechos Humanos.

¹¹ Revolución Francesa de 1789, donde surge la confrontación entre el viejo régimen y el nuevo régimen, el cual se plasma en la letra de la Declaración Francesa.

¹² Claudio Palavecino, El retorno del inquisidor. Crítica a la iniciativa probatoria judicial. (Asunción, Paraguay: La Ley Paraguaya, 2011), 49.

¹³ Código Procesal Civil. Comentado, Segunda Edición, (Asunción, Paraguay: Thomson Reuters), 318.

defensa de derechos que sólo a él interesan.

El principio dispositivo tiene vigencia en aquellos procesos en cuyo objeto y derecho que lo fundamenta están interesados solamente los particulares. Pero cuando está en juego un interés público, el mismo cede su vigencia ante la necesidad de una mayor injerencia del Estado en el proceso. En estos supuestos, las partes no pueden disponer a su voluntad del derecho involucrado en la causa. Esto se apoya en la posición absolutamente natural de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares; pero distinta es la suposición cuando se halla comprometido el interés social, frente al cual no es lícito a las partes interesadas contener la actividad de los órganos del poder público. Es así en que en este aspecto se ha creado el Ministerio Público como órgano que representa el interés público, de la sociedad en la administración de justicia¹⁴.

El aumento de los poderes del juez en la formación del material de conocimiento y en la dirección del proceso, tiene su principal fundamento en la concepción publicística del proceso y este aumento tiende a que el juez pueda cumplir plenamente su misión de hacer justicia¹⁵, manteniendo en la medida de lo posible la igualdad de las partes en el proceso, cuando frente al litigante temerario pueda sucumbir por su impericia la parte contraria.

IV. Regulación del principio de oficiosidad en el Código procesal civil paraguayo

La denominación dada en el artículo 18 del Código procesal civil paraguayo tiene su origen en el Código de procedimiento civil italiano de 1940. Estas facultades se refieren a la potestad del juez de ordenar diligencias e impulsar el trámite de los procesos -estas serían las ordenatorias-, mientras que las instructorias se refieren a la ordenación de pruebas. La fuente a esta acepción deriva del artículo 188 del Código italiano que bajo el título de "actividad instructora del magistrado", dispone la obligación del juez de proveer "a la asunción de los medios de prueba y, terminada la instrucción...". Esta denominación fue tomada por el Código procesal civil y comercial de la Nación argentina de 1968 y de allí pasó al Paraguay instalándose en el Código procesal civil. La diferencia entre el citado Código procesal y nuestro Código procesal civil, radica en que éste utiliza el verbo "*podrán*" (artículo 18), mientras que el Código argentino emplea el imperativo "*deberán*" (artículo 36). Así nuestra ley procesal mantuvo la opción por considerar a estas atribuciones como "*facultades*" y no como "*deberes*".

El Código procesal civil vigente en el Paraguay de tinte dispositivo pero con numerosas aplicaciones propias del sistema inquisitivo, como ya se había expuesto, es de finales de la década de los 80. El principio dispositivo se encuentra

¹⁴ Constituciones del Paraguay de 1967 y 1992. En esta última el Ministerio Público adquiere una esencia distinta, en el sentido de que su representación le está dada por y para la sociedad.

¹⁵ Loutayf Ranea, Roberto; Principio dispositivo. Pág. 5.

reconocido en el artículo 98¹⁶, pero a lo largo del Código procesal civil se observan las altas competencias de la judicatura paraguaya en base al principio de oficiosidad. Si bien el artículo 98 de nuestro ordenamiento civil estipula claramente que la iniciación del proceso incumbe a las partes y el artículo 249¹⁷ -carga de la prueba- deja a cargo de ellas la producción de la prueba, sin embargo, reconoce una serie de disposiciones que atenúan considerablemente el carácter dispositivo que le caracteriza. Clara demostración de lo señalado lo constituye el **artículo 18**, referente a las facultades ordenatorias e instructorias. Es así que el juzgador (sin diferenciar la instancia a la cual pertenezca), puede ordenar el cumplimiento de numerosas diligencias probatorias; entre ellas: “decretar que se traiga a la vista testimonio de cualquier documento, o el original, (...) sea que se halle en poder de las partes o de terceros” (artículo 18, inciso b); “exigir confesión judicial a cualquiera de los litigantes sobre hechos que estimen de influencia en la causa y no resulten probados, o cualesquiera explicaciones que juzguen pertinentes” (artículo 18, inciso d); “disponer en cualquier momento la presencia de los peritos o testigos para interrogarlos acerca de sus dictámenes o declaraciones” (artículo 18, inciso e), u “ordenar cualquier pericia, informe, reconocimiento, avalúo u otras diligencias que estimen necesarias” (artículo 18, inciso f).

Es fácil advertir la extensión de los poderes del órgano jurisdiccional que pueden ser ejercidos incluso después de cerrado el debate con la providencia de “autos para sentencia”, por vía de lo que comúnmente se denominan “medidas de mejor proveer”. Estas como se ha visto permiten continuar la investigación incluso después de clausurado el debate, esto es, después de la conclusión de la causa para definitiva. Sin embargo en la aplicación de tales medidas se debe ser prudente y reflexivo, no debiendo interpretarse tal potestad como la facultad del juez de substituir a las partes y eximir las de la carga consagrada en el artículo 249 -ya mencionado-.

¿Cómo entonces fijar el límite hasta dónde puede el magistrado ordenar de oficio el cumplimiento de actividad probatoria? En cuanto a las “medidas para mejor proveer”, la respuesta está dada en el mismo artículo 18¹⁸ porque dispone que tal actividad tiende a “esclarecer” el derecho de los litigantes -respetando siempre el derecho de defensa de las partes-, lo que implica que sólo puede complementar la prueba producida por los interesados, pero no producir una prueba que no haya sido ofrecida por ejemplo, lo contrario implicaría la consagración del sistema inquisitivo puro, en el que el juez puede investigar sin limitaciones. La cautela que debe tener el juez es esencial, lo contrario implicaría un abuso de las facultades instructorias, llamadas en el Derecho procesal civil en Paraguay, “medidas para mejor resolver”, lo cual es sumamente peligroso en atención a que está en juego la libertad individual y la garantía de la defensa en juicio.

¹⁶ Artículo 98.- Principio de iniciativa en el proceso. La iniciativa del proceso incumbe a las partes. El juez sólo lo iniciará cuando la ley lo establezca.

¹⁷ Artículo 249.- Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tengan el deber de conocer. Los hechos notorios no necesitan ser probados; la calificación de los mismos corresponde al juez.

¹⁸ Artículo 18.- Facultades ordenatorias e instructorias. Los jueces y tribunales podrán, aun sin requerimiento de parte: (...).

La Constitución de la República del Paraguay consagra a través de un conjunto de artículos específicos un sistema acusatorio -penal- y dispositivo -para las otras competencias tales como civil, niñez, laboral, contenciosa- de enjuiciamiento, que se opone y confronta radicalmente al sistema inquisitivo de larga predominancia en las leyes procesales civiles, incluyendo al Código procesal civil vigente. La idea de proceso judicial por la que ha optado el convencional constituyente se patentiza a través de las siguientes garantías: la inviolabilidad de la defensa en juicio (artículo 16), que implica el derecho de contradecir (contestar la demanda u oponerse a la pretensión deducida en contra de uno); ofrecer, producir, controlar e impugnar pruebas (artículo 17 numeral 8), y que es producto de la igualdad de las partes ante la ley y en el acceso a la justicia (artículo 47 numerales 1 y 2); la presunción de inocencia (artículo 17 numeral 1), que otorga carácter constitucional al principio de que la carga de la prueba se establece en cabeza del actor o acusador "*onus probandi incumbir actori*", y a su vez veda la posibilidad de dictar sentencia condenatoria en cualquier tipo de proceso sin conocimiento del interesado; el derecho de ser juzgado por jueces naturales (no especiales), imparciales (no partes) e independientes (artículo 16¹⁹), que también es corolario del principio de igualdad ante la ley y se presenta como un elemento esencial del proceso; de donde también surge que el juez no puede sustituir a las partes en su actividad (alegar y probar los hechos) ni suplir la negligencia o el incumplimiento de las cargas procesales; el derecho de exigir que las sentencias judiciales estén fundadas en la ley (artículo 256 segundo párrafo²⁰), lo que implica la sujeción de los jueces a la ley a la Constitución (artículo 137 primer párrafo²¹) y la conceptualización constitucional de la sentencia judicial como acto de conocimiento -fundado en la razón y en el Derecho- y no como acto de poder (basado únicamente en la autoridad y el arbitrio de los jueces); la prohibición de obligar a las partes a declarar en contra de sí mismas (artículo 18 primer párrafo).

V. Límites en la interpretación de las medidas para mejor resolver

Las medidas para mejor resolver en el Derecho paraguayo se han constituido en un ejercicio efectivo del poder de la judicatura nacional en todas sus instancias (judicaturas de paz, de primera instancia, de segunda instancia y Corte Suprema de Justicia en las salas civil y constitucional), pues las mismas permiten al juez reabrir la discusión de la causa una vez cerrado el debate dialéctico generado en el proceso, desde el momento mismo del inicio de la acción²².

El artículo 18 del Código procesal civil es el artículo principal en lo que se refiere a las facultades -más bien ejercicio del poder jurisdiccional- oficiosas del juez, debido a que no es el único artículo tomado como referente a este tema, si bien es cierto los procesalistas paraguayos exponen que el principio dispositivo

¹⁹ Artículo 16 - DE LA DEFENSA EN JUICIO. La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

²⁰ Artículo 256 segundo párrafo ... Toda sentencia judicial debe estar fundada en la Constitución y en la Ley.

²¹ Artículo 137 primer párrafo La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. ...

²² *Ibidem*14, pág. 69.

es el que rige el actuar procedimental civil -en referencia a lo estipulado en el artículo 98²³ del cuerpo legal analizado-, nada más alejado de la realidad fáctica de lo que prescribe el citado Código, pues son múltiples e innumerables las facultades oficiosas del juez civil, y considerando también su aplicación supletoria de los jueces laborales, de los jueces de niñez y adolescencia, así como de los jueces contenciosos.

Esta facultad oficiosa realmente disfraza el ejercicio de un poder omnímodo del juez paraguayo, pues le permite la toma de decisiones que realmente en puridad sólo deberían ser derechos procesales a ser ejercidos por las partes involucradas en el juicio en cuestión; así se tiene lo establecido en el artículo 18, que permite la introducción de pruebas no diligenciadas por las partes e inclusive en algunos casos ni siquiera ofrecidas²⁴. Las medidas para mejor resolver en el Código procesal civil del Paraguay tienen un problema de interpretación, en lo que se refiere al tiempo de solicitud y aplicación de las mismas, pues en la redacción no está establecida expresamente el plazo procesal para solicitarlas -por las partes-, o bien para que el juez las ordene y tampoco existe un plazo para su cumplimiento.

En el contexto del artículo 18 nada se ha dicho con respecto a su etapa procesal de nacimiento y fin de estas “poderosas” facultades oficiosas de la judicatura. Así el artículo en su inicio dice que “*Los jueces y tribunales podrán, aún sin requerimiento de parte: ...*”, pero no estipula el plazo procesal para ello; si se lee en el inciso a) -que se trata realmente de una consulta o pregunta constitucional solapada para remitir a la Corte Suprema de Justicia (o a la Sala Constitucional de acuerdo a lo establecido en la Constitución de 1992) un expediente donde el juez inferior tenga una duda acerca de la constitucionalidad o no, de un precepto legal que deba aplicar para resolver el caso que tiene en estado de “*autos para sentencia*”- esta es una facultad ordenatoria, la única del artículo, y precisamente en ese literal se lee que la etapa procesal para solicitar una medida para mejor resolver es una vez que la providencia de autos quede ejecutoriada, allí se puede remitir el expediente a la Corte Suprema de Justicia -Sala Constitucional- para conocer la posición de la máxima instancia jurisdiccional sobre si una ley, decreto u otra disposición normativa pueda ser contraria a reglas constitucionales; pero con relación a los demás literales (b a f), no tienen plazo procesal de solicitud, ni de disposición por parte del juzgador.

Todas las demás facultades del artículo 18²⁵ son instructorias, y están referidas a las actividades probatorias dentro de un proceso civil (aplicable supletoriamente al proceso laboral, de niñez y adolescencia así como al contencioso-administrativo) por lo que a través de una interpretación correctora extensiva debe aplicar la misma etapa procesal para su adopción -firme y ejecutoriada que estuviese la providencia de “*autos para resolver*”- pues de lo contrario, no tendría fundamento lógico-jurídico su regulación, en razón que como se tratan de

²³ Íbidem 14, pág. 329.

²⁴ Elodia Oviedo Paez c/ Wilfrido Kennedy y otros s/ Nulidad de Acto Jurídico, Acuerdo y Sentencia Nro. 114/2019, (Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, 03 de diciembre de 2019) “...Así, tenemos que el órgano juzgador puede, con o sin requerimiento de parte, adoptar medidas ordenatorias cuando las crea conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes, como es el caso que nos ocupa y a fin de evitar nulidades procesales que impidan dictar válidamente sentencia. ...”.

²⁵ Íbidem 14, págs. 68, 60 y 71.

actividades probatorias principalmente, no podrían ser aplicadas hasta el momento en que la etapa procesal de pruebas haya culminado y haya sido cerrado el debate dialéctico procesal entre las partes. Y es en este punto donde se debe realizar una pregunta obligatoria, si estas medidas para mejor resolver denominadas “facultades instructorias” del juez, permiten su intromisión en el proceso, adoptando posturas que sólo competen a las partes (actora, demandada, terceros, etc.), es decir, ¿de sujeto procesal se convierte en parte? Esta afirmación está sujeta a críticas e impugnaciones, pero específicamente en el mentado artículo 18, todos los literales más arriba mencionados no contienen límites a las facultades discrecionales del juez sentenciante al momento de tomar su decisión; y así se verá en cada uno de ellos.

Literal b)²⁶, el juzgador puede ordenar -si le parece- traer a su vista cualquier tipo de documento relacionado con el *thema decidendum* de la causa en el momento que lo crea conveniente, con la finalidad de esclarecer el derecho de las partes litigantes; no establece una etapa procesal específica a tal fin, se expone que puede ser en el momento en que el juzgador “lo crea conveniente”, que realmente no es ninguna etapa procesal, tampoco constituye un plazo procesal, de lo que se colige que el juzgador puede traer “en cualquier momento” documentos que “él crea necesarios” para resolver la causa, todo esto con respeto al derecho de las partes litigantes; pero ¿cómo se respeta el derecho de las partes litigantes?, sólo con el conocimiento de las mismas, pues la medida oficiosa a ser adoptada por el juez puede afectar mínima o máximamente sus derechos. Así trayendo a la vista un documento que beneficie en demasía a la pretensión de una de ellas, perjudicará a la otra, por lo que la resolución por la cual sea adoptada debe ser notificada por cédula a los efectos en primer lugar de que sea conocida por las partes y en segundo lugar que la medida pueda ser recurrida, respetando así el derecho a la doble instancia y la facultad oficiosa del inferior pueda ser revisada y analizada por la Alzada. La posibilidad procesal de recurrir las “medidas para mejor resolver” en el procesalismo paraguayo no es muy aceptada en razón que las mismas son adoptadas al tiempo de cierre del debate procesal cuando el juzgador debe resolver la causa y la providencia de “autos para resolver” se encuentra firme, por lo que cerrada la posibilidad de las partes de realizar actos tendientes a la confirmación de sus pretensiones, no se puede reabrir la instancia. Pero realmente no es así, debido a que la instancia se reabre desde el momento mismo en que el juez dispone de algunas de las facultades ordenatorias reguladas en la ley procesal civil, teniendo la parte a quien afecte esa medida y se trate de una prueba contundente del derecho del otro -no ofre-

-cida por el mismo- y sí introducida por el juzgador, se debe dar lugar al recurso interpuesto conforme el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, en pleno ejercicio del derecho a la defensa tal y como lo expresa también este literal b).

Literal c), puede ordenar con el mismo objeto -para esclarecer el derecho de las partes- “*otras diligencias necesarias*”, es decir cualquier diligencia -que se le pudiera ocurrir al juzgador- puede ser dispuesta por el mismo, siempre respetando el derecho de defensa de las partes, lo que conlleva a colegir que es

²⁶ *Ibidem* 14, pág. 77.

posible que tal medida pueda ser recurrida para su revisión en la instancia de Alzada en el caso que la misma haya sido adoptada para favorecer la pretensión de una de las partes litigantes en juicio. Esta facultad de “*otras diligencias necesarias*” puede comprender a través de una interpretación correctora extensiva, pruebas no ofrecidas y menos aun aportadas por las partes, sino que se trate propiamente de pruebas del juzgador, con lo que claramente el juez en lugar de ser juez es parte en el proceso, probando lo que el crea necesario o conveniente para la pretensión de las partes.

Literal d), el juzgador puede exigir confesión judicial a cualquiera de las partes (prueba de absolución de posiciones o llamada también confesión judicial) sobre cualquiera de los hechos de influencia (¿?), debiendo considerar qué hecho constituye un hecho de influencia en el marco de un juicio, la causa *petendi*, o cualquier hecho considerado por el juzgador y además concluye con la frase que “no resulten probados”²⁷, es decir, las partes quienes son las responsables e interesadas en obtener resultados positivos para sus pretensiones no probaron lo expuesto pero sí lo puede hacer el juzgador, pues esta medida puede ser adoptada si el hecho alegado no fue probado en tiempo procesal oportuno, es decir, durante la etapa probatoria de cualquier tipo de proceso (civil, laboral, niñez y adolescencia, contencioso-administrativo); e inclusive permite indagar aún con mayor insistencia y profundidad, ya que termina la redacción de este inciso con esta frase “*cualesquiera explicaciones que juzguen necesarias*”, de lo que se desprende que el juzgador realmente se convierte en un investigador y no en el director del proceso, erigiéndose en un buscador de la verdad real con total obsesión, que deja de lado e inclusive se vuelve una parte más en el proceso, y no ser sujeto procesal que es su propia esencia.

Literal e)²⁸, refiere la posibilidad de que el juzgador en uso de sus facultades oficiosas, o bien que las partes lo soliciten, la comparecencia de peritos o de testigos, sobre las pruebas periciales diligencias en autos, o sobre las testificales rendidas por estos testigos. En el capítulo referente a las pruebas -Código procesal civil- tanto las periciales como las testificales, el juzgador tiene amplias potestades para realizar consultas a los peritos sobre el contenido de sus dictámenes formulando preguntas, preguntas ampliatorias, repreguntas, sobre las explicaciones de los peritos, e igualmente a través de este inciso puede el juzgador volver a insistir sobre cuestiones que ya fueron convenientemente debatidas en la etapa procesal que correspondía -etapa probatoria- y no volver a insistir sobre el mismo debate ya desplegado. Misma situación procesal ocurre con la posición de los testigos, pues en el acto de la audiencia testifical el juez está obligado a estar presente conforme lo dispone el artículo 158 del Código de rito civil, de lo contrario la prueba es nula -realmente en el plano fáctico, no se produce la presencia del juez en las audiencias testificales, aun cuando la ley así lo ordene- y si el juzgador realmente estuviera presente en las audiencias testificales, esta facultad oficiosa resultaría absolutamente íbane, pues ya no tendría razón de ser su toma de decisión, debiendo considerársela superflua y como una intromisión más del juzgador al momento de la valoración de la actividad proba-

²⁷ Íbidem 14, pág. 321 y s.s.

²⁸ Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho procesal civil (La Ley, 2010), 188.

toria desplegada por las partes.

Literal f), con este inciso termina el listado de las amplísimas facultades oficiosas del juez paraguayo, lo que no conlleva a deducir que estos poderes de oficio se agoten en el artículo 18, pues a lo largo del Código procesal existen otras facultades de esta misma esencia; y es justamente en este último inciso donde se despliega el máximo poder probatorio del juez pues tiene la facultad de ordenar “*cualquier pericia, informe, reconocimiento, avalúo u otras diligencias que estimen necesarias*”, es decir, estamos ante un juez que “todo lo puede”, un juez todopoderoso, con poder omnímodo sobre la pretensión de las partes, que puede reencausar inclusive el caudal probatorio de una de ellas o de ambas. El fundamento de la legitimidad del juez²⁹ -en su toma de decisiones, más aun tratándose de estas medidas para mejor resolver- ha de situarse en la racionalidad de su decisión, en el procedimiento a través del cual ésta se produce y en la posición institucional de la judicatura, más que en la idea de que su voluntad es democrática y no autoritaria que precisamente de eso se trata las competencias oficiosas de un juzgador. La racionalidad pretende controlarse estableciendo para el juez la obligación de motivar todas sus resoluciones, no importa que se trate de una simple providencia, a excepción que la misma no implique consecuencias gravosas para las partes.

El sometimiento a la ley es una exigencia que se deriva precisamente de la función que socialmente se atribuye a los jueces³⁰. La resolución de conflictos a través del procedimiento judicial se diferencia, como fenómeno social, en que se articula sobre la base de un tercero que resuelve de acuerdo con reglas preexistentes y estas reglas al ser consideradas preexistentes son perfectamente conocidas por las partes antes del inicio del proceso en cuestión³¹, no debiendo ser cambiadas tales reglas por el juez. Ellas deben estar conforme al contenido del principio de legalidad, y esto se encuentra relacionado con la regla de que la actividad probatoria debe estar a cargo de las partes, ya sea para confirmar o para impugnar lo pretendido en el juicio, debiendo sólo ser de incumbencia de ellas partes probar lo que es de su exclusivo interés y no de interés del juez. Sí es de interés del juez la correcta aplicación de la ley tanto de forma como de fondo.

La sumisión a la ley significa que jueces y tribunales tienen la obligación de ejercer la función jurisdiccional decidiendo sobre la base de reglas preexistentes, aunque parece también que no se puede negar que la función social del Derecho implica que el sometimiento al Derecho trasciende el sometimiento a la ley y que los jueces introducen pautas para resolver que en ocasiones deben tenerse en cuenta en casos futuros. La independencia³² se orienta a dejar fuera las razones ajenas al Derecho que proceden de otras instancias, mientras la imparcialidad busca dejar fuera las razones ajenas al proceso que encuentran su origen en el propio juez. En este sentido es en el que se puede afirmar que la independencia

²⁹ *Ibidem* 14, pág. 146.

³⁰ No debe confundirse este requisito con el del gobierno por leyes, es decir, la exigencia de que la autoridad se rija por normas jurídicas de carácter general, público y obligatorio para toda la comunidad, más o menos, formales en cuanto a sus fuentes.

³¹ Ariel Álvarez Gardiol, *Manual de Introducción al Derecho*. 2da. Ed. Revisada, (Rosario Argentina: Juris., 1995), 180 y s.s.

³² Se encuentra relacionada con la obligación de fundar las resoluciones en la Constitución y en la Ley, sin posibilidad que elementos exógenos al proceso puedan influir en la decisión del Juzgador.

no puede significar autonomía del juez y en el que se puede considerar la independencia al servicio de la imparcialidad.

Desde una interpretación que pretende ser técnica y ajena a consideraciones axiológicas, la independencia judicial se justifica desde la atribución a su titular de la función de tutela del orden, que se orienta a impedir la ruptura del propio sistema. Desde esta concepción, el juez es el guardián de la legalidad, el que debe hacer realidad su existencia, y no violentar el mismo; si bien estas medidas (poderes oficiosos del juez) se encuentran claramente estipuladas en la Ley, esto no significa que deban ser dispuestas indiscriminadamente por el juez, sino a conciencia que las mismas pueden resultar beneficiosas para una de las partes litigantes, sin que las mismas las hayan impulsado o ni siquiera ofrecido.

Una de las cuestiones que el diseño institucional de la función de juzgar³³ y hacer ejecutar lo juzgado tiene que afrontar es la de la compatibilidad de la necesaria independencia de los jueces y magistrados que la ejercen, con el establecimiento de un sistema de recursos y la garantía de una cierta uniformidad, como exigencia de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, porque si fuere lo contrario, se estaría violentando el principio de igualdad imbricado con el de no discriminación. De lo expuesto, se tiene que el artículo 46 de la Constitución de la República del Paraguay, establece la igualdad como herramienta operativa fundamental para el ejercicio de los derechos (en el caso analizado, de los derechos procesales), y se prohíbe toda forma de discriminación, por lo que si tales medidas son adoptadas violentando -el propio juzgador- el requisito fundamental de la imparcialidad, se violenta a su vez el principio de igualdad procesal³⁴ de las partes involucradas en un juicio.

La imparcialidad supone que las razones de la decisión son distintas de los intereses de las partes, pues el juez no debe tener propiamente interés en la pretensión de las partes, sino su interés debe ser exclusivamente el de resolver el conflicto conforme la ley aplicable al caso en cuestión. En el Estado de Dere-

-cho, el criterio, que debe estar por encima de los intereses de las partes, pero que también pretende ser ajeno a los prejuicios del propio juez, es la ley. A pesar de que en este contexto la independencia del Poder judicial se orienta a que la decisión del juez en el caso concreto se realice teniendo en cuenta únicamente las razones que le brinda el Derecho, y coincide con la finalidad atribuida a la imparcialidad. De algún modo, bajo esta rúbrica tendría sentido incluir a todas aquellas garantías encaminadas a evitar que las presiones que el juez pueda recibir en relación con el asunto concreto que se sustancia, influyan en su decisión.

La idea de que los jueces deben ser neutrales en su toma de decisiones conduce en el extremo a negar su competencia para interpretar la ley -la Corte Suprema de Justicia reconoce expresamente en sus fallos de inconstitucional-

³³ Victoriano Antonio Rivas Fernández c/ Pedro Canaesi y otros s/ Reivindicación de inmueble, Acuerdo y Sentencia N° 601 (Corte Suprema de Justicia del Paraguay, 10 de agosto, 2011). "Las facultades ordenatorias e instructorias de los jueces para proveer, aún sin requerimiento de parte, cualquier diligencia que consideren necesaria para esclarecer su derecho no pueden utilizarse para suplir negligencia, incurria e indolencia de las mismas".

³⁴ "El Tribunal tiene facultades ordenatorias e instructorias suficientes para disponer traer a la vista, los testimonios de cualquier instrumento público que se halle inscripto en la Dirección General de Registros, a fin de esclarecer el derecho de los litigantes, sin que ello implique viciar el principio de igualdad procesal" (A.I. Nro. 348 del 09/07/1998).

dad que la facultad de interpretar es una competencia obligatoria del juzgador-. Efectivamente el modelo de juez decimonónico incorpora la prohibición de interpretación. Estas medidas pueden resultar sumamente útiles en el marco de un procedimiento, pero a la vez sumamente perjudiciales para una de las partes involucradas en el mismo, y en esencia las mismas resultan inconstitucionales, pues violentan principios de rango constitucional (igualdad, independencia, imparcialidad), por lo que debe reflexionarse sobre su continuidad en un Código de rito civil, o de lo contrario limitar las amplias facultades oficiosas de nuestros jueces, no sólo regladas en el mentado artículo 18³⁵, sino a lo largo del desarrollo del Código procesal civil y que riñe con las reglas elementales del garantismo judicial en el que las atribuciones jurisdiccionales se encuentran estrictamente limitadas en la ley. No se debe olvidar que el juzgador es el director del proceso -sujeto procesal-, pero no es parte en el mismo -no es de su interés ni incumbencia el resultado del mismo, pero sí es de su interés y obligación constitucional la aplicación irrestricta de la ley y el cumplimiento de los principios constitucionales y procesales, conforme el artículo 256 de la Constitución de la República del Paraguay-, por lo que su participación en el mismo debe ser estrictamente objetiva y las facultades oficiosas precisamente controvierten el garantismo judicial³⁶ en el que el juzgador debe limitarse a dirigir el procedimiento y no suplir la negligencia, impericia o ineficacia de las partes o de los abogados que las representan.

³⁵ "Si bien es cierto que la resolución en la incidencia de exclusión podía no hallarse firme, lo correcto y prudente hubiera sido que en uso de sus facultades ordenatorias, y teniendo a la vista un hecho que podría resultar esclarecedor y determinante para la decisión del pleito, el juez solicite a la vista el expediente sobre el incidente de exclusión del bien de la sucesión, y aguardar en todo caso que recaiga un pronunciamiento firme en la mencionada incidencia. ...". (Ac. y Sent. Nro. 848/2017, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Py.).

³⁶ "... Como es sabido, en nuestro sistema procesal civil rige como regla el principio dispositivo, pero atenuado por las facultades ordenatorias e instructorias previstas en el Art 18 del C.P.C., que acuerda a los juzgadores la potestad de complementar o integrar de oficio el material probatorio del proceso. Se ha dicho que "...El objeto de las medidas de mejor proveer es formarse conciencia sobre el punto que se ha de resolver, aclarar dudas y completar información" (Sentís Melendo, Santiago. "Estudios de Derecho Procesal", Ejea, Bs. As., 1967, pág. 333). Las medidas de mejor proveer no están orientadas a sustituir la carga probatoria de las partes, sino que constituyen medidas de esclarecimiento complementarias del material probatorio del proceso, a las que puede acudir el juez cuando las considere indispensables para dilucidar el derecho de los litigantes. Ahora bien, el ejercicio de estas facultades reconoce como límites en todo caso, el principio de igualdad y defensa en juicio, por cuya efectiva vigencia debe velar siempre el juez como director del proceso. (...) Ahora bien, el ejercicio irregular o abusivo de estas facultades, o fuera del marco procedimental, en todo caso, puede y debe ser impugnado por las vías procesales pertinentes, pudiendo incluso llegado el caso, acudir el agraviado por vía de inconstitucionalidad. Si en este caso, las medidas de mejor proveer fueron dictadas en el marco de un procedimiento irregular, o en violación de normas procedimentales, el accionante tenía a su alcance los resortes recursivos pertinentes que debía agotar para hacer prevalecer el orden y la regularidad en la tramitación de la presente causa. De hecho que de haber logrado el apartamiento de la jueza mediante la recusación, tampoco hubiera logrado restablecer en todo caso, la regularidad procesal. ...". (Ac. y Sent. Nro. 1756/2016, Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Py.).

BIBLIOGRAFÍA

- - Alvarez Gardiol, Ariel. 1995. *Manual de Introducción al Derecho*. Rosario, Argentina: 2da. Ed. Juris.
- - Anteproyecto de Código Procesal Civil. (1987). Edit. El Foro.
- - Berizonce, Roberto. 2008. *El proceso civil en transformación*. La Plata, Argentina: Edit. Platense.
- - Calamandrei, Piero. 1962. *Estudios sobre el Proceso Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina: Ejea.
- - Calamandrei, Piero. 1960. *Proceso y Democracia*, trad. H. Fix Samudio, Buenos Aires, Argentina: Ejea.
- - Calamandrei, Piero. 1962. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina Ejea.
- - Carnelutti, Francesco. 1997. *Instituciones del Proceso Civil*, Volumen I. Buenos Aires, Argentina: El Foro.
- - Carnelutti, Francesco. 2006. *Cómo se hace un proceso*. México: Colofón.
- - Chiovenda, Giuseppe. 1922. *Principios de Derecho Procesal Civil*, 1ra. Ed. Madrid, España: Edit. Reus.
- - Couture, Eduardo J. 1976. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- - Couture, Eduardo J. 2010. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- - Couture, Eduardo J. (2010): *Fundamentos del derecho procesal*, Buenos Aires, La Ley.
- - Código de la Niñez y la Adolescencia Ley 1680/01.
- - Código Procesal Civil del Paraguay Ley 1.337/88.
- - Código Procesal Laboral del Paraguay Ley 742/61.
- - Constitución de la República del Paraguay. 1992.
- - Cristaldo Montaner, Jorge D. 2021. *Terminación del contrato de trabajo*. Asunción, Paraguay: Fides.
- - Cueto Rúa, Julio C. 2000. *Una visión realista del derecho. Los jueces y los abogados*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- - De Santo, Víctor. 1991. *Diccionario de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Argentina: Edit. Universidad
- - De Vicente y Caravantes, José. 1856. *Tratado histórico, crítico, filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil*. Madrid, España: Imprenta de Gaspar y Roig.
- - Devis Echandía, Hernando. 1966. *Nociones generales de derecho procesal civil*. Madrid, España: Aguilar.
- - Devis Echandía, Hernando. 1997. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires, Argentina: Universidad.
- - Díaz Cabiale, José A. 1996. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada, España: Comares.
- - Fairén Guillén, Víctor. 1990. *Doctrina general del derecho procesal*. Barcelona, España: Bosch.
- - Gozaíni, Osvaldo. 2015. *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- - Herrendorf, Daniel E. 1994. *El poder de los jueces*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- - Landoni Sosa, Angel. 2010. "Activismo y garantismo en el proceso civil moderno". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Nro. Extraordinario: 205.

- - Lorenzetti, Ricardo. 2006. *Teoría de la decisión judicial. Fundamento de derecho*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- - Loutayf Ranea, Roberto dir. 2014. *Principio dispositivo*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- - Masciotra, Mario. 2014. *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- - Morello, Augusto M. 2001. *El proceso civil moderno*. La Plata, Argentina: Platense.
- - Nieva Fenoll, Jordi. 2010. *La valoración de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.
- - Ossorio, Manuel. 1978. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- - Palacio, Lino E. 2002. *La reforma procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
- - Palacio, Lino E. 2010. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- - Palavecino, Claudio. 2011. *El retorno del inquisidor. Crítica a la iniciativa probatoria judicial*. Asunción, Paraguay: La Ley Paraguaya.
- - Parra Quijano, Jairo. 2004. *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá, Colombia: Temis.
- - Peyrano, Jorge W. Director. 2005. *Cuestiones procesales modernas*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- - Proyecto de Código Procesal Civil y Exposición de Motivos. 1973. *Comisión Nacional de Codificación*, Asunción, Paraguay.
- - Rivas, Adolfo A. 2005. *Teoría general del derecho procesal*. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis.
- - Rocco, Alfredo. 2003. *La sentencia civil*, tr. M. Ovejero. Buenos Aires, Argentina: El Foro.
- - Rodríguez Urraca, José. 1968. *Autoridad del juez y principio dispositivo*. Valencia: Universidad de Carabobo.
- - Soler, Juan José. 1954. *Introducción al Derecho Paraguayo*. Madrid, España: Edic. Cultura Hispánica.
- - Taruffo, Michelle. 2009. *Páginas sobre justicia civil*, tr. M. Aramburo Calle. Madrid, España: Marcial Pons.
- - Corte Suprema de Justicia del Paraguay, www.pj.gov.py.

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CIVIL PARAGUAYO

María Fernanda Almada Vega¹

RESUMEN: El derecho procesal contempla la medida cautelar como una herramienta de prevención procesal donde se conjugan la necesidad de respuesta inmediata con el respeto del debido proceso. El instituto de la medida cautelar se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Civil de manera general, dispersa y abstrusa, originando de tal forma a los encargados de aplicar la ley una gran confusión conceptual y situacional al momento de dictar resoluciones acerca de las mismas. Este problema sigue creando muchas incertidumbres en la actividad del derecho, debido a que día tras día aumentan las resoluciones que contienen criterios distintos como consecuencia de la carencia de una regulación clara, y de tal manera, estos factores obligan a un examen de las normas que intentan reflejar un fenómeno, en rigor de verdad, más amplio de lo que habitualmente recogen. El presente ensayo busca dilucidar acerca de las medidas cautelares, sus características principales, buscando hacer hincapié a los requisitos esenciales para su procedencia, en virtud a que el artículo que los regula, es la columna vertebral de las medidas cautelares, de ahí su importancia.

PALABRAS CLAVES: Medida cautelar, judicial, provisional, perjuicio, sentencia, proceso.

ABSTRACT: Procedural law contemplates the precautionary measure as a procedural prevention tool where there is a need for an immediate response combined with respect for due process. The institute of the precautionary measure is regulated in our Civil Procedure Code in a general, dispersed and abstruse manner, thus causing great conceptual and situational confusion for those in charge of applying the law when issuing resolutions about them. This problem continues to create many uncertainties in the activity of the law, due to the fact that resolutions containing different criteria increase day after day as a consequence of the lack of a clear and concise regulation on the subject, and in such a way these factors force an examination of the norms that try to reflect a phenomenon, strictly speaking, broader than what they usually collect. This essay seeks to elucidate about precautionary measures, its main characteristics, seeking to emphasize the essential requirements for its origin, by virtue of the fact that the article that regulates them is the backbone of precautionary measures, hence its importance.

KEYWORDS: Precautionary, judicial, provisional measure, prejudice, sentence, process

Fundamento, el punto de partida

Antes de iniciar a ahondar sobre las medidas cautelares, es importante encontrar un punto de partida: el fundamento de las mismas. Es sabido que Paraguay es un Estado social de derecho donde todas las personas, instituciones y entidades públicas o privadas se encuentran sometidas a las leyes promulgadas, las cuáles son cumplidas al pie de la igualdad de manera totalmente independiente. La creación de este Estado de derecho supone la renuncia de los ciudadanos de hacer justicia por mano propia por lo que, en consecuencia, nos vemos obligados a acudir a los poderes del estado para reclamar nuestros derechos.

¹ Estudiante del 5to año de la carrera de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica de Asunción. Miembro suplente del Consejo Editor Redactor de la Revista Jurídica UC 2023.-

Paraguay, en su Constitución Nacional, en el artículo 15 establece: “Nadie podrá hacer justicia por sí mismo ni reclamar sus derechos con violencia, pero se garantiza la legítima defensa”.²

Ante la aparición de conflictos que se suscitan día tras día en nuestra sociedad, producto de la coexistencia y convivencia de las personas, existen diversos medios de resolución de conflictos que pueden ser utilizados, siendo el medio más común en nuestro país el proceso judicial, sin perjuicio de los medios alternativos de resolución de conflictos -la mediación, la negociación, la conciliación, el arbitraje. La aparición de un Estado de derecho civilizado acarrea consigo la necesidad de buscar la resolución de conflictos a través de mecanismos lógicos, racionales y pasivos.

En ese orden de ideas, dentro de un proceso judicial, se destacan las medidas cautelares, que son dictadas en el mismo con el fin de asegurar la eficacia de la sentencia. Y, ¿por qué son dictadas dentro de un proceso judicial? Esto resulta así, pues no se puede esperar todo el tiempo que conlleva normalmente el proceso. Son dictadas dentro del marco de un juicio puesto que, desde el momento del inicio de un juicio y el pronunciamiento de la sentencia, resolución que pone fin al mismo, transcurre mucho tiempo y sobrevienen hechos que pueden perjudicar la eficacia del cumplimiento de la sentencia. Como manera de prevenir cualquier situación que vulnere el derecho del debido proceso, el derecho procesal brinda esta herramienta para prever la producción de un daño. “Las medidas cautelares están destinadas, más que a hacer justicia, a dar tiempo a que la justicia llegue”³. Busca que la justicia no sea burlada, haciendo imposible su cumplimiento.

Las medidas cautelares

Siendo las medidas cautelares un elemento muy útil dentro de los procesos judiciales y estudiando el otorgamiento de estas por parte de nuestros jueces de manera continua, abusiva y podría decirse hasta incorrecta, fue el motor que me impulsó a dedicar unos días de lectura y análisis sobre las mismas.

Las medidas cautelares se encuentran legisladas en nuestro derecho paraguayo en el Código Procesal Civil, en el libro IV, de los juicios y procedimientos especiales, aunque también se encuentran previstas en el Código Civil Paraguayo⁴.

Entonces, ¿qué son las medidas cautelares? “Las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo”⁵. Se disponen con el fin de asegurar el resultado de la resolución que se dictará en el juicio. Ya decía

² Constitución Nacional del Paraguay, art. 15.

³ Hernán C. Pagano, Código Procesal Civil Comentado y Concordado (Asunción, Paraguay: La ley paraguaya, 2008), 1213.

⁴ Arts.171, 267, 272, 1827,2501.

⁵ Raúl Martínez Botos, Medidas Cautelares, (Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad, 1990) ,27-29.

Couture: “Dícese de aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo”⁶. Estas son medidas de “seguridad” o de “cautela” porque surgen antes de que sea declarada la voluntad de ley que garantiza un bien o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación práctica.

Como bien enseña la Magistrada María Mercedes Boungermini⁷, la medida cautelar supone una anticipación a la garantía constitucional de defensa de los derechos y tiene como fin principal evitar perjuicios eventuales a los litigantes presuntos titulares de derechos subjetivos. Estas tienden a impedir que el derecho a ser obtenido futuramente pierda su virtualidad durante el tiempo que dura el proceso judicial, ya que, como es sabido, la justicia tardía no es justicia. La medida cautelar en sí responde a una necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico.

Características

Tal como mencione en líneas precedentes, las medidas cautelares tienen como fin preservar el cumplimiento de la sentencia y asegurar los efectos prácticos de la misma. Una gran parte de la doctrina coincide que las medidas cautelares comprenden tres características principales: instrumentalidad, provisionalidad e inaudita parte, es decir, unilaterales. A continuación, pasaremos a explicar de manera breve cada una de ellas:

Instrumentalidad: las medidas cautelares poseen carácter de instrumentales o accesorias debido a que se encuentran subordinadas a la existencia de otro juicio principal. “La petición cautelar busca lograr una decisión cuyo único fin es precautelar o asegurar la eficacia de otra decisión judicial, la cual será ya definitiva y autosuficiente”⁸. Estas no pueden ser dictadas sino en función a un proceso principal, ya que carecen de toda autonomía e independencia, es por eso que entre la pretensión cautelar y la pretensión principal debe existir coherencia y conexidad. Es instrumental pues sirve para un propósito determinado, no tiene un fin en sí mismo. En nuestro ordenamiento, se entiende que las medidas cautelares van ligadas siempre a una pretensión actual o futura y esto viene recogido en el artículo 700 del Código Procesal Civil.

Provisionalidad: esta característica se asocia con la instrumentalidad. En vista a que las medidas cautelares son de carácter accesorio es que estas no tienen vocación de estabilidad en el tiempo. “Las medidas cautelares pueden modificarse o suprimirse si cambian de circunstancias dadas al tiempo de decretarlas”⁹. El artículo 697 del Código Procesal Civil regula sobre la provisionalidad de las medidas cautelares y, así también, establece que las medidas cautelares

⁶ Eduardo Couture, Estudios de Derecho Procesal Civil, (Buenos Aires, Argentina, 1979).

⁷ Corte Suprema de Justicia, María Mercedes Boungermini, “Medidas cautelares”, consultado 23 de mayo, 2023, <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Boungermini-Medidas-Cautelares.pdf>.

⁸ Sebastián Irún Croskey, “Medidas cautelares y debido proceso”, (tesis de postgrado, Universidad Americana, Asunción, 2009).

⁹ Corte Suprema de Justicia, María Mercedes Boungermini, “Medidas cautelares”, consultado 23 de mayo, 2023, <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Boungermini-Medidas-Cautelares.pdf>.

subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron. Asimismo, por la flexibilidad de las mismas, una vez decretadas por el juez, estas pueden ser modificadas, ampliadas, reducidas o sustituidas, siempre y cuando el solicitante justifique que no cumplen con la función de garantía a que está destinada. En ese contexto entonces, tenemos que las medidas cautelares ya decretadas en el marco de un proceso judicial pueden ser revisadas con posterioridad y también solicitadas nuevamente en el caso de que hayan sido denegadas.

No esta demás mencionar que al ser estas provisionales, sus efectos siguen esa misma suerte. No son definitivos, absolutos ni irreversibles.

Inaudita parte: En lo que refiere a medidas cautelares, estas son dictadas de manera unilateral sin perjuicio de que el afectado pueda discutir su procedencia, deben ser cumplidas sin más trámites. Es sumario, hay ausencia de debate y son decretadas por el juez únicamente con la información que provee una sola de las partes, es decir, sin audiencia previa del eventual afectado. Esto resulta así porque no resuelve sobre la cuestión de fondo y tampoco influye sobre el derecho que debe ser declarado por la sentencia. El hecho de que la medida cautelar sea decretada inaudita parte no es sinónimo de violación del derecho a la defensa puesto que el "afectado" posteriormente puede impugnar la medida o solicitar su modificación o levantamiento.

Esta característica guarda relación con uno de los requisitos para su procedencia; la contracautela. Si la medida cautelar fuera decretada sin derecho o con abuso de derecho, esta cumple la función de resarcir los daños ocasionados. Más adelante explicaremos sobre ella.

Requisitos para su procedencia

Como regla general, nuestro ordenamiento normativo establece los presupuestos que, según la naturaleza de la medida solicitada, debe cumplir quien petitiona el dictado de una medida cautelar de urgencia, cualquiera fuera ella. Estos presupuestos genéricos exigidos se encuentran enunciados en el artículo 693 del código de forma. El poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren, y por ello la resolución que otorga la medida cautelar se concede cuando existan en autos medios de pruebas que constituyan presunción grave de la existencia del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo.

El artículo 693 del Código Procesal Civil exige la concurrencia de tres requisitos: 1) verosimilitud del derecho, 2) peligro en la demora y 3) contracautela. Si existe verosimilitud del derecho y no así peligro en la demora y contracautela, la medida solicitada debe ser rechazada y viceversa con los demás requisitos exigidos, teniendo en cuenta que, para que esta sea posible debe reunir imprescindiblemente los tres requisitos. Estos no actúan de manera independiente ni aislados, sino que deben ser concomitantes. Aquí es donde, en nuestra realidad tribunalicia, se observa un gran apartamiento por parte de los jueces de lo esta-

blecido en la ley, puesto que en diversas ocasiones otorgan medidas cautelares a situaciones que no reúnen los requisitos exigidos y, en consecuencia, la resolución que las ordena, se vuelve objeto de recurso de apelación. Por ello considero de suma importancia hablar clara y brevemente, en líneas siguientes, de cada uno de estos requisitos.

Verosimilitud del derecho: presupuesto genérico subjetivo, *fumus boni iuris*, humo del buen derecho. Se pretende que la medida solicitada sea a simple vista verosímil, aparente, creíble. Para Hernán Casco Pagano, verosimilitud no es sinónimo de certeza, sino que significa que el derecho que se invoca tenga apariencia de verdadero¹⁰. Este requisito aparece como un preventivo cálculo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del accionante correspondiendo analizar los recaudos o elementos presentados con el escrito de solicitud de la medida cautelar. Acreditar la verosimilitud del derecho no acarrea consigo la necesidad de analizar sobre el fondo de la cuestión, únicamente supone apreciar de manera provisional el mérito de la pretensión, la cual no tiene injerencia sobre lo que se efectuará en la sentencia.

Palacio y Alvarado Velloso, lo definen de la siguiente manera:

*“De allí que, para obtener el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el autor, en forma tal, que, de conformidad con el cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declara la certeza de ese derecho”*¹¹.

Al momento de analizar la verosimilitud del derecho, teniendo en cuenta el carácter sumario de la medida, el juez debe limitarse a juzgar con prudencia únicamente con los elementos proporcionados por el solicitante de la medida, el cual puede ser respaldado a través de una información sumaria de testigos. La verosimilitud del derecho supone una aproximación a la verdad.

En suma, por lo general la prueba de la verosimilitud del derecho se encuentra supeditada a la discrecionalidad de la autoridad jurisdiccional, quien la apreciará conforme a las reglas de la sana crítica, salvo aquellas presumidas por ley.

Peligro en la demora: otro de los requisitos indispensables de la medida cautelar es el peligro en la demora. Afirman los doctrinarios del derecho que este es el requisito por excelencia de la medida cautelar. El peligro en la demora consiste en un perjuicio irreparable que de una u otra manera amenace la efectividad del proceso tornando ilusoria e ineficaz la sentencia. Existe peligro en la demora siempre y cuando la sentencia definitiva demore en ser dictada tanto que en la práctica ya no sea posible hacerla efectiva, y también toda vez que sea necesaria la adopción urgente de la medida con el objetivo de evitar la inminencia de un daño irreparable. *“Junto con la verosimilitud del derecho, constituye requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar el peligro probable de que*

¹⁰ Hernán C. Pagano, Código Procesal Civil Comentado y Concordado (Asunción, Paraguay: La ley paraguaya, 2008), 1219.

¹¹ Lino E. Palacio y Adolfo A. Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, (Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, 1989), 35.

la tutela jurídica definitiva que el autor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse..."¹². Este requisito debe poseer un carácter objetivo y debe ser real pues su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si existiese, bien por la tardanza en la tramitación de la acción, o bien por los hechos del accionante durante ese tiempo, tendientes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia. El juez debe examinar si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el hecho dañoso. En teoría y según lo regulado en nuestro código de forma, este requisito debe ser acreditado de manera sumarial al momento de solicitar la medida cautelar, teniendo como herramientas para tal efecto cualquier medio de prueba. Sin embargo, en la práctica, es suficiente la mera manifestación por parte del interesado de los motivos por los cuales considera que la sentencia podría ser ilusoria.

Contracautela: Por último, pero no menos importante, la contracautela. La contracautela es la caución exigida al peticionante de la medida cautelar con la finalidad de asegurar la obligación de pagar los daños y costas que se generen en caso de que la medida haya sido decretada sin derecho. Caución significa prevención, precaución, seguridad de que se cumplirá con lo pactado o prometido. En cuanto a la contracautela, Alvarado Velloso por su parte enseña que, la palabra cautela, refiere a la "caución que debe otorgar el solicitante de la cautela para garantizar el pago de la reparación indemnizatoria por el eventual daño que su efectivización provoque al afectado por ella".¹³ En este presupuesto de la medida cautelar se refleja la existencia del principio de igualdad procesal, en vista de que la medida es de carácter unilateral, por tanto debe existir un mecanismo de reparación de daños para el afectado, en el caso de que no le asistiera derecho a la medida otorgada. La medida es inaudita parte, pero la contracautela compensa la falta de bilateralidad igualando a las partes. Esta actúa como compensadora de la desventaja en que se encontró quien no fue parte en la solicitud de la medida.

En cuanto al tipo y monto de contracautela, el artículo 704 del CPC dispone que estos serán graduados por el Juez competente o Tribunal y deben ser proporcional a la verosimilitud del derecho y a las circunstancias del caso. Asimismo, es menester mencionar que, en cualquier estado del proceso, la parte contra quien se hubiere hecho efectiva una medida cautelar podrá solicitar que se mejore la caución, toda vez que demuestre de manera sumaria que la misma es escasa. Refiriéndonos a la contracautela, esta puede ser de dos maneras; real o personal. De carácter real puede ser la prenda, hipoteca, depósito judicial,

warrants, entre otros y personal, el aval, la fianza de un tercero solvente, la fianza bancaria. Al haber llegado a este punto, es importante mencionar la figura de la caución juratoria, la cual fue admitida de manera ilógica por el antiguo Código Procesal Civil y aceptada por nuestros jueces en tiempos pasados pero que en la actualidad carece de sustento jurídico por no cumplir con el doble fin de res-

¹² Lino E. Palacio, Derecho Procesal Civil, (Buenos Aires, Argentina, tomo VIII 1985), 34.

¹³ Adolfo A. Velloso, Curso de Derecho Procesal Civil, (Asunción, Paraguay, Ed. La ley paraguaya, 2010), 840.

guardo que debe tener dicha caución. La caución juratoria es la mera manifestación que realiza el solicitante de la medida cautelar de hacerse responsable de los posibles daños y perjuicios que pudiera ocasionar la medida si fuera decretada sin derecho. Como contracautela, es insuficiente e inefectiva debido a que la promesa no garantiza la eventual responsabilidad pecuniaria del peticionario. La caución juratoria tuvo transcendencia en el ámbito moral, es una garantía moral y no material. Aceptar la caución juratoria como contracautela no tiene razón de ser, vale tanto como no exigir cautela alguna pues no agrega nada a la responsabilidad original del peticionante.

Exención de la contracautela

En líneas precedentes vimos que uno de los presupuestos para el otorgamiento de la medida cautelar es la contracautela. Buceando un poco a más acerca de la misma y siguiendo ese orden de ideas, encontramos un instituto especial regulado en nuestro código de rito; la exención de la contracautela. El artículo 705 de este establece quienes estarán exentos de otorgar una contracautela al momento de solicitar una medida cautelar. Respecto al tema, el artículo dispone que: “No se exigirá caución, si quien obtuvo la medida fuere: a) el Estado, una de sus reparticiones, una Municipalidad o persona reconocidamente abonada, conforme a lo dispuesto por el Código Civil o leyes especiales; o b) persona que actuare con beneficio de litigar sin gastos, o eximida de la obligación por este Código”¹⁴. Este artículo contempla la excepción a la regla teniendo en cuenta las características en los atributos de la persona de quien la solicita. En el inciso primero, porque se presume la solvencia del Estado y la de sus reparticiones o entes autárquicos y consecuentemente podrán responder por los daños ocasionados, como del mismo modo lo hará la persona reconocidamente abonada, persona considerada como tal por poseer bienes conocidos o una fortuna indiscutible. Esta persona puede ser física o jurídica. En la segunda parte del artículo 705, se tiene en cuenta la precariedad de la persona que solicita la medida, es indudable que una persona que actúa con beneficio de litigar sin gastos no tiene el sustento económico para otorgar contracautela. La exención, en casos como este, dura hasta que la persona beneficiada mejore su patrimonio. Igualmente, en ambos casos, deberán cumplir con las condiciones de acreditar la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

Competencia para dictar la medida cautelar

El artículo 703 del Cód. Proc. Civ. establece: “Los jueces deberá excusarse de oficio de decretar medidas precautorias en asuntos en que el conocimiento de la causa no fuere de su competencia, pero en caso que de lo hicieren, serán válidas, siempre que hubiesen sido dictadas con arreglo a las disposiciones de este Código y sin que esto importe prórroga de su competencia para entender en el juicio que deba iniciarse en adelante”¹⁵. No está de más hablar de manera breve sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales para dictar una medi-

¹⁴ Código Procesal Civil, ley 1337/88, art.705.

¹⁵ Código Procesal Civil, ley 1337/88, art.703

da cautelar. Si bien el artículo 703 es claro cuando dispone que los jueces deben apartarse de entender en medidas cautelares en asuntos que no les compete, si un juez incompetente decreta una medida cautelar, pero la misma fue dictada con arreglo a las disposiciones del CPC, la medida será válida sin perjuicio de la prórroga de su competencia para entender en el juicio principal. Este supuesto es una excepción prevista por nuestro código de forma, dado que, la regla es que toda resolución dictada por juez incompetente, carece de valor.

Inscripción de la medida cautelar

Una vez expuesto el concepto de la medida cautelar, sus características principales y los presupuestos para su procedencia, es de gran relevancia referirnos a un aspecto importante del procedimiento cautelar: su inscripción en la Dirección General de los Registros Públicos. En el apartado pertinente sobre las medidas cautelares, nada dice nuestro Código Procesal Civil sobre la inscripción de las mismas, sin embargo, de manera difusa en algunos artículos del mismo cuerpo legal se menciona la necesidad imperante de la inscripción de la medida cautelar en el debido registro. Esto resulta así, pues, la oponibilidad de las medidas cautelares ante terceros, dependerá de que estas tengan una publicidad adecuada.

Ahondando un poco más sobre la cuestión, encontramos que el Reglamento General Técnico Registral de la Dirección General de los Registros Públicos, en su artículo 61, inciso a, establece que las medidas cautelares son actos susceptibles de anotación. En concordancia, el artículo 64 del mismo cuerpo legal establece que la anotación preventiva de la medida cautelar surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de la anotación, salvo que la ley disponga lo contrario. Esta inscripción procederá siempre y cuando haya sido ordenada judicialmente.

La caducidad de las medidas cautelares y la extinción registral

*“Las medidas cautelares pueden cesar por caducidad y también por vencimiento del plazo”*¹⁶. Así, el artículo 700 del Código Procesal Civil reza: *“Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubiere ordenado y hecho efectivas antes del proceso, si, tratándose de obligación exigible, no se interpusiere la demanda dentro de los diez días, siguientes al de su traba...”*¹⁷. Si una medida cautelar fuere solicitada antes de promover la demanda y el solicitante de la misma no promueve la pretensión principal dentro de los 10 días siguientes al de la traba, la medida cautelar caducará de manera automática, es decir, ipso jure, por el solo vencimiento del plazo y sin necesidad de petición de parte. El fundamento de dicho artículo radica en que no puede existir una medida cautelar de manera indefinida, que no sea funcional a una pretensión principal. Asimismo, se busca precautelar los derechos de la persona a quien afecta la medida y evitar posibles perjuicios que pueda generar la subsis-

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, María Mercedes Buongermini, “Medidas cautelares”, consultado 18 de julio, 2023, <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Buongermini-Medidas-Cautelares.pdf>.

¹⁷ Código Procesal Civil, ley 1337/88, art.700.

tencia de esta. Ilógico sería la continuidad de la medida cautelar si de parte del solicitante existiera desinterés.

Otra manera de extinción de la medida cautelar tiene relación con la inscripción registral de la misma. Al respecto, el artículo 701 del CPC dispone que la medida cautelar registrable se extinguirá de pleno derecho a los 5 años, a contar desde la fecha de la inscripción en el registro respectivo, salvo que por orden judicial y a petición de parte, se reinscribiera antes del vencimiento del plazo. En cuanto al efecto de la caducidad, el artículo ut supra mencionado dispone que será de "pleno derecho", esto supone que, al cumplirse los 5 años, de manera automática, debería de procederse al levantamiento de las medidas cautelares. No obstante, la realidad de nuestros tribunales es distinta, debido a que, los registros respectivos no levantan las medidas sin orden judicial. Asimismo, los artículos 302 y 303 del Código de Organización Judicial regulan sobre este instituto.

Conclusión

Resulta plausible que el C.P.C. paraguayo prevé los presupuestos generales para el decreto de las medidas cautelares de manera amplia y vaga. A lo largo de este ensayo vimos que para establecer la procedencia de cualquier medida cautelar es necesario reunir tres requisitos: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la contracautela. No cabe duda que el artículo que regula sobre los supuestos para su procedencia adolece de deficiencia cuando son llevadas a la práctica, puesto que, se ha dejado a discrecionalidad del juez la apreciación de la verosimilitud del derecho y la fijación de la contracautela. Por tanto, es de crucial importancia que los jueces, al momento de decretar las medidas cautelares, aprecien con un criterio restrictivo y prudente. Así, la medida cautelar importa anticipar una tutela jurisdiccional, la cual debe ser decretada cuando la pretensión aparece fundada y de éxito probable. Las medidas cautelares son herramientas de gran utilidad, siempre y cuando sean utilizadas con arreglo a derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarado Velloso, Adolfo, 2010. *Curso de Derecho Procesal Civil*, Asunción, Paraguay: Ed. La ley paraguaya.
- *Código Civil Paraguayo*
- *Código Procesal Civil Paraguayo*
- *Constitución Nacional del Paraguay*
- Corte Suprema de Justicia, María Mercedes Buonghermini, "Medidas cautelares" <https://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/procesal/Mar%C3%ADa-Buonghermini-Medidas-Cautelares.pdf>
- Couture, Eduardo, 1979. *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina
- Irún Croskey, Sebastián, y otros, 2015. *Código Procesal Civil Comentado*, Asunción, Paraguay: La ley paraguaya.
- Irún Croskey, Sebastián "Medidas cautelares y debido proceso", (tesis de postgrado, Universidad Americana, Asunción, 2009)
- Martínez Botos, Raúl, 1990. *Medidas Cautelares*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Universidad.
- Pagano C. Hernán C., 2008. *Código Procesal Civil Comentado y Concordado* Asunción, Paraguay: La ley paraguaya.
- Palacio, Enrique Lino, 1985. *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Argentina, tomo VIII.
- Palacio, Enrique Lino y Alvarado Velloso, Adolfo, 1989. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CONFESIÓN FICTA

Abel M. Cabrera Agüero¹

RESUMEN: La garantía a la no autoincriminación es el derecho fundamental que ofrece nuestra Constitución Nacional para la defensa en juicio, rige tanto para el Proceso Penal, como para el Proceso Civil. En ese sentido la confesión ficta establecida en el Código Procesal Civil de Paraguay (LEY N° 1337/1988), que implica considerar que una parte ha confesado los hechos en su contra por no comparecer a absolver posiciones o por su negativa a responder de forma categórica o de sus respuestas evasivas, puede ser vista como una violación a la garantía de no autoincriminación contemplada en el Artículo 18 de la Constitución Nacional Paraguaya de 1992. En respuesta a la inobservancia del Principio de Supremacía Constitucional, nuestra ley prevé la Inconstitucionalidad como auxilio ideal para estos casos. Invitar a los lectores a reflexionar sobre la confesión ficta en el Código Procesal Civil Paraguayo, y la garantía a la no autoincriminación, es el único fin de este trabajo.

PALABRAS CLAVES: Confesión, confesión ficta, restricciones de la declaración, defensa en juicio, derechos procesales.

ABSTRACT: The guarantee against self-incrimination is the fundamental right offered by our Constitution for the defense in trial, and applies both to Criminal and Civil Proceedings. In this sense, the fictitious confession established in the Civil Procedural Code of Paraguay (LAW N° 1337/1988), which implies considering that a party has confessed the facts against him for not appearing to interrogations or for his refusal to answer categorically or his evasive answers, can be seen as a violation of the guarantee of non-self-incrimination contemplated in Article 18 of the Paraguayan National Constitution of 1992. In response to the non-observance of the Principle of Constitutional Supremacy, our law provides for Unconstitutionality as the ideal remedy for these cases. The sole purpose of this paper is to invite the readers to reflect on the fictitious confession in the Paraguayan Civil Procedure Code and the guarantee against self-incrimination.

KEY WORDS: Confession, statement restrictions, trial defense, procedural rights.

SUMARIO: I- Nociones preliminares, II- Concepto, III- Interpretación sistemática extensiva. IV- Conclusiones desde una perspectiva constitucional del proceso civil. Bibliografía.-

Nociones preliminares

El Código Procesal Civil Paraguayo fue aprobado y sancionado por el Congreso por Ley N° 1337 del 20 de octubre de 1988 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 4 de noviembre de 1988, entrando en vigencia al año de su promulgación (Art. 837, CPC) derogando el Código de Procedimientos en materia Civil y Comercial del año 1883 (Art. 838, CPC). Todo esto, estando en vigencia la Constitución Nacional de 1967 y el contexto histó-

¹ Alumno del Quinto Curso segunda sección de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción".

rico que hacia al régimen del General Alfredo Stroessner.

El 20 de junio de 1992 representó un momento crucial en la transición de la democracia, con el juramento de la nueva Constitución ante el Congreso por los tres poderes del Estado.

La Constitución Nacional de 1992 contiene un amplio y heterogéneo catálogo de garantías y derechos fundamentales, tales como el Derecho a la defensa en juicio (Art. 16, C.N) y la garantía a la no autoincriminación (Art. 18, C.N).

“La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable” reza el primer estribillo del Art. 16 de la Constitución Nacional, esta disposición asegura la inviolabilidad del derecho de toda persona ante la Justicia para la libre defensa de sus derechos; la que será conocida y valorada por los jueces cuya jurisdicción y competencia deberán estar predeterminadas por la ley. El Art. 17 introduce una serie de Derechos Procesales que no se agotan solo en el Proceso Penal, los derechos allí enunciados tampoco agotan los Derechos Procesales aunque no estén establecidos en la Constitución. A su vez el Art. 18 dice: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” es un derecho que defiende la voluntad de la parte de confesar o declarar algo, o negarse a prestar declaración o confesión.

Estos articulados responden a un derecho humano de primera generación “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica”. Entonces, utilizando el esquema piramidal **kelseniano** consagrado en el Principio de Supremacía Constitucional² y en atención a la doctrina comparada, entendemos como necesarios el respeto a estos derechos en toda clase de proceso.

Es por eso que el proceso es el método de debate reglado por la ley, y que tiene por fin la resolución del conflicto por una sentencia judicial que se ajuste al universo normativo, y estas normas procesales deben girar en torno al amparo y salvaguarda de las garantías que ofrece nuestra Constitución Nacional. En el estadio probatorio, nuestro Código Procesal Civil consagra en su capítulo III la figura de la confesión judicial ficta, cuestión que creemos, es Inconstitucional.

Concepto

La confesión consiste en la declaración que una persona hace de un hecho

² Constitución Nacional, Artículo 137: La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado

susceptible de producir consecuencias jurídicas a su cargo. La confesión siempre ha sido considerada como la prueba más completa «*probatio probatissima*», la reina de las pruebas «*regina probationum*». Se funda en la presunción de veracidad del confesante (...)³. La máxima *a nullam confessio est pars test* quiere significar que, quien confiesa, libera a la contraparte de tener que demostrar en juicio.

Nuestro Código (Art. 276, CPC)⁴, nos da una definición, diciendo que: “revisite el carácter de confesión la manifestación de una parte de ser cierto un hecho contrario a su Interés y favorable a la otra” de la cual el célebre autor paraguayo el Profesor Hernán Casco Pagano hace la siguiente clasificación; “La segunda parte del Artículo clasifica la confesión en: judicial o extrajudicial; pudiendo ser la judicial espontánea o provocada. Otras clasificaciones, además, la dividen en; Expresa: Es la prestada en forma categórica, v.g.: reconocimiento de los hechos expuestos en la demanda; hace plena prueba y es irrevocable, salvo error o violencia (Art. 297 CPC)⁵”. Y sobre la cuestión planteada dice que: “La confesión tácita o ***ficta confessio***: aunque no haya habido un reconocimiento expreso, tiene los mismos efectos del reconocimiento, salvo prueba en contrario”.

Atendiendo a su naturaleza y extrayendo sus elementos se deduce que la confección ficta se produce en medio del juicio y se considera como reconocido un hecho, aunque no haya habido un reconocimiento expreso por el absolvente. Tiene los mismos efectos del reconocimiento expreso esto en razón a la incomparecencia del absolvente (sin justa causa), por su negativa a responder o por sus respuestas evasivas.

El absolvente puede dejar de comparecer a la audiencia de absolución de posiciones –sin justificación alguna- o en el supuesto de haber comparecido –guardar silencio o contestar de manera evasiva- en estos casos hablamos de absolución ficta.

Es ficta la confesión cuando el juez tenga por confesa a la parte por su incomparecencia, o su contestación negativa o evasiva⁶. La citación al absolvente es bajo apercibimiento de tenerlo por confeso a tenor del pliego de posiciones. Cuando el absolvente compareciere y respondiére a las posiciones alegando no recordar los hechos o cuando se negare a contestar una posición por considerarla impertinente, y si el juez al momento de resolver no lo juzgare así, en esos casos la confesión ficta, produce los mismos efectos que la confesión expresa⁷.

Por otra parte, el termino garantía, en este contexto, se emplea para aludir,

³ Hernán Casco Pagano, Código Procesal Civil Comentado y Concordado (Asunción, Paraguay: La LeyParaguay S.A.), 492.

⁴ Código Procesal Civil, Artículo 276.- Reviste el carácter de confesión la manifestación de una parte de ser cierto un hecho contrario a su interés y favorable a la otra. Ella puede ser judicial o extrajudicial. La judicial, espontánea o provocada. Esta última resultará de posiciones o preguntas puestas o dirigidas por la parte contraria, que ofreció en tiempo este medio de prueba, o de interrogaciones del juez..

⁵ Código Procesal Civil, Artículo 297.- La confesión judicial, espontánea o provocada, expresa o ficta, es irrevocable, salvo prueba de error, dolo o violencia.

⁶ Luis Irun Brusquetti, “Capítulo III”, en Código Procesal Civil Comentado, director Antonio Tellechea Solís (Asunción, Paraguay: La ley S.A.), 124-163.

⁷ Luis Irun Brusquetti, “Capítulo III”, en Código Procesal Civil Comentado, director Antonio Tellechea Solís (Asunción, Paraguay: La ley S.A.), 163

a los procedimientos judiciales destinados a la protección de los derechos constitucionales. En esa línea, precisamente, la Constitución establece que “para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución, se establecen las garantías contenidas en este capítulo, las cuales serán reglamentadas por ley” (Art. 131 C.N). De este modo, las garantías constitucionales aparecen como instrumentos idóneos para tutelar o amparar en su integridad los derechos constitucionales⁸, tales como el Art. 16, 17 y el que puntualmente entraremos a analizar en las siguientes líneas, el Art. 18, con el único fin de hacerlo eficaz.

La garantía de la Inconstitucionalidad tiene por objeto la defensa de la Supremacía Constitucional declarando la inaplicabilidad en un caso concreto de leyes o instrumentos normativos o en el caso de sentencias definitivas o interlocutorias, declarando su nulidad (Art. 247⁹). Los Derechos Constitucionales pueden ser violados por leyes o disposiciones normativas que deben cumplirla- como creemos es el caso de la confesión ficta reglada por el Código Procesal Civil- en su caso, el remedio ideal es la Inconstitucionalidad.

Interpretación sistemática extensiva.

Habiendo definido en el párrafo anterior, el concepto fundamental de la Confesión ficta, y la garantía de la Inconstitucionalidad en la Doctrina Nacional Paraguaya. Es necesario preguntarnos, ¿El Art. 18 es aplicable al Proceso Civil? y entonces, ¿Es Inconstitucional la confesión ficta?

La garantía de la no autoincriminación contemplada en la Constitución Nacional (Art. 18, C.N) pareciera sugerir que es aplicable solo al Proceso Penal, pero en realidad sirve de fundamento a los Códigos que regulan la prueba confesaría, tanto en el Proceso Penal y en el Proceso Civil, el Art. 18 copiado textualmente dice; “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unido de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive. Los actos ilícitos o la deshonra de los imputados no afectan a sus parientes o allegados”.

En el Proceso Penal, el Código (LEY N° 1.286/98) regula la abstención a la obligación de declarar en favor del imputado, esto sin dudas, tiene su origen en la garantía ofrecida por nuestra Constitución Nacional. Al consagrar dicha fórmula, la ley procesal admite la excepción de la obligación de testimoniar, en la búsqueda del valor preeminente Justicia. Tal vez la razón de esto es que, el Código Procesal Penal¹⁰ de 1998 es posterior a la Constitución Nacional de 1992, entonces se podría entender que el legislador tuvo en cuenta la nueva Constitución para proyectar en el Código

⁸ Daniel Mendonca, Derecho Procesal Constitucional (Asunción, Paraguay: Editorial La Ley Paraguay), 15.

⁹ Constitución Nacional, Artículo 260 - De los deberes y de las atribuciones de la Sala Constitucional. Inciso 2.

¹⁰ Código Procesal Penal. Art. 75, num. 6, Art. 75, num. 6, Código Procesal Penal.

esas garantías contenidas en ella, y evitar incurrir en el feo error de contradecir la normativa supra.

Entendemos por vía de la interpretación que, al no hacer una distinción clara y expresa, esta garantía se aplica también al Proceso Civil y en las de cualquier otra naturaleza, puesto que no se está limitando su aplicación a un tipo de proceso determinado, y mucho menos excluyendo de algún proceso, porque ella así no lo indica.

Al respecto la doctrina constitucional se pronuncia y dice, “el Art. 18 no hace distinción alguna, por lo que nos parece que debe extenderse a todo tipo de causas, aunque no con el mismo rigor. En concreto, (...) puede pedirse la absolución de posiciones a la contraparte; pero: no puede tenérselas por absueltas en rebeldía (...)”¹¹. Nos suscribimos a ese orden de ideas, agregando que de ninguna manera puede ser obligada una persona a prestar declaración que sea perjudicial contra sí misma. Puede hacerlo voluntariamente, y de hacerlo tendrá validez, pero no se concibe la idea de que por su incomparecencia, negativa o sus respuestas evasivas puedan acarrearle presunciones en su contra.

Las disposiciones reguladas en el Capítulo III del Libro II del Código Procesal Civil, son entendidas como un medio de probanza a través de la declaración del derecho de una de las partes. La prueba de la confesión ficta busca llevar al convencimiento del juez –de acuerdo con la sana crítica¹²- a la certeza de un hecho afirmada por una parte; la que será apreciada por el juez con las demás pruebas, y donde se lo tendrá por confeso total o parcialmente al absolvente que no ha comparecido, o se ha negado a responder o ha respondido de forma evasiva, sobre la verdad de una obligación o sobre la existencia de un hecho que se refiere a ella y sin dudas, consecuencia que tendrá efectos jurídicos contrarios a sus intereses.

En la prueba confesoria, la absolución de posiciones debe hacerse personalmente, por las partes del proceso, pues si terceros intervienen en el proceso, se convertirían en partes, según lo establece el Código¹³. Podemos hablar de confesión ficta cuando la prueba de la absolución de posiciones ha sido decretada por el Juzgado bajo el apercibimiento que previene el Art. 282 del Código Procesal Civil, y además cuando, en su caso el litigante ha sido tenido por confeso en la parte decisoria de la resolución respectiva.

¹¹ G. BIDART CAMPOS, Manual de la Constitución Reformada, T. II; (Buenos Aires, Argentina: Editorial Aguilar, 2002), 250.

¹² Lógica y experiencia...

¹³ Código Procesal Civil, Art. 279.- Las partes deberán absolver posiciones personalmente. Podrán también hacerlo por medio de mandatarios con poder especial, si la otra parte lo consintiere, y en los demás casos autorizados por la ley.

Para ello, el auto que disponga la citación del absolvente debe contener expresamente el apercibimiento legal de que en caso de incomparecencia injustificada se lo tendrá por confeso a tenor del pliego de posiciones presentado¹⁴. En caso de comparecencia del absolvente, y si el citado se negare a responder o respondiere evasivamente, el juez –en el ejercicio de las facultades que le otorga el código- podrá tenerlo por confeso, en la resolución respectiva.

En todos los casos, tener por confeso al absolvente en el Proceso Civil, por los hechos señalados, sin dudas provoca un quiebre a la garantía de la no autoincriminación. La norma constitucional consagra el Art. 16 de la Constitución, que dispone: «La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales competentes, independientes e imparciales». El Principio de la defensa en juicio de los derechos de las personas, no comprende solamente a los debates que se deben dar al trabar la Litis, sino que también a los actos dentro de la etapa probatoria tramitados en el juicio propiamente dicho. La garantía opera efectivamente cuando se observan las disposiciones constitucionales en los trámites procesales.

El Art. 17 de los derechos procesales, precisamente en el inciso 8 se pronuncia reflejando el espíritu garantista de nuestra Constitución con relación a las pruebas dentro de cualquier proceso.

Conclusiones desde una perspectiva Constitucional del Proceso Civil.

Es necesario pensar en las garantías constitucionales dentro del Proceso Civil, es la única forma de perfeccionar la adecuación o reformulación de lo que es un proceso justo, dentro del Proceso Civil. Ese pensamiento debe partir de establecer en el ordenamiento jerárquico de las normas jurídicas, la primacía de las garantías ofrecidas por la Constitución por sobre las formas legales o reglamentarias del proceso.

El Art. 18 de la Constitución Nacional de 1992 rige y debe tener aplicación en toda clase de procesos, aunque adquiere mayor relieve y características especiales en el fuero penal, como señalamos más arriba. Esta garantía debería estar reglamentada racionalmente en el Código Procesal Civil de 1988 y ser ejercida conforme con esas reglas procesales.

Si bien es cierto que el principio cardinal en todo proceso es la sumisión de las normas procesales a las garantías constitucionales, este caso puntual, vemos una contradicción que consiste en que las normas procesales y el juez –básicamente- obligan al absolvente a declarar contra sí mismo - y aunque el absolven-

¹⁴ Luis Irún Brusquetti, "Capítulo III", en Código Procesal Civil Comentado, director Antonio Tellechea Solís (Asunción, Paraguay: La ley S.A.)

te no preste juramento o promesa de decir la verdad- este medio probatorio puede llegar a condenar al absolvente a sufrir una derrota procesal siendo que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, garantía que sin embargo esta mitigada en su no aplicación, desde que la prueba de la confesión se aprecia en su eficacia junto con las demás pruebas, para determinar el juez el resultado del proceso.

No puede ningún orden Procesal inobservar las disposiciones contenidas en la Constitución Nacional¹⁵, debe haber una subordinación jerárquica con el objeto de preservar la inviolabilidad de la defensa en juicio de las partes- y de sus derechos- y a su vez garantizar el dictado de una sentencia justa.

El Código Procesal Civil Paraguayo, en su carácter de norma infra-constitucional debe ser fiel intérprete de la norma supra, y debe reflejar las garantías vinculadas al debido proceso. Al tener por confeso al absolvente en la confesión ficta se está violando tanto su derecho a no auto incriminarse y también el de la autonomía de la voluntad y el ejercicio de un derecho. Porque salvo que sea realizado de mala fe o de forma abusiva no puede traer -nunca y bajo ninguna circunstancia- aparejadas consecuencias negativas para el sujeto de derecho -en este caso la parte que no comparece para absolver posiciones-.

Como en el fuero Penal, el imputado en el ejercicio de su defensa, puede guardar silencio, sin que ella pueda ser valorada como presunción de culpabilidad en su contra, así también nuestro Código Procesal Civil debe adecuar la garantía a la no autoincriminación en sus normas procesales.

Tal vez la figura de la confesión ficta responda a un desfase cronológico entre el Código Procesal Civil de 1988 y la Constitución Nacional de 1992 o tal vez la tesis sostenida sea errónea. Si es así estamos listos para rectificarnos. Pero creemos que en lo que no podemos estar equivocados es en nuestro intento de aplicar las nociones de las Garantías Constitucionales dentro del Proceso Civil. El sistema de justicia es el que más está necesitando de este aporte y pensamos que éste se debe hacer comenzando por la confesión ficta, pues, como observó el Profesor Casco Pagano, al comentar el Art. 104 "Sin formas suficientes y eficientes, el proceso sería simplemente un pantano donde se hundirían aquellos legítimos intereses, y la voluntad de la ley quedaría incumplida".

¹⁵ Constitución Nacional, Artículo 137 - De la supremacía de la constitución.

BIBLIOGRAFÍA.

- Casco Pagano, Hernán. 2004. *Código Procesal Civil Comentado y Concordado*. Asunción, Paraguay: La Ley Paraguay S.A
- Irun Brusquetti, Luis. "Capítulo III", en *Código Procesal Civil Comentado*, director Antonio Tellechea Solís (Asunción, Paraguay: La ley S.A.)
- BIDART CAMPOS, G. 2002. *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Buenos Aires, Argentina: Editorial Aguilar.
- Fernandez Arevalos, Evelio. Moreno Rufinnelli José A. Pettit Horacio Antonio. 2021. *Constitución de la República del Paraguay Comentada, Concordada y Comparada*, T.I. Asunción, Paraguay: Editorial Intercontinental.



revistajurídica

DERECHO CONSTITUCIONAL



ACTOS REGLADOS O DISCRECIONALES: LA SELECCIÓN DE CARGOS EN EL ÁMBITO JUDICIAL EN PARAGUAY

Alberto Manuel Poletti Adorno

RESUMEN: El Consejo de la Magistratura es un órgano constitucional creado para el mejoramiento de la justicia. Ha merecido una atención particular del legislador a tenor de la cantidad de normas que fueron dictadas para regularlo. Siendo que el objetivo es la proposición de los mejores candidatos para ocupar puestos en diferentes órganos vinculados a la justicia, la posibilidad de actuar de dicho órgano debe darse aplicando las reglas de idoneidad en concursos y selección de los mejores puntuados para no incurrir en actos arbitrarios.

PALABRAS CLAVES: Consejo de la magistratura, justicia, acceso a cargos públicos, discrecionalidad, arbitrariedad.

ABSTRACT: The Consejo de la Magistratura was created for the improvement of justice. It has deserved particular attention from the legislator in view of the number of norms that have been issued to regulate it. Since the objective is to propose the best candidates to occupy positions in different bodies related to justice, the possibility of acting of such body must be given by applying the rules of rules of suitability in contests and selection of the best rated in order to not incur in arbitrary acts.

KEYWORDS: Consejo de la Magistratura, justice, access to public office, discretion in administrative act, arbitrariness.

El Consejo de la Magistratura en la Constitución

La Constitución de Paraguay creó el Consejo de la Magistratura, integrado por representantes de los tres poderes del Estado, de la academia y de los abogados con el fin de colaborar en el mejoramiento del sistema judicial.

Las actas de la Convención nacional constituyente de 1992 dan cuenta de ello. José María Cabral sostuvo que *“como primer paso se debe buscar a través de un órgano de conformación plural los mecanismos necesarios a fin de lograr la compatibilización de los postulados de autonomía e interdependencia para los nombramientos, ascensos, inspección y el régimen disciplinario con los otros órganos que ejerzan dentro de la dinámica de las funciones estatales”*.

Marcos Riera Hunter sostuvo que *“la modalidad constitucional de atribuir al Consejo de la Magistratura facultades de selección y nombramiento de jueces*

¹ Abogado y Notario egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Egresado de la Escuela Judicial Paraguaya. Doctor en Derecho en la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne. Realiza el Posdoctorado en la Facultad de Derecho de Vitoria en Brasil. Fue funcionario judicial y luego trabajó como Abogado fiscal en el Ministerio de Hacienda desempeñándose actualmente como Abogado y profesor universitario de derecho en universidades paraguayas y extranjeras.

es legítima, recomendable y hasta se podría decir que necesaria desde el punto de vista institucional puesto que con sus intervenciones se reduce sensiblemente la participación, antes decisoria, de los órganos políticos del Estado...".

Puede notarse que en los antecedentes no se hace referencia específica al concurso en el ámbito judicial y ello podría entenderse considerando que las disposiciones de los artículos 46 inc. 3º y 101 son aplicables a todos los órganos del Estado. De ahí que las convocatorias a ocupar cargos en el Poder Judicial deben ser consideradas como concursos de méritos y aptitudes y en el presente trabajo discutiremos si ello es así a tenor de la práctica en la materia.

Las garantías del acceso a cargos en la justicia

El art. 101 de la Constitución garantiza a todos los paraguayos el derecho a ocupar funciones y empleos públicos. Y el art. 46 inc. 3º menciona a la idoneidad como condición para ello.

A partir de allí, debemos considerar si en el marco de los concursos convocados, las personas que se presentan ante el Consejo deben ser calificadas como idóneas (pudiendo en ese caso elegirse a cualquiera) o si se deben seleccionar a los mejores candidatos. Creemos que esta última es la alternativa que se debe dar en un concurso para cargos tan importantes como los que implican impartir justicia.

Debemos destacar que el sistema de selección se vio modificado con el rechazo de la acción de inconstitucionalidad planteada por el Consejo de la Magistratura contra la ley 5336/2015 que permite incluir automáticamente a jueces y fiscales que están en el cargo por parte del Consejo de la Magistratura en detrimento de otras personas que tienen mayores puntajes². Hoy en día tenemos ternas integradas por una sola persona que pueden o no ser confirmadas en sus cargos que se suman a las ternas tradicionales con tres personas cuando se trata de un cargo vacante.

La discusión sobre la discrecionalidad

Todos los antecedentes de los postulantes a cargos en el Poder Judicial, el Ministerio Público o la Defensa Pública son accesibles en el sitio internet oficial del Consejo de la Magistratura <https://www.cm.gov.py/>.

La decisión de llamar a concurso emana de la Corte Suprema de Justicia quien comunica la decisión al Consejo de la Magistratura y es publicada en un diario de gran circulación nacional y en Internet. Se detallan el cargo, los puestos vacantes por fenecimiento del mandato o renuncia, cargos creados, la fecha de apertura y cierre de inscripciones. Los postulantes tienen habilitado un sistema

² Corte Suprema de Justicia del Paraguay, "Sala Constitucional Ampliada de La CSJ Rechazó Acción de Inconstitucionalidad", 4 de julio de 2022, <https://www.pj.gov.py/notas/22386-sala-constitucional-ampliada-de-la-csj-rechazo-accion-de-inconstitucionalidad>.

de notificaciones por medios electrónicos.

El procedimiento comprende pruebas de oposición escrita por selección múltiple y la evaluación de los antecedentes académicos y profesionales. A veces, los consejeros reciben a los postulantes, discutiéndose el valor de las entrevistas que ha variado a través del tiempo.

Al finalizar la entrevista, el Consejo aprueba una resolución que contiene la terna de candidatos a cubrir el cargo objeto de concurso, con un orden de prelación. En el sistema paraguayo, la posibilidad de apartarse fundadamente del orden propuesto es realizada en forma totalmente discrecional. El autor argentino Alfonso Buteler sostiene que ello se trata de una atribución irrazonable que va en contra de la garantía de idoneidad al privilegiar la valoración que hace el componente político sobre lo decidido por el jurado. En muchos casos hubo descontento por haberse elegido para integrar la terna a personas que no estaban en los primeros lugares.

El Consejo remite a la Corte Suprema la propuesta para el cargo y surge también allí la discusión de si debiera escogerse al primero de la lista. Una parte de la doctrina encabezada por Buteler considera que apartarse de dicha práctica vulnera la garantía de idoneidad prevista en la Constitución ya que se considera que si el organismo técnico encargado de evaluar los méritos de los postulantes establece un orden de mérito resulta irrazonable que luego la Corte escoja a quien salió segundo o tercero, ya que se está eligiendo al menos idóneo. Hasta el momento, la Corte sostiene que todos los candidatos llegan en condiciones de igualdad, pero ha habido diferentes criterios para designaciones. A veces se privilegia a quienes están en cargos inferiores y la carrera judicial vulnerándose a los abogados que compiten para entrar a la magistratura. En otras ocasiones se sostiene que el Superintendente de la zona debe tener voz preponderante en la selección por conocer mejor la situación del lugar. En algunos casos los ministros votan por confirmar a aquellos magistrados indicando que no existen denuncias en su contra.

También se han sucedido diferentes criterios en el Consejo de la Magistratura. En el pasado, el Dr. Enrique Riera quien se desempeñó como presidente del Consejo de la Magistratura y en algunos casos otros miembros sostuvieron que debe darse preeminencia a los mejores puntuados³. Hoy en día, aparentemente ese criterio fue abandonado a juzgar por algunas designaciones.

El principio de buena administración tiende, según lo expresa el Dr. Marco Aurelio González (LLP 2016) a que las Administraciones públicas desarrollen sus actividades de la mejor manera posible y que, en contrapartida, los ciudadanos reciban un servicio público que dé respuestas a sus expectativas. En el ámbito de la justicia, debe serse especialmente cuidadoso y por ende, no pueden pasarse por alto criterios de calidad.

³ Jimenez Rolon, Eugenio. Sesión del Consejo de la Magistratura. Facebook. 24 de julio, 2021 <https://www.facebook.com/717664605234773/posts/1479195965748296/>.

Se estima que la falta de consideración de los puntajes de las ternas sin justificación conlleva un deterioro del servicio de justicia que es frecuentemente mencionado por la prensa y los diferentes mecanismos para medir el funcionamiento de la justicia.

Un informe de la organización CEAMSO menciona que se nota una marcada influencia del poder político en la designación de magistrados judiciales y operadores del sistema⁴. Se menciona en la p. 59 que la inclusión automática de los magistrados en concurso violaría el principio de igualdad.

Dentro de los objetivos del Milenio suscritos por los Estados miembros de las Naciones Unidas y en particular por la República del Paraguay, puede verse que el punto 16 hace referencia paz, justicia e instituciones sólidas. Se menciona que entre las instituciones más afectadas por la corrupción se encuentra el Poder Judicial⁵.

Un interesante proyecto de ley⁶ presentado en el año 1995 prevé que: "El Consejo de la Magistratura formulará un orden de mérito, que resultará de la suma del puntaje obtenido por cada concursante en la evaluación de sus antecedentes profesionales y académicos. Seguidamente integrará la terna con los candidatos de mejor rendimiento conforme al orden de mérito establecido precedentemente previa evaluación de las posturas y observaciones de relevancia realizadas por las organizaciones civiles". Creemos que el mismo respeta las facultades de los poderes políticos al ser la terna una "proposición" siendo posible que el Senado se aparte de dicho criterio⁷.

La razonabilidad de las decisiones en los concursos públicos

En un Estado de Derecho el principio de razonabilidad es el mecanismo de control por excelencia de la arbitrariedad estatal. La razonabilidad es el punto de partida del orden jurídico. En efecto, el principio de razonabilidad opera como fundamento de la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos. En este orden de ideas muy acertadamente la prestigiosa constitucionalista argentina Gelli sostiene "*...si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento —o que deriva solo de la voluntad de quien produce el acto, aunque esa voluntad sea colectiva—, una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente*"⁸.

⁴ CEAMSO, y USAID "ANÁLISIS DEL PROCESO DE SELECCIÓN EN EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA", mayo 2020, <http://www.ceamso.org.py/upload/publicaciones/1604407529.pdf>

⁵ Naciones Unidas, "Objetivos del Milenio 2030" <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>.

⁶ Proyecto de ley N° 5267 "Que establece el procedimiento de los concursos públicos de oposición y antecedentes para la selección de los Candidatos a Ministros de la Corte Suprema de Justicia, del Superior Tribunal de Justicia Electoral, de los Miembros de los Tribunales Inferiores, Jueces, Fiscales y otros Funcionarios del Poder Judicial y de la Justicia Electoral".

⁷ La norma en cuestión resulta complementaria con el art. 2 de la ley 1376/98 en el sentido de que la participación y la obtención de buenas calificaciones en la Escuela Judicial no es un elemento de valoración para acceder a los cargos de Ministros de la Corte Suprema de Justicia, miembros del Tribunal Superior de Justicia Electoral, Fiscal General del Estado y Defensor General. Modifica expresamente el art. 40 de la ley 296/94.

⁸ Gelli María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Anotada y comentada" (Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 2008), 424.

En ese contexto se incluye como supuestos de irrazonabilidad del acto estatal, y por ende de ilegitimidad: la falta de sustento fáctico suficiente, de motivación adecuada, de proporcionalidad en los medios y adecuación de medio a fin, la existencia de contradicción (o doctrina de los actos propios), la prohibición de desviación de poder, etc.

En el ámbito de un concurso público para el ámbito de la justicia, más allá de las fundamentaciones aparentes que puedan darse para dejar de lado a los mejores puntuados en forma sistemática, hay que considerar además de los cambios de criterio, que en el ámbito de la justicia deben ingresar los mejores y no aquellos que reúnen el acuerdo de sectores políticos.

Sin duda alguna, el sistema ideado en la Constitución de 1992 es mejor que el de 1967 que solo permitía el ingreso de miembros de un sector político.

Pero la exclusión sistemática de los mejores de la posibilidad de ingreso amerita un pronunciamiento por un órgano encargado de velar por el cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Paraguay.

Si la justicia paraguaya funcionase de la mejor manera, ninguna persona estaría realizando quejas sobre este punto. No obstante, en muchos casos, en la selección de los magistrados priman criterios distintos al de la idoneidad, pues existe demora en la resolución de casos.

En el último informe para el examen periódico Universal (EPU) el Estado paraguayo informó que aumentaron más de 5000% los reclamos en los últimos años. Lo que no se menciona es que no se informa de los resultados a los reclamantes, quienes no son partes en el procedimiento⁹.

Es importante mencionar que algunos jueces propuestos por el Consejo de la Magistratura y designados por la Corte Suprema de Justicia emiten resoluciones como las que se copian más abajo y que limitan o dificultan el acceso a la justicia.

Asunción, 20 de julio de 2021

Téngase [por] presentado el urgimiento que antecede, haciéndole saber que este Juzgado tiene una carga laboral de más de 9500 expedientes en trámite, un promedio de 60 presentaciones diarias, todo lo cual, como fácilmente [se] comprenderá, excede cualquier humana capacidad de respuesta. Estése a la providencia dictada en esta misma fecha.

No se trata de una práctica aislada. En otros casos y sobre todo durante la pandemia se procedió a suspender los plazos con lo que ello implica para los derechos de las partes. Ello se dio sobre todo durante la pandemia y de hecho, el

⁹ Informe nacional presentado al Consejo de Derechos Humanos, 19 de febrero de 2021. Num. 48. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/WG.6/38/PRY/1>.

excesivo incumplimiento de los plazos (que es un reclamo constante de los justiciables) genera idénticos resultados.

Hoy puede saberse que lugar ocuparon los jueces a muchos de los cuales se acusa de no respetar los plazos procesales y verificarlo con otras personas que están compitiendo por un cargo. Por ende, no puede desconocerse que apartarse indebidamente del puntaje en un concurso va más allá de las facultades discrecionales y conlleva dejar de lado a personas mejor preparadas quienes sin duda podrán manejar mejor los juzgados.

Si la Constitución hubiese previsto facultades discrecionales para la selección de magistrados no se habría organizado un concurso público. Se habría otorgado directamente facultades a un órgano para la designación.

En particular, atendiendo a las quejas contra el Estado paraguayo sobre la administración de justicia, se debe analizar si la discrecionalidad con la que es ejercida el nombramiento podría constituir una vulneración del acceso a cargos en condiciones de igualdad.

En lo que respecta a la posibilidad de acceso de personas del sector privado a la justicia, es dable mencionar que por lo general se privilegia la carrera en una institución pública. La confirmación o el ascenso de personas con un cargo se da incluso si tienen menos puntos frente a otros postulantes y se excluye en ocasiones a los candidatos con mejores puntajes. Pero también se decidió excluir a personas denunciadas y admitir a personas de fuera del sistema.

El Plan Nacional de Desarrollo (PND) Paraguay 2030 aprobado por Decreto 2794 del 16 de diciembre de 2014 señaló lo siguiente: *“A pesar de dichos avances, todavía el camino por recorrer es bastante largo y subsisten aspectos de los derechos civiles y políticos que implican retos importantes, tales como el derecho a una vida libre de violencia debido a la inseguridad ciudadana, diversas formas de maltrato y abuso cuyos principales afectados son los niños/as y mujeres, **un sistema de justicia poco eficiente en términos de celeridad de los procesos**, la participación ciudadana aún insuficiente, la limitada participación de las mujeres en los espacios de decisión y un débil proceso de descentralización de la administración pública”*.

Al existir un documento oficial que menciona esta situación, resultan sin duda innecesarias las referencias a los rankings internacionales en lo que respecta al funcionamiento de la justicia en el Paraguay y el Estado de derecho. No obstante, pueden verse que sistemáticamente se posiciona al país entre los peores lugares y por ende, el criterio de selección de magistrados empleado desde 1992 y que hasta la fecha persiste no sea el adecuado para mejorar el sistema.

¿La designación de jueces con intervención del poder político es una buena iniciativa? En el Paraguay es este uno de los aspectos más criticados. El argumento principal consiste en que la intervención de sectores político-partidarios socava la independencia del Poder Judicial al vincular a un poder *apolítico* los órganos judi-

ciales y del ministerio público.

Diferentes grupos criticaron ya en su momento la repartición o cuoteo de los puestos del alto tribunal entre el partido oficialista y los partidos de la oposición. Este sistema presenta sin duda el inconveniente del “manoseo” de nombres y de que, por cuestiones políticas, pueden dejarse de lado a las mejores personas para facilitar el ingreso de personas “adeptas” a un grupo determinado. Ello no impidió que en muchos casos se elijan a los mejores... pero también permitió que ingresen a la magistratura personas cuya conducta no se compatibiliza con la alta misión que desempeñan. Aún con cambios de gobierno y con la designación por el Senado y la Cámara de Diputados de nuevos miembros del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de otras personas, se siguieron repitiendo prácticas de no respetar los puntajes. Ello nos lleva a pensar que el problema no es la institución, sino de la ausencia de mecanismos necesarios para asegurar que a los cargos lleguen los mejores puntuados.

Según informaciones obtenidas dentro del Foro Económico Mundial 2015-2016, Paraguay ocupa el 137° puesto en el ranking de independencia del Poder Judicial, situándose junto a Venezuela. Además, Transparencia Internacional lo sitúa en el puesto 123° en el Índice de Percepción de la corrupción¹⁰. La situación no ha mejorado desde entonces¹¹.

Otras experiencias sobre el sistema de nombramientos

Es importante señalar que el sistema previsto por la mencionada ley 5336 fue analizado por el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Se mencionó que el art. 19 III (1) de la Constitución Federal impide a la Unión y a los Estados crear distinciones entre brasileños o preferencias entre sí y que el acto normativo que establece criterios de desempate en concursos públicos que favorezcan a candidatos que pertenecen al servicio público de un determinado ente federal es inconstitucional ya que confiere tratamiento más favorable a los candidatos que ya son servidores públicos.

Se menciona que si se dan preferencias por el cargo ocupado no se asegura la selección de candidatos más experimentados. Al contrario, se prevé que un funcionario con más experiencia, proveniente de un servicio público federal, municipal o del sector privado sea postergado en beneficio de un servidor estatal con poco tiempo de servicio. La medida, por ende, es inadecuada para la selección del candidato con más experiencia y viola la igualdad, así como no atiende el interés público, favoreciendo injustificada y desproporcionalmente a los servidores estatales.

¹⁰ Giorgi, Jerónimo, “La independencia del sistema judicial, el termómetro de la corrupción en América Latina”, El Observador, 20 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.elobservador.com.uy/la-independencia-del-sistema-judicial-el-termometro-la-corrupcion-america-latina-n1099996>.

¹¹ “Paraguay está en el puesto 84 de 180 países en libertad económica” Diario Última Hora, 5 de agosto de 2021. <https://www.ultimahora.com/paraguay-esta-el-puesto-84-180-paises-libertad-economica-n2954695.html> “Uno de los indicadores para medir la puntuación del país es la efectividad judicial, la cual presenta un bajo puntaje debido a la corrupción sistemática en el Poder Judicial con muy fuertes influencias políticas, sin dejar de lado a entes como el Consejo de la Magistratura, Fiscalía y Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados”.

El tribunal brasileño sostuvo que el art. 37 I y 2 de la Constitución de dicho país asegura amplia accesibilidad a los cargos y empleos públicos a los nacionales que cumplan los requisitos legales por medio de la aprobación de un concurso público de pruebas o pruebas y títulos, realizado de acuerdo con la naturaleza y complejidad del cargo, excepcionando los cargos de libre nominación¹².

Lo expuesto hasta aquí sirve para el caso. El acceso a la justicia no es de nominación política y debe estar reservado a los mejores. Si el concurso prevé el examen conjunto de títulos, experiencia diplomas y exámenes, no puede valorarse solo uno y debería darse prioridad a los mejores posicionados en ese punto.

En Paraguay, con relación a la ley 5336/2015 se mencionó que la facultad de confirmar o no a un juez corresponde a la Corte Suprema de justicia y no al Consejo. Al no incluirlo dentro de la terna sin motivo válido, se estimó que el Consejo procede de hecho a no confirmarlo¹³.

Pero en este caso, la demora en resolver una acción planteada en 2015 y el privilegio otorgado a personas que están hace poco tiempo en el cargo pero que obtienen menores puntajes en los concursos genera una discriminación negativa hacia profesionales del sector privado.

En el Acuerdo y Sentencia N° 197 del 21 de julio de 1994 la Corte Suprema de Justicia sostuvo: *“La terna es vinculante, cuando se rechaza un candidato, y luego se envía otro candidato de la misma terna, hasta el tercer candidato. Una vez agotada la terna, se deberá solicitar la conformación de una nueva terna al Consejo de la Magistratura. Si se rechaza que las ternas son vinculantes, como en el art. 45 de la ley del consejo, que remite su procedimiento al art. 39 de la misma ley, el Consejo de la Magistratura tendría un papel meramente administrativo, simple, su importancia quedaría reducida extraordinariamente, inclusive casi no tendrá razón de existir. La Constitución Nacional, ha creado el Consejo de la Magistratura, como órgano de selección autónomo de magistrados, por eso las ternas que propone al Senado deben ser vinculantes. En consecuencia, el art. 45 de la ley del consejo es inconstitucional en teoría, pero al no existir un caso concreto, la Corte Suprema de Justicia no puede declarar la inconstitucionalidad. La declaración de inconstitucionalidad para el futuro no existe dentro de nuestro régimen constitucional”*¹⁴.

¹² Fuente ADI 5358/PA, rel. Min. Roberto Barroso, juzgamiento virtual finalizado el 27.11.2020. (ADI-5358)

¹³ Acción de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 1634 que establece el procedimiento para la confirmación de los magistrados del Poder Judicial, Acuerdo y sentencia N.º 1033 (Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional, 19 de diciembre, 2001).

¹⁴ Posiblemente esta posibilidad de enviar un candidato se da por parte del Senado a la Presidencia para la elección de ministros o por parte de la Presidencia al Senado para la elección del Fiscal General. Por lo demás, no se conocen casos en los que la Corte haya devuelto ternas para otros cargos. Si ocurrieron casos en los que una persona fue nombrada y luego se designó a otra (Casos Jalil Rachid en Fiscalía. Diario Última Hora 18 de junio de 2019. <https://www.ultimahora.com/corte-supremacede-presion-y-confirma-jalil-rachid-como-fiscal-n2826416.html>) También se dejó sin efecto el caso de un designado que fue involucrado entre la designación y el juramento en un accidente de tránsito (Amambay News, 30 de octubre de 2019. https://amambaynews.com/noticias_mas.php?id=4625).

En su fallo del 7 de diciembre de 2004 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia apuntó que “el llamado a concurso para ocupar el cargo que fuere dentro del Poder Judicial pone en igualdad de condiciones a todos los concursantes, es decir, sean o no magistrados, fiscales, defensores, síndicos, porque deben dar de esa manera cumplimiento a las garantías consagradas en el Art. (sic) 46, 47 y 101 de la Ley Suprema”¹⁵. Es importante no obstante mencionar aquí que los principios expuestos por el Consejo no pueden diferir de las postulaciones para la Corte y que los cambios de criterios para el ingreso al Poder Judicial no permiten una valoración clara de los criterios para los postulantes.

Para el cargo de Fiscal General del Estado, se conformó la terna con personas que no estaban en los primeros lugares. Fueron electos los números 5, 51 y 60 de la lista de candidatos¹⁶. Si se permite que esta discrecionalidad siga existiendo, la justicia paraguaya no podrá mejorar y seguirá sometida a criterios distintos a los que imponen la selección de los mejores.

Y la inclusión de personas que no ocupan los primeros lugares en ternas es lamentablemente, una práctica frecuente.

El marco internacional

El artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción establece que:

1) Teniendo presentes la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menoscabo de la independencia del poder judicial, adoptar medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.

En la Guía de aplicación y marco de evaluación para el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción elaborada por UNODC, p. 26 num. 57 se menciona que los miembros deben ser elegidos “en función de su competencia, experiencia, conocimiento de la vida judicial, capacidad de diálogo y apreciación de una cultura de independencia. Los miembros que no sean jueces pueden ser seleccionados de entre juristas y candidatos sobresalientes de reputación y experiencias reconocidas, elegidos mediante un mecanismo adecuado...”.

En el trabajo sobre “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia” elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Año 2013, Doc. 44 p. 27 se menciona:

¹⁵ Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Luis Ramón Grance c/ Resolución N° 120 del 08/08/2003, dictado por el Consejo de la Magistratura, Acuerdo y Sentencia N° 1734 (Corte Suprema de Justicia del Paraguay, 07 de diciembre, 2004).

¹⁶ Diario ABC Color, 27 de agosto de 2017. Disponible en: <https://www.abc.com.py/edicion-impresa/politica/ternados-para-fiscal-general-no-son-los-mejores-puntuados-entre-aspirantes-1626255.html>

Los procesos de selección y nombramiento

56. A juicio de la Comisión un proceso adecuado de nombramiento y selección constituye un presupuesto esencial para garantizar la independencia de las y los operadores de justicia. El derecho internacional ha establecido algunos criterios mínimos para que los procedimientos para el nombramiento de las y los operadores de justicia seleccionados se verifique que reúnan condiciones que se traduzcan en un verdadero régimen independiente que permita el acceso a la justicia. La Comisión considera que si no se respetan ciertos parámetros básicos, el régimen de selección y nombramiento podría facilitar un alto grado de discrecionalidad por parte de las autoridades que participan en el proceso, en virtud de lo cual, las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas.

57. La Comisión comparte con la Relatora Especial de Naciones Unidas que uno de los principales problemas en algunos países de la región es el elevado grado de politización de los sistemas de selección, nombramiento o elección de las y los operadores de justicia, el cual se inicia en muchos casos en los procesos de selección de las más altas jerarquías en cabeza de las entidades de justicia y se traslada al nombramiento de las demás instancias afectando el funcionamiento de todo el aparato de justicia.

...

62. En este sentido la Comisión considera que todo proceso de selección y nombramiento debe tener como función no sólo la escogencia según los méritos y calidades profesionales y de integridad del aspirante, sino también el aseguramiento de la igualdad de oportunidades. En esa medida, los Estados deben asegurar que las personas que cumplan con los requisitos estén en posibilidad de concursar en igualdad de condiciones a los procesos de selección y nombramiento, aún respecto de quienes ocupan los cargos en provisionalidad, los que por tal condición no pueden ser tratados con privilegios, ventajas o desventajas.

63. La Comisión observa que algunos Estados pueden contener en los marcos que regulan el acceso a la carrera algunos requisitos que por su amplitud o ambigüedad podrían traducirse en condiciones que afecten la igualdad de oportunidades. A ese respecto, la CIDH observa por ejemplo, que la Relatora Especial de Naciones Unidas ha recibido información de Honduras, según la cual, requisitos como la "moral" por su carácter ambiguo puede prestarse a una interpretación subjetiva y discrecional que afecte la igualdad de condiciones para la postulación excluyendo indebidamente a algunos sectores de la población que con base en estereotipos preconcebidos sobre lo que pudiera considerarse "inmoral".

La Relatora especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul sostuvo¹⁷:

¹⁷ Documento /HRC/23/43/Add.4 del 2 de abril de 2013. Consulta subregional sobre la independencia del Poder Judicial en América Central

79. La Relatora especial pudo verificar que uno de los principales retos es el elevado grado de politización de los sistemas de selección, nombramiento o elección de jueces y magistrados. La politización empieza en muchos casos con el procedimiento de nombramiento de magistrados de la mas alta Corte de justicia de cada país y después se traslada al nombramiento de magistrados y jueces de las demás instancias judiciales, afectando todo el sistema judicial.

...

81. Por este motivo, los participantes enfatizaron la necesidad de reflexionar sobre los criterios para medir las capacidades de los candidatos que aspiran a una carrera judicial. Los procesos de selección deben comprender exámenes escritos y anónimos, con entrevistas completas y pruebas de psicometría, de forma a detectar si el aspirante tiene la competencia para poder mantener un desempeño independiente e imparcial...

Y es que lo reclamado en este caso ya ha sido expuesto por el Comité de Derechos Humanos en el Documento CCPR/C/PRY/CO/4 del 20 de agosto de 2019 al emitirse las observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Paraguay.

La Independencia del Poder Judicial

La preocupación sobre este punto, reclamado insistentemente en ámbitos periodísticos, académicos e incluso dentro del Poder Judicial ha trascendido las fronteras. Sostuvo también el Comité de Derechos Humanos:

34. Preocupan al Comité los numerosos informes sobre los altos niveles de politización y corrupción en el Poder Judicial, incluso la injerencia de los poderes ejecutivo y legislativo en el mismo Poder Judicial y el número considerable de políticos en órganos responsables de la administración de justicia y de la implementación de la ética judicial. También le preocupa que el sistema de selección y nombramiento de jueces y fiscales promovido por el Consejo de la Magistratura pueda no garantizar suficientemente la independencia y competencia de la judicatura y de la fiscalía (arts. 2 y 14).

35. El Estado parte debe:

...

c) Revisar las leyes y el funcionamiento de las instituciones responsables de la administración de justicia, selección de jueces y fiscales y ética judicial para garantizar, en la ley y la práctica, que el sistema existente proteja la independencia e imparcialidad judicial y la autonomía de la fiscalía, así como la transparencia y el escrutinio público.

Es importante destacar que las normas sobre concurso se deberían igualmente aplicar a los cargos de máximas entidades como la Corte Suprema

de Justicia, la Fiscalía General del Estado o el Ministerio de la Defensa Pública. Sin embargo, hay que destacar que, en el derecho comparado, el nombramiento de la Alta Judicatura es finalmente potestad de la figura que adopte el Poder Legislativo y que esto representaría, independientemente de que exista un ente que selecciones postulantes, una posibilidad de injerencia.

Conclusión

Es importante que los órganos encargados de la selección de magistrados analicen si cuentan con facultades discrecionales para la selección de personas que ingresan a cargos en el Poder Judicial, el Ministerio Público y otros órganos y si pueden dejar de lado a los mejores puntuados.

Podrán notar que las normas del concurso les otorgan facultades regladas y que apartarse de los puntajes no es una práctica recomendable. Podrá discutirse entonces si los órganos selectores se encuentran sometidos a las reglas del concurso tanto en lo que se refiere a la calificación como en la selección.

Por ende, una reforma de los reglamentos y consideración de los mejores puntajes se imponen en el marco de cualquier concurso público pues existiría el riesgo de incurrirse en uso arbitrario del poder. Tal vez las evaluaciones de la justicia paraguaya en todos los rankings internacionales y la celeridad con que se atienden los casos podrían mejorar con una reforma del sistema.

En la Argentina, ante discusiones que se dan por las decisiones del Consejo de la Magistratura se sostuvo que “más allá de las respetables opiniones, críticas o encomiásticas, que cualquier persona pueda tener respecto de un/a magistrado/a, debe ponerse de relieve la transparencia y seriedad del sistema de selección de los/as jueces/as de la Nación que tienen a su cargo el control de los procesos electivos”¹⁸. Sin duda el cuidado de la motivación de la decisión para dejar de lado a los mejores puntuados debe ser efectuada en forma adecuada.

¹⁸ Bertoia, Luciana: La respuesta del Consejo de la Magistratura a Mauricio Macri por insinuar un fraude electoral. Diario Página 12, 21 de agosto de 2021. <https://www.pagina12.com.ar/362776-la-respuesta-del-consejo-de-la-magistratura-a-mauricio-macri>.

BIBLIOGRAFÍA

- Bertoia, Luciana, “La respuesta del Consejo de la Magistratura a Mauricio Macri por insinuar un fraude electoral”, *Diario Página 12*, 21 de agosto de 2021. <https://www.pagina12.com.ar/362776-la-respuesta-del-consejo-de-la-magistratura-a-mauricio-macri>.
- Buteler: Concurso público. Acceso a cátedras universitarias y a la magistratura federal. (Buenos Aires, Astrea, 2017).
- CEAMSO, “Análisis del proceso de selección en el Consejo de la Magistratura y la Corte Suprema de Justicia”, mayo 2020. En colaboración con CIRD, USAID, CEAMSO y CIDSEP. <http://www.ceamso.org.py/upload/publicaciones/1604407529.pdf>
- Escobar García, Liza Carolina; Reyes Flores, Luis Gerardo; Herrera Miralda, Ana Isabella & Vílchez Martínez, Andrea Isabeal, “Análisis y contraste del sistema de selección de la alta magistratura en Honduras” *Revista Jurídica De La Universidad Americana*, 10 (1) (2023): 46-58. <https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridica/article/view/905>.
- Ekmekdjian, Miguel: “Manual de la Constitución argentina”, (Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1997).
- Gelli María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Anotada y comentada” (Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley, 2008), 424.
- Giorgi, Jerónimo: “La independencia del sistema judicial, el termómetro de la corrupción en América Latina” *El Observador*, 20 de julio de 2017. Texto en Internet: <http://www.elobservador.com.uy/la-independencia-del-sistema-judicial-el-termometro-la-corrupcion-america-latina-n1099996>.
- González Maldonado, Marco Aurelio: “La discrecionalidad administrativa” (Editorial La Ley paraguaya, 2023).
- Poletti Adorno, Alberto Manuel: “Hacia una Corte Suprema de Justicia ideal”. *Revista Jurídica La Ley Paraguaya*, (2008), 1113-1125.
- Poletti Adorno, Alberto Manuel: “Consejos sobre el Consejo de la Magistratura y su reforma”, en *Justicia y desarrollo. Estudio sobre la justicia y su influencia en el desarrollo del Paraguay*, AVINA – Centro de Estudios Judiciales, Asunción, 2011, p. 47-56 – Texto <http://www.cej.org.py/adminn/publicaciones/JUSTICIA%20Y%20DESARROLLO.pdf>.
- Poletti Adorno, Alberto Manuel, “La profesión de abogado en el sector privado o en la administración pública: las dos caras de la moneda y los desafíos de la profesión”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Católica de Asunción*, N° 24 (2015): 957-986.
- Rivarola, Fernando, “Paraguay está en el puesto 84 de 180 países en libertad económica” *Diario Última Hora*, 5 de agosto de 2021. <https://www.ultimahora.com/paraguay-esta-el-puesto-84-180-paises-libertad-economica-n2954695?fbclid=IwAR1yJlfSBZGgvw3djT1IlgYzkUj1lhi-4JmyjGtsljuV5gwfgh4A-54PsmUS8>.
- World Justice Project: “Informe Estado de Derecho 2021- Paraguay entre los peores del mundo en justicia penal” *Diario Última Hora*, 29 de diciembre de 2021. <https://www.ultimahora.com/paraguay-los-peores-del-mundo-justicia-penal-n2979053>.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL “EL HÁBEAS DATA FINANCIERO”

Prof. Abg. N.P. Cecilia María Fátima López Vera¹

*«Todos somos iguales ante la ley, pero no ante los encargados
de aplicarla.»*

Stanisław Jerzy Lec

RESUMEN: Los Derechos Humanos han sido instalados en el campo del Derecho, ya sea en forma de tratados, de principios generales o leyes nacionales, pero fundamentalmente ha sentado las bases de las Constituciones, asumiendo el compromiso de garantizarlos. Como toda norma, los derechos humanos también son jerarquizados por la importancia en la protección del bien jurídico que ampara. No obstante, también han sido influenciados por razones históricas, políticas, económicas y jurídicas al momento de su creación. Bajo esta premisa, estos derechos han sido categorizados en primera, segunda y tercera generación y; es ahí, donde surge el Hábeas Data como resultado de un derecho a la libertad de los Estados de autodeterminación o de control de los datos personales que le conciernen y que han sido almacenados en bancos de datos públicos o privados.

PALABRAS CLAVES: Hábeas Data- Bancos de Datos- Constitución- Derechos Humanos.

ABSTRACT: The Human Rights have been established in the field of Law, whether in the form of treaties, general principles or national laws, but more fundamentally they have laid the foundations of Constitutions, which have assumed the obligation to guarantee them. Like all norms, Human Rights are ranked according to the importance of the legal good they protect. However, they have also been influenced by historical, political, economic and legal reasons at the time of their creation. Under this premise, these rights have been categorized into first, second and third generation, and it is there that the habeas data arises as a result of a right of states to freedom of self-determination or control over personal data concerning them and have been stored in public or private databases.

KEYWORDS: Hábeas Data- Data Banks- Constitution-Human Rights.

¹ Abogada, Notaria Pública de la Universidad Nacional de Asunción-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (2018/2019). Latin American and European Studies Politics, Law and Institutions- LAES, Alta Formación en Integración Regional y Mercado, Università di Parma, Italia (2017). Experta Internacional en Análisis de la Información Jurídica. International Legal Group (2018). Especialista en Docencia Superior Universitaria de la Universidad Nacional de Asunción de la Facultad de Filosofía (2019). Experta en Legaltech y la Transformación Digital del Derecho de la Universidad Austral-Beca otorgada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación (2020 Tutor en la construcción del Portal Educativo META por Paraguay Educa y Dubai Cares, Mohammed Bin Rashid Al Maktoum Global Initiatives (2020). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Università di Bologna, Italia (2021). Especialista en Derecho Societario y Asesoría impositiva para accionistas. Instituto Superior de Formación Tributaria, Comercial y Administrativa (2022). Maestrando en Ciencias Jurídicas. Universidad Columbia del Paraguay (2023-2024). Auxiliar de Docente en la Cátedra de Derechos Humanos. Universidad Nacional de Asunción- Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (2021-2023). Asesor en Derecho Societario en el Estudio Jurídico “Lopver & Asociados” (2019-2023).

Introducción

El menoscabo de la institución jurídica del Hábeas Data, ha desencadenado un sinnúmero de reclamos por el indebido, ilegítimo e ilegal uso de los medios informáticos TIC's, a través de la digitalización de los bancos de datos, afectando en forma directa los derechos fundamentales de la intimidad, el honor, la imagen social y la reputación; entre otros. Ante esta problemática, los Estados Europeos desde la década de los años ochenta han emitido recomendaciones y a la par, potenciado convenios internacionales como los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) del año 1980 y un año después, el de Estrasburgo con el fin de proteger los derechos y libertades constitucionales de la persona humana, específicamente en lo que se refiere a la privacidad más conocido como el derecho a la intimidad como escudo ante el creciente flujo internacional de datos que se encuentran no autorizados o sin una finalidad. Dada su relevancia internacional, en América Latina a través de la Organización de los Estados Americanos con las siglas O.E.A. han suscrito los 21 Estados fundadores, el 30 de abril el Pacto de San José de Costa Rica y el de Bogotá, en dichas normas se estipularon derechos para proteger al ser humano en su privacidad o intimidad, así como el derecho a la información, a la libertad de pensamiento, opinión y expresión y honor.

Sostiene Pérez (1996)²: *“El Hábeas Data constituye un cauce procesal para salvaguardar la libertad de la persona en la esfera informática, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, aunque no se tratan de derechos fundamentales sino más bien de instrumentos o garantías procesales de defensa a los derechos como la libertad informática en lo concerniente a esta institución”.*

Esta postura doctrinaria no se da en el ámbito de Latinoamérica puesto que, el Hábeas Data ha sido catalogado como un derecho autónomo y fundamental, al rango constitucional e incluso proceso constitucional. Visto de esta forma, este trabajo buscará orientar sobre el alcance de esta garantía constitucional y específicamente, como se contrapone a la problemática actual sobre el uso de datos en la realización de negocios jurídicos y operaciones financieras, en las cuales las partes exigen el suministro de una serie de datos de las personas con la intención de controlar, organizar o incluso dar seguridad tanto a las empresas del sector privado como a las entidades del sector público, en lo que denominaremos como Hábeas Data Financiero, analizando a dicha figura jurídica derivada del Hábeas Data, como un salvoconducto ante las consecuencias perjudiciales que atentan en gran medida a la intimidad de las personas y el derecho que tienen las mismas de exigir que sus datos personales sean manejados con discreción y confidencialidad; y por otra parte, a las empresas que manipulen las bases de datos que los contienen, para que de esta manera se pueda respetar la intimidad de las personas y su buen nombre.

² Antonio Enrique, PÉREZ LUÑO, *Ensayos de Informática Jurídica* (México: Distribuciones Fontamara, 1996), 14 -15.

El Hábeas Data como derecho y garantía constitucional

Conceptualización y elementos identificativos del Hábeas Data

El Hábeas Data es una institución jurídica que etimológicamente es un desfase lexical, siendo una palabra latina unida a otra de origen inglés, dando sentido al concepto generalizado que hoy en día conocemos como: **“tener, poseer, exhibir o presentar los datos o informaciones de una persona sea este natural o jurídica o de sus bienes”**³. Para los constitucionalistas brasileños, quienes estructuraron las normas jurídicas locales, federales y finalmente su Constitución de 1988, insertando esta institución como una acción constitucional de carácter exhibitorio de la libertad de información o de los datos de una persona, se inspiraron del antiguo derecho romano haciendo una semejanza entre Hábeas Corpus con el Hábeas Data, en terminología pero diferenciándolo a una institución jurídica románica para adecuarse a los casos de exhibición o aprehensión de los datos personales. La jurisprudencia en la cual se habla por primera vez de esta institución jurídica como garantía constitucional en Paraguay, la C.S.J. toma como base para exponer su postura en el exordio de la resolución judicial, los argumentos de los constitucionalistas brasileños. Como habíamos visto, en el anterior trabajo de investigación histórica y jurídica sobre el Hábeas Corpus, esta institución se adecua a la doctrina que dió nacimiento al Hábeas Corpus, haciendo mención al Interdicta Exhibitoria contenida en el Interdictum de Homine Libero Exhibiendo, por la cual ordena la exhibición o presentación de algo o de alguien siendo “el interdicto exhibitorio y popular, por el cual ordena la exhibición del hombre libre que se tiene con dolo malo; se propone defender la libertad”, aplicado a nuestros días como una especie de acta o documento. Esta postura surge de los trabajos del constitucionalista brasileño Alfonso Da Silva⁴, quien conceptualizó bajo esta premisa del interdicto exhibitorio de acta o documento, para lo cual, en la Constitución de Brasil de 1988, la introdujo como un mecanismo jurídico preventivo para el acceso y el conocimiento de los datos o informaciones personales y a su vez, como instrumento sancionatorio, de corrección, actualización y supresión de los datos en el caso de que sean incorrectos. A través de la evolución legislativa, tomo su curso en el ámbito civil y administrativo, según la naturaleza jurídica de la persona afectada de las cuales se manejen sus datos.

Hábeas Data en el Derecho Comparado: ámbito constitucional y legislativo Esta institución jurídica ha tenido un importante desarrollo en las jurisprudencias

³ Faustino, GUTIERREZ, Diccionario de Derecho Romano (Madrid, España: Ed. Reus, S.A., 1982), 304.

⁴ Expresa Ada Pellegrini Grinover “que la creatividad del constituyente brasileño forjó un nuevo instrumento de tutela de la libertad de la persona, adecuado a su salvaguarda con relación a la información”. Precisamente el Habeas Data fue creado por los constitucionalistas brasileños. Su antecedente más lejano se remonta al año de 1981, cuando el Congreso Académico de Pontes de Miranda, organizado por la Orden de Abogados y el Instituto de Río Grande del Sur, elaboró una “Propuesta de Constitución Democrática para Brasil”, en cuyo artículo 2° se consagraba un instrumento procesal con las características del Habeas Data. Con posterioridad, la Ley N° 824, del 28 de diciembre de 1984 del Estado de Río de Janeiro, sirviéndose de “La Propuesta” elaborada por la Orden de Abogados y el Instituto de Río Grande del Sur, aprobó dicho instrumento procesal. En esa ley se estableció, que las instituciones conservadas por un órgano público, estaban sujetas a la protección del mandato de seguridad, y en el caso de las entidades privadas, la tutela corría a cargo de la acción exhibidora regulada por el artículo 844.1 del Código Procesal Civil. Cuando en 1986 el Poder Ejecutivo convocó a una Comisión de juristas, el nuevo instrumento fue elevado a rango constitucional en el Anteproyecto de Constitución que dicha comisión elaboró y en cual aparecía denominado por primera vez bajo el nombre de Habeas Data”. ALCANTARA GARCIA, Erika R., et al Procesos Constitucionales.

dencias, para la doctrina constitucional latinoamericana, gracias al aporte de los Tribunales y las Altas Cortes Constitucionales y/o Corte Suprema de Justicia, según el Estado Latinoamericano y que se ha concretado en proyectos de leyes y en proyectos de leyes integrales, generales y sectoriales quienes defienden la protección de los datos personales, de acceso a la información pública, de transparencia en la gestión pública, de protección a la vida privada o de protección a los datos financieros, según el Estado que las adopte. La imperiosa necesidad de una regulación, obedece a que el Hábeas Data es una figura jurídicamente nueva, producto de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, a la modulación con medidas de seguridad técnica, jurídica y estatal de la manipulación de los medios informáticos, telemáticos o electrónicos, incorporados en todas las actividades de la sociedad actual y del Estado, con la implementación de la identidad electrónica de sus ciudadanos. Dada estas razones, la prevención efectiva contra los abusos de la informática se convierte en materia de estudio para la regulación, la cual debe ser clara e inequívoca conceptualizada el Hábeas Data a tal punto que, en algunas constituciones se establecen excepciones, restricciones, limitaciones e incluso prohibiciones para excluir la aplicabilidad de la institución de datos o informaciones sensibles o ultra sensibles para el Estado o para las mismas personas. Es por ello, que el Hábeas Data en el ámbito constitucional, en nuestro país toma dos referentes para su interpretación, que son la Constitución de la República Federativa del Brasil y de la República de Portugal, en las cuales se configura como una acción constitucional judicial o administrativa interpuesta por toda persona a fin de garantizar el acceso y conocimiento de los datos personales o solicitar en su caso, la rectificación y aplicación directa e inmediata. Esta configuración se manifiesta en el artículo 5 de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988, como base de la doctrina constitucional brasileña, y posteriormente, se efectuó su regulación legislativa a nivel local, federal hasta llegar a la Constitución como un “remedio” o garantía constitucional apta para la defensa y protección las informaciones o datos de las personas naturales o jurídicas concernidas, siempre que se hayan recabado en un registro o banco de datos, inicialmente de titularidad pública. Así mismo, y; una vez haya aprehendido el conocimiento de dichos datos o informaciones personales y encontrándolos se entiende erróneos, incompletos, inexactos, no veraces, “antiguos” o contrarios al derecho, podrá escoger entre un procedimiento “secreto, judicial o administrativo” para solicitar la rectificación de los mismos. De esta manera, el procedimiento podría ser seleccionado por el afectado entre un proceso secreto, judicial o administrativo para solicitar no el acceso y conocimiento de la información o datos, sino para impetrar la rectificación de los mismos, una vez los ha conocido por cualquier otro medio o mecanismos viables en el derecho civil o comercial, sí se trata de personas privadas; o en instrumentos jurídicos viables en el derecho público y principalmente administrativo, tales como el derecho de petición o recursos administrativos ejercitados ante autoridades gubernamentales o de “carácter público”. Sin embargo, en Latinoamérica varía levemente en su procedimiento ya sea por un amparo específico o por un proceso exclusivo del Hábeas Data como excepción. En el ámbito legislativo el Hábeas Data es conceptualizado en las leyes de los Estados Latinoamericanos como acción, recurso o garantía de carácter jurisdiccional y tiene como objetivo y finali-

dad la protección y garantía de los derechos constitucionales y legales, especialmente el derecho a la intimidad, el honor, el buen nombre, la imagen, la voz, la información y la reputación, siempre que los datos o informaciones personales se hayan tratados o procesados por medios informáticos, medios manuales o escritos y se hayan recabado en bancos o bases de datos. El derecho de Hábeas Data protege legislativamente desde el acceso y conocimiento de los datos personales hasta la actualización, rectificación y eliminación de éstos, cuando resultan inexactos, erróneos, incompletos, “antiguos”, “discriminatorios”, falsos o contrarios al derecho.

Datos sensibles

La doctrina comúnmente denomina “datos sensibles o ultra sensibles” a las informaciones que describen la intimidad de las personas, y que su uso indebido pueda afectar la intimidad del Titular o generar su discriminación, los que se refieran a su estado de salud presente y futuro, el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos y la orientación sexualidad.

El primero, el segundo y el último son los datos ultra sensibles pues las normas comunitarias deprecian medios de defensa, protección y tutela jurídica efectiva mayor que el resto de datos sensibles.

En el derecho latinoamericano, las normas protectoras de datos, de la vida privada, del acceso a la información pública, mantienen la clasificación genérica del derecho europeo, pero elevan a rango legislativo lo que allá es doctrina, cuando regulan en forma expresa los datos personales sensibles, que por definición y esencia sólo pueden ser atribuibles a la persona humana o física.

¿Qué derechos protege?

El Hábeas Data protege los datos de las personas, ya sean estas de naturaleza física o jurídica, por lo cual, tiene una estrecha vinculación con la esfera privada del individuo ingresando al campo del derecho a la intimidad, así como de otros derechos y libertades de rango constitucional.

Con la transformación digital, la recolección de datos en nubes y el derecho al internet, abrió una ventana a las vulneraciones en materia de ciberseguridad, específicamente en la manipulación de información, el uso abusivo de los datos y la existencia de bancos de datos de acceso inmediato, cuyo control o acceso proporciona una fuente de poder a quien la posee. La falta de regulación específica del manejo de los datos de registros oficiales y la vulneración del derecho a la intimidad en nuestro país, crea una inseguridad jurídica para todas las personas tanto físicas o jurídicas, con los argumentos del derecho al acceso a la información pública y a la lucha contra el lavado de dinero, vigilan al ciudadano no solo en sus datos personales sino también crediticios o el poder adquisitivo, deshumanizando la información y creando un mercado para el mejor postor.

Bajo esta idea, se crea el debate doctrinario de Pablo Palazzi, en el Hábeas Data dentro del derecho argentino, asegurando que solo protege el derecho a la intimidad o privacidad o va más allá a fin de garantizar valores constitucionales como la verdad, la igualdad o incluso el complejo de derechos que hacen a la identidad, como resultado del honor y la imagen.

El proceso constitucional del Hábeas Data y su procedimiento

El Hábeas Data en el proceso constitucional es entendida como una garantía constitucional, por ello, primeramente, definiremos: ¿Qué es una garantía? En palabras del Dr. Héctor Fix Zamudio⁵, la define como: *“instrumentos procesales aptos para la defensa de los derechos fundamentales”*. Ahora bien, debemos examinar cuales son los derechos fundamentales que protege en nuestra constitución nacional, veamos el artículo 135, que textualmente reza: *“Toda persona puede acceder a la información y a los datos que, sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el Magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afecten ilegítimamente sus derechos”*.

La Constitución Nacional de la República del Paraguay, prevé en los artículos 135 y 134, la acción de Hábeas Data y de Amparo, respectivamente. Pero como todas las demás garantías constitucionales poseen una ley reglamentaria que especifica el proceso judicial que se instaurara por el afectado para garantizar la defensa de estos derechos, solo el Hábeas Data no lo posee, pero al ser su característica también la urgencia en expedirse, lo equipará jurídicamente como una acción de Amparo específico, pero con los siguientes objetivos: (a) Acceder a la información o los datos del concernido o sus bienes que se hayan recabado en bancos de datos públicos o privados; (b) Conocer el uso y finalidad de sus propios datos; y (c) Actualizar, Rectificar y destruir los datos erróneos o que afecten ilegítimamente a sus derechos.

De conformidad a estos objetivos el Hábeas Data puede ser clasificado según su finalidad en: 1. De Acceso, cuando el afectado pretende acceder a la información o datos concernientes a su persona o sus bienes que obren en bancos de datos públicos o privados; 2. Cognitivo, cuando el afectado declare su derecho de conocer el uso y la finalidad que se le da a sus propios datos; 3. Actualizador, cuando el afectado reclame a la fuente de información la actualización de los datos erróneos por antigüedad que obre en los registros públicos o privados; 4. Rectificativo, cuando los datos erróneos deban ser verificados y corregidos porque afectan a la persona que los reclama y por último; 5. Destructor, cuando el afectado solicite al Magistrado la eliminación de datos o informaciones que le perjudiquen por no ser veraz o que afecten legítimamente a sus derechos.

Del análisis de las actas de la Convención Nacional Constituyente, se des-

⁵ García Belaunde, Domingo. “Diferencias entre el Hábeas Data y la acción de amparo o tutela constitucional en Perú”. Revista Ius et Praxis, Año 3, Número 1º, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Talca, Talca (Chile) 1997, pp. 179-188.

prende el poco debate que ha suscitado esta importante garantía. En la sesión plenaria del día primero de junio de 1992 se discutieron solo dos mociones, la de la comisión redactora que propuso el texto actual del artículo 135, mientras que en la otra moción fue propuesta por el convencional Dr. Luis Lezcano Claude, en la que sugería remplazar la expresión de “registros públicos y registros privados de carácter público”, por la expresión “entidades públicas o privadas”, sin embargo, esta última moción no prosperó, lastimosamente porque creemos que es una expresión más acorde a fin de individualizar el origen de las fuentes de información.

El Habeas Data como procedimiento se entiende como:

-Legitimación: Está legitimada para promover la acción cualquier persona física o jurídica, afectada por la existencia de datos que pudieran ser erróneos o falsos o indebidamente difundidos. Bajo esta premisa, es importante que la persona que lo solicite, para darse la admisibilidad de la acción debe sentado el contenido del registro o una constancia que afecte los derechos del mismo, ya que, en caso contrario, cualquier persona podría solicitar la exhibición de cualquier registro y conocer ilegítimamente, detalles relativos a terceras personas.

-Objetivo: La Acción de Hábeas data tiene por objetivo: a) acceder a la información y a los datos que consten en registros públicos o privados de carácter público; b) conocer el uso o finalidad de tales registros; y c) solicitar la actualización, rectificación o destrucción de aquellos supuestos que fueren erróneos o afectaren indebidamente sus derechos.

-Procedimiento: Uno de los requisitos fundamentales de esta garantía constitucional, dentro del proceso judicial es que al inicio la peticionante afectada, debe acreditar que existe algún registro en el que consten datos relativos a su persona, refiriéndose específicamente a los “registros oficiales o privados de carácter público”.

Conceptualizando como registro a un repositorio documental, librado al servicio público y que brinda certeza o seguridad jurídica, esto se ilustra en los distintos registros que funcionan bajo la dependencia del Poder Judicial o si consideramos a las Bases de Datos, que pueden anotar o fijar datos relativos a una persona afectándola en su intimidad o imagen.

El Magistrado Judicial competente, debe inferir la legitimidad del reclamo para dar trámite, una vez, establecida la existencia del Registro y los datos relativos a la persona que solicita su examen, se pasa a la segunda etapa, esto es, la contrastación de tales datos con los manifestados y justificados por tal persona.

Necesariamente, a los efectos de la observancia de las reglas del debido proceso legal, en esta etapa debe observarse el Principio de Bilateralidad, dado que en caso contrario se libraría al arbitrio de cualquiera, asentar en registros públicos cualquier dato que pudiera resultar inexacto y con ello originar perjuicio a terceros.

Culminando la etapa anterior, la cuestión queda en las manos del juez,

quien debe adoptar una decisión que solamente puede tener como contenido: a) no hacer lugar a la petición porque los datos son correctos; b) disponer, en su caso, la corrección de los datos asentados en el registro, ante la constatación del error existente; y c) disponer la destrucción de lo que estuviere indebidamente asentado en el registro, supuesto que tales datos, aparte de erróneos, afecten ilegítimamente los derechos del recurrente.

Cabe señalar, que las garantías son mecanismos establecidos en la norma fundamental, para hacer posible la realización de los derechos consagrados en ella, como bien lo expresa el Dr. Martínez Simón al expresar cuanto sigue: *"Para hacer viables o ejecutables a estos derechos básicos y esenciales de los ciudadanos, la misma Constitución Nacional, nos provee de las herramientas idóneas, de este modo, aquellas facultades no queden enunciación lírica y que puedan ser efectivizados por los particulares a favor de quienes se ha reconocido la existencia de aquellos.//sic"*⁶, entonces es preciso explicar que no se debe confundir la garantía con el derecho protegido. En principio, la Sala Constitucional ampliada de la Corte Suprema de Justicia, es decir, el pleno de sus integrantes, ante la falta de norma que establezca los trámites de la garantía señalada, ha resuelto por A.I. N° 649 de fecha 25 de junio de 1996, algunas cuestiones que hasta hoy sirven de base para el estudio y resolución del Hábeas Data por los diversos Juzgados y Tribunales de la República.

La resolución señalada, se refiere a los derechos que protege la garantía estudiada, refiriendo cuanto sigue: *"El Hábeas Data es una garantía constitucional tendiente a tornar efectivas algunas previsiones constitucionales, tales como el derecho a la intimidad (art. 33 C. Nacional), la inviolabilidad del patrimonio documental y la comunicación privada, (art. 36 C. Nacional), o la protección de la dignidad y de la imagen privado de las personas (Art. 22 in-fine)."*⁷

Si bien, lo establecido en el fallo individualizado más arriba, no puede entenderse como un listado taxativo, cabe señalar que cuando hablamos de dignidad de las personas, necesariamente debemos referirnos también a lo establecido en el Art. 4 de la C.N., en cuanto a que la vida misma debe ser protegida por el Estado en relación no solo a la protección física y psíquica, sino también en cuanto a su honor y reputación.

El Hábeas Data Financiero

¿A qué nos referimos con el Hábeas Data Financiero?

En una sociedad digitalizada como hoy en día, es legítimo el uso de la información por parte de los sujetos dentro de las relaciones contractuales, acce-

⁶ Alberto Martínez Simón. El Hábeas Data, Garantía Constitucional novedosa. Fórmulas Procesales para su aplicación efectiva", Publicado en la Revista Derecho Procesal Constitucional, Garantías Fundamentales, Constitución y Proceso (ISBN 978-99953-2-872-6), Editorial Hesaka S.R.L., Encarnación, Paraguay. Setiembre de 2014, Pág. 521.

⁷ A.I. N° 649, 1996, dictado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Partes: Stanley Chamorro, María del Rosario, Publicado en: LLP 1999, pág. 1230 Cita Online: PY/JUR/130/1996.

diendo a los bancos de datos, con la finalidad de verificar si las partes poseen buena fe de cumplir con la obligación contraída. De este argumento surge, responsabilidad del mal uso de la misma que puede traer consecuencias perjudiciales que afecten en gran medida a la intimidad de las personas. Sin embargo, esos datos personales y patrimoniales deben ser manejados con discreción y confidencialidad.

El Hábeas data como derecho y como garantía constitucional, suministrada ut supra, se puede deducir que los sujetos que intervienen en su estructuración están los titulares de los datos, los causahabientes o sucesores, El Estado como persona jurídica de derecho público y los responsables de los bancos de datos públicos o privados, o de "las centrales de información" financiera (crediticia, bancaria, bursátil, tributaria, tarifaria, etc..) o especializada.

En nuestro país, no surge todavía una distinción entre el Hábeas Data y el Hábeas Data Financiero, pero bajo la creciente problemática de las empresas de Informes Confidenciales o Credit Reporting Agencies, es recomendable esta distinción ya que las consecuencias jurídicas de su mal uso de los datos financieros afectan no solo la esfera de los derechos a la intimidad, el honor y la reputación sino también el derecho al trabajo, a una calidad de vida digna y a los derechos económicos, a continuación expondremos del porqué de este concepto y distinción.

La historia crediticia de una persona se convierte en información valiosa cuando se piensa en adquirir un crédito ante una entidad financiera, crediticia o comercial, ya que esta es utilizada para analizar la capacidad de endeudamiento que, si bien no es el único elemento de juicio que debe ser considerado a la hora de otorgar o no un crédito, sí es un elemento determinante. Adquirida la obligación, surgen prestaciones mutuas, en especial, para el operador de la información, quien deberá actualizar y rectificar permanentemente los datos consignados en sus bases, de forma clara y verídica.

Dada estas razones, el Hábeas Data Financiero ya se encuentra regulado como tal en la Ley N° 1266 de 2008 y sus decretos reglamentarios en Colombia, siendo el país pionero a nivel latinoamericano en otorgar esta protección a sus ciudadanos, siguiendo este lineamiento también se encuentra en este camino Argentina, Ecuador, Honduras y Brasil, pero lastimosamente, Paraguay aún no.

El Hábeas Data Financiero al ser reglamentado, no sólo le permite a las personas conocer, actualizar y rectificar su información comercial, crediticia y financiera sino que al mismo tiempo dicha información se constituye en un factor determinante para el estudio de riesgo y análisis crediticio en una economía de mercado, toda vez que los usuarios de dicha información (potenciales acreedores) almacenada por los operadores de las bases de datos (centrales de riesgo) pueden establecer, entre otros aspectos, la capacidad de endeudamiento y el hábito de pago (reputación, comportamiento o moralidad crediticia) de los titulares de la información. Desde otra perspectiva es importante resaltar que el

reporte sobre el cumplimiento de las obligaciones se constituye también en una garantía complementaria del crédito que en la práctica resulta más eficaz que una garantía clásica tradicional, especialmente si se tiene en cuenta que el reporte negativo sobre una obligación no sólo es visto como una “sanción” sino que en la práctica puede significar la “muerte civil” del titular del dato.

En efecto, el avance tanto en la reglamentación y el reconocimiento de este tipo de Hábeas Data, permite dotar expresamente en la norma de responsabilidad solidaria a las entidades financieras, crediticias o comerciales y directamente, a las empresas que comercian los datos e informaciones crediticias como fuentes de información, siendo rigurosos con el consentimiento del titular, ya que incluso sanciona el uso de los datos sin una previa autorización del titular. Asimismo, para seguir operando en el mercado comercial, deberán reportar y realizar las debidas actualizaciones a la información relacionada con el comportamiento de pago y el historial de las obligaciones adquiridas del titular de la información, ya sean reportes positivos o negativos.

Sistemas de Información Crediticia

En 2001, la Corporación Financiera Internacional (IFC, por su sigla en inglés) lanzó el Programa Global de Sistemas de Información Crediticia.

La IFC ha respaldado el desarrollo de estos organismos en más de 40 países, mediante servicios de consultoría e inversiones, como el apoyo prestado al organismo regional de sistemas de información crediticia de América Central y al primer organismo privado de este tipo que se inauguró en Egipto, el trabajo realizado con el marco legal y regulatorio de Kenia y de Panamá y la asistencia que se está brindando actualmente para el desarrollo de un bureau de crédito privado en Vietnam.

La IFC, junto con el Banco Mundial, realizó una evaluación de los sistemas de información crediticia en más de 100 países. Los sistemas de información crediticia son una parte esencial de la infraestructura financiera que permite el acceso al financiamiento.

Hoy en día, menos del 25% de los habitantes de países en desarrollo tiene acceso a servicios financieros formales, proporción que en los mercados desarrollados es de hasta el 90%. El desarrollo del sector financiero fomenta el poder productivo de las empresas y facilita la inclusión del sector informal en la economía formal. El acceso al ahorro y al crédito en zonas rurales permite que los agricultores suavicen su consumo y, a menudo, que sobrevivan a los riesgos impredecibles que representan las sequías y otros desastres naturales.

La obtención de un préstamo para financiar la educación de los hijos permite que las familias mejoren la vida de los niños y reduce la necesidad de someterlos a los daños del trabajo infantil. El acceso al financiamiento a largo plazo necesario para construir un hogar adecuado es el resultado directo de una interrelación compleja de distintos intermediarios financieros, dentro de una in-

fraestructura financiera y un marco regulatorio adecuados

Bajo estas premisas, este sistema utiliza los datos suministrados por las fuentes de información, que son las fuentes accesibles al público, las cuales realizan la tarea de un fichero global, donde cualquier persona o entidad pública o privada que en el ejercicio de sus funciones o actividades, gestione una base de datos personales o crediticios, cuya consulta puede ser realizada por cualquier persona, sin limitaciones ni exigencias que más que el pago de una contraprestación como tasa o un arancel preferencial por la consulta.

Estos pueden ser datos proveídos por los Censos Nacionales, Padrones, Repertorios telefónicos o listado de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público, los Diarios y Boletines oficiales y los medios de comunicación. En cambio, las fuentes de información crediticia son las personas públicas y privadas que, debido a sus actividades, poseen información crediticia, ya sean los Organismos y Entidades del Estado, y Entidades Administradoras de Fondos Previsionales que, por su naturaleza y funciones, posean información relevante para el análisis del riesgo crediticio o la persona, entidad u organización que recibe o conoce datos personales de los titulares de la información, en virtud de una relación comercial o de servicio o de cualquier otra índole y que, en razón de autorización legal o del titular, suministra esos datos a un operador de información, el que a su vez los entregará al usuario final. Si la fuente entrega la información directamente a los usuarios y no, a través de un operador, aquella tendrá la doble condición de fuente y operador y asumirá los deberes y responsabilidades de ambos.

La fuente de la información responde por la calidad de los datos suministrados al operador la cual, en cuanto tiene acceso y suministra información personal de terceros, se sujeta al cumplimiento de los deberes y responsabilidades previstas para garantizar la protección de los derechos del titular de los datos.

De esta manera, los sistemas de información crediticia unen y verifican los datos para generar un informe crediticio para cada individuo.

Este informe constituye un perfil exhaustivo de la persona que luego se vende a las empresas de crédito, en los que se detallan las cuentas crediticias, los datos personales como: el nombre completo; su número de identificación o cédula de identidad civil, si es aportante o no de un seguro social, su fecha de nacimiento; su domicilio actual y los anteriores; otras formas de identificación; su historial de empleo; alertas, como robo de identidad o bloqueos de seguridad, la fecha de actualización de la información y por sobre todo la información sobre las cuentas de crédito (tanto vigentes como canceladas) que pueda haber tenido : todas las cuentas al día, las cuentas en mora, el historial de cuentas negativo y todas las consultas previas realizadas por el mismo o por las empresas en los últimos 12 meses.

Empresas de Informes Confidenciales o Credit Reporting Agencies

Las empresas de informes confidenciales o credit reporting agencies son los responsables del tratamiento, banco o registro de datos, "Centrales de información" financiera o especializada, los "Operadores de los Datos", los fuente-operador de información y "Las Agencias de información comercial", quienes pueden presentarse como personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que administran, manejan, dirigen o son responsables de los bancos de datos personales públicos o privados y constituyen se constituyen como "sujetos pasivos" del tratamiento informatizado o no de datos, en otros términos, son los sujetos legitimados por pasiva.

En Paraguay, estas empresas son de naturaleza privada y ofrecen servicios financieros, en las cuales se registra el comportamiento crediticio, financiero y comercial de las personas que celebran operaciones con entidades financieras, cooperativas y empresas, siendo **INFORMCONF S.A.**, la que ha dominado el mercado de la información crediticia y bancaria, por varios años y la que ha generado gran parte de la jurisprudencia y de la cual el ciudadano ha estado desprotegido sin el amparo judicial en materia , con la venta sin una reglamentación de los datos financiero en nuestro país.

Si bien es cierto, en nuestra Constitución Nacional de 1992, el Estado reconoce la inviolabilidad del derecho a la intimidad no solo en el ámbito personal sino también familiar, dentro del marco jurídico nacional, estos derechos no residen en forma aislada. Porque conviven cotidianamente con el derecho a la información.

En este sentido, la Constitución Nacional también reconoce el derecho de toda persona a recibir información veraz, responsable y ecuaníme.

Las fuentes públicas de información son libres para todos los habitantes. Ahora bien, la discusión jurídica y doctrinaria se centra en los derechos que se ven vulnerados al darle mayor envergadura o una superioridad al derecho a la información antes que al de la intimidad.

No se da esto por un desconocimiento del ámbito de protección o regulación de una norma en materia legislativa, sino más bien, el vacío legal apaña la creación de negocios económicamente fructíferos, que ofrecen al mercado la venta no solo del acceso a una base de datos de carácter privado sino también la utilización de estos, por empresas denominadas como: "Empresas de Informes Confidenciales" (conocidas internacionalmente como credit reporting agencies). En el Paraguay, por ejemplo, la empresa pionera fue la denominada **INFORMCONF S.A.**, hoy en día, **EQUIFAX INC.**, mostrándose como una empresa líder en soluciones de información a nivel mundial la cual adquirió **INFORMCONF S.A.** en octubre del 2013. Es preocupante, que sostengan que su objetivo es el empoderamiento financiero de individuos y organizaciones en todo el mundo.

Usando la fortaleza combinada de datos únicos, tecnología y analítica innovadora, reconociendo sus orígenes como una empresa de crédito para los ciudadanos, para luego, limpiar su imagen con la finalidad de comercializar sus acciones en la bolsa de valores, en la categoría de empresa proveedora de ideas y conocimientos (esto sabemos, a nivel económico que opera como empresa evaluadora de riesgos) que ayudan a sus clientes a tomar decisiones informadas. Con su sede corporativa en Atlanta, Georgia, Equifax opera o tiene inversiones en 24 países en América del Norte, América Central y América del Sur, Europa y la región de Asia y el Pacífico. Es miembro del Índice Standard & Poor's (S&P) 500®, y sus acciones cotizan en la Bolsa de Nueva York (NYSE) con el símbolo EFX. Equifax cuenta con 10,1000 empleados en todo el mundo. Con esto, se hace visible que el manejo de datos crediticios y personales que obran en los registros oficiales en el Paraguay, no quedan solo para el uso local, sino que también al ser cliente de esta empresa, uno puede acceder de forma remota en cualquier parte del mundo, a su base de datos por un monto establecido como precio, esta empresa provee información crediticia de las personas (en la mayoría de los casos potenciales clientes) que sus suscriptores solicitan.

Esta información puede consistir en datos personales, deudas contraídas, demandas judiciales entabladas, así como también préstamos solicitados.

Bien es sabido, que las altas tasas de endeudamiento producen efectos en cascada que en muchos casos conllevan a deudas impagas, demandas judiciales, convocatorias de acreedores y hasta la quiebra de una determinada persona. Aunque es necesario proteger los datos personales, también es cierto que aquellas entidades financieras que otorgan préstamos precisan saber la información crediticia de sus clientes.

Ante el ilimitado alcance en los datos e informaciones de carácter privado que manejan, cualquier persona se halla potencialmente expuesta a ser perjudicada no solo en el ámbito comercial nacional sino también a nivel internacional, lo cual agrava aún más la compleja situación que se puede visibilizar sin una ley que la reglamente y regule. Se plantea entonces, el problema del consentimiento informado, como se puede observar entre las incontables leyes dictaminadas en materia del acceso a la información, de las cuales abordaremos en el siguiente apartado, solo sirven para generar aún más confusión legal sin una ley reglamentaria del Hábeas Data surge una normativa que no remedia el vacío legal pero por lo menos empieza a dar la verdadera importancia en acordar ciertos conceptos a la hora de salvaguardar el derecho a la intimidad y el uso de los datos personales crediticios, la Ley N° 6534/20 "*De Protección de Datos Personales Crediticios*". En su artículo 6, garantiza a toda persona que le sea informado en forma expresa y clara la finalidad que se dará a los Datos Personales requeridos sobre ella, para que pueda manifestar expresamente su consentimiento para la obtención y uso de sus Datos Personales.

Dicho consentimiento debe ser expreso e inequívoco, constando de forma escrita, electrónica, digital o mediante otro mecanismo fehaciente. El consenti-

miento puede ser revocado expresamente en las mismas condiciones, a título gratuito, sin efecto retroactivo.

A su vez, el tratamiento y la cesión de Datos Personales se consideran ilícitos cuando el titular de los mismos no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso y consciente en la forma indicada.

El responsable del tratamiento de los datos debe demostrar que su titular consintió su uso. Cabe señalar en este artículo, las empresas crediticias hacen muchas veces caso omiso a esta autorización previa o en otros casos insertan una cláusula que consiente dicho acceso a los datos personales en sus contratos de adhesión, pero no tienen en cuenta que el consentimiento que obra en dicho contrato es conocido como diligencias previas a la celebración del contrato o en otros casos hasta que termine la obligación contraída, con el fin de proteger el derecho a la intimidad expresa este artículo que el consentimiento puede ser revocado expresamente en las mismas condiciones y a título gratuito.

El alcance de la seguridad crediticia

En el apartado anterior, nos referimos a las Empresas de Informes Confidenciales o Credit Reporting Agencies, comentando sus alcances en nuestro país y los efectos negativos de su irregularidad en el manejo comercial de los datos personales de todos los ciudadanos, evidenciando la vulneración de derechos en este mercado emergente. Por estas razones, quisimos adentrarnos a sus antecedentes históricos y buscar las respuestas a las siguientes preguntas: ¿Dónde se originó este tipo de empresas? ¿Con qué finalidad? ¿Por qué Equifax es líder mundial en seguridad crediticia? Históricamente, los Burós de Créditos se originaron en Atlanta, Estados Unidos, en el año 1898, cuando el comerciante Sr. Cator Woolford, quien trabajaba en un almacén, encargado del registro del listado de clientes, verificando si era conveniente o no darle a crédito o fiado los productos. Viendo, como su evaluación de riesgo crediticio arcaico tenía un buen rendimiento para el almacén, decidió copiar el listado de clientes y vender este registro a los demás negocios. Esta idea tuvo tanto éxito, a costas del perjuicio ocasionado a la empresa con la migración de la lista de clientes, que Cator Woolford decidió renunciar a su puesto y fundar una empresa dedicada al registro de los datos personales y crediticios de las personas, con su hermano quien ejercía la abogacía.

El 22 de marzo de 1899, un año después, de esta acción moralmente cuestionada, con todas las ganancias recibidas, surge la empresa multinacional americana llamada **EQUIFAX INC.**, actualmente, opera en 24 países del mundo incluyendo nuestro país, desde el año 2013, época en que adquiere la empresa **INFORMCONF S.A.**

Actualmente, la noción utilizada para referirse a los Burós de Créditos, ha sido modificada, ya no un simple registro de fiadores o deudores o un cuaderno de uso comercial, sino acorde a la era digital, como empresas que a través del

uso de sistemas informatizados se encargan de recopilar los datos sobre los créditos otorgados a las personas y del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas, evaluando a través de esos datos su capacidad monetaria y de endeudamiento.

Por medio de estos datos, se las empresas van calificando el riesgo de otorgar futuros créditos a las personas. De esto, se desprende la estrecha relación entre el rol de los Burós de Créditos y la seguridad crediticia, cumpliendo un rol en la economía al reducir la asimetría de información entre las personas y los otorgantes de crédito, en mercados competitivos, donde la información se traduce en beneficios para los consumidores quienes tienen un mayor y mejor acceso al crédito, noción acuñada por el Banco Mundial, muy alejada a la realidad. A lo largo del proceso legislativo previo a su sanción y promulgación, la ley de protección de datos crediticios sufrió numerosas modificaciones. En Paraguay, aparece esta expresión recién en la Ley N° 1682/01, siendo la primera en regular este sector a favor de estos Burós, a través de la libertad de recopilar datos para fines privados y el libre acceso a las fuentes públicas de información. Centrando su rol en la seguridad crediticia y la solvencia económica. Posteriormente, esta normativa fue modificada por la Ley N° 1969/02, un año después, modificando los artículos con respecto al objeto de la actividad de los Burós de Créditos y la libertad de investigación, prensa y acceso a la información pública. Por ello, desde el 2001 al 2014, en nuestro país solo se había compartido información crediticia negativa, es decir, las deudas impagas, hasta que, en el año 2015, se da la segunda modificación con la Ley N° 5543/15, que incluyó en el artículo 5 inciso d) por primera vez una mención a la información positiva o de cumplimiento. Estableció una permisión expresa para publicar o difundir la información sobre el cumplimiento de obligaciones financieras y comerciales como límite de crédito, compromisos del mes y saldo adeudado.

En el artículo 9 redujo el plazo por el cual puede reportarse deudas que ya fueron canceladas de 3 años a su eliminación inmediata. Esto impidió la construcción de un historial crediticio completo, y lo limitó a ser un simple registro del día. Recién en el año 2020, la normativa de la Ley N° 6.534/20, en el artículo 3 establece los conceptos básicos necesarios para la aplicación e interpretación de esta ley, conceptualizando a la información crediticia como aquella información, positiva y negativa, relacionada con el historial crediticio de las personas físicas y jurídicas, tanto de sus actividades crediticias, comerciales, como también de otras de naturaleza análoga, que sirva para identificar correcta e inequívocamente a la persona, su domicilio, actividad comercial, determinar su nivel de endeudamiento, de cumplimiento de sus obligaciones y, en general, de riesgos crediticios en un determinado momento.

Así, a las fuentes de información crediticia como las personas o empresas públicas y privadas que, debido a sus actividades, poseen Información Crediticia, entre las cuales pueden encontrarse entes públicos y administradoras de fondos previsionales.

De modo que, la seguridad de la información crediticia en el artículo 7 determina que es el responsable el tratamiento de Información Crediticia y de otros, es quien debe garantizar la adopción e implementación de medidas técnicas, organizativas y de seguridad necesarias para salvaguardar el acceso y la integridad de la misma, para evitar su alteración, pérdida, consulta, comercialización o acceso no autorizado. Las personas responsables, encargadas del tratamiento de Información Crediticia de terceros, y quienes intervengan en cualquier fase de su recolección, procesamiento, almacenamiento, uso o circulación deben mantener su secreto, salvo orden de autoridad competente. Estos son: BCP y sus órganos de supervisión, en ejercicio de sus funciones; autoridad judicial competente en base a una resolución dictada en el proceso que el afectado sea parte; Contraloría General de la República, si se refiere a una persona o empresa determinada y se encuentra en curso una auditoría o verificación sobre la misma ante el ente; Subsecretaría de Estado de Tributación (SET) o de la Dirección Nacional de Aduanas (DNA), si se refiere a un responsable o contribuyente determinado y esté en curso una verificación sobre el mismo ante los entes; Ministerio Público; o Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero o Bienes (SEPRELAD). Por consiguiente, las empresas que presten servicios de Información Crediticia, tanto del sector financiero como del no financiero, pueden tratar Información Crediticia relativa a la solvencia económica y al crédito del titular, obtenidos de fuentes públicas o que procedan de informaciones facilitadas por el mismo o con su consentimiento, que permitan conocer el cumplimiento de sus obligaciones y todo aquello que contribuya al análisis de su perfil crediticio y determinar su capacidad de pago. Igualmente deben incluirse las morosidades en prestaciones alimentarias, desde el inicio de la demanda. Siendo estos servicios autorizados única y exclusivamente a los Burós de Información Crediticia autorizados por el BCP, teniendo en cuenta la reglamentación que dictará el BCP, ya sean estas las entidades de intermediación financiera y de crédito; Cooperativas; personas o empresas que otorguen créditos; mutuales, casas de préstamo y casas de empeño; personas o empresas que se dediquen a la venta de productos a crédito, o que presten servicios bajo contratos con pagos a plazo, o que requieran de Información Crediticia de terceros para tomar decisiones; y las personas o empresas que mediante plataformas tecnológicas funcionen como un canal o medio para facilitar la intermediación o la conexión de créditos ofrecidos por terceros a titulares de la Información Crediticia, permitiéndoles acceder a la oferta de crédito. Las mismas, deben regularmente a los Burós de Información Crediticia los datos actualizados de los clientes de su cartera crediticia, particularmente sobre el cumplimiento de obligaciones crediticias, las que deben ser notificadas dentro de las 24 horas de su cancelación, situación que la ley expresa, pero en la práctica se hace caso omiso; evadiendo la responsabilidad tanto los usuarios como las empresas prestadoras de este servicio a los Buros, otra problemática que se puede observar bajo el artículo 17 sobre los Burós de Información Crediticia no pueden tramitar ni divulgar Información Crediticia sobre: deudas vencidas no reclamadas judicialmente que hayan superado tres años de inscripción; deudas canceladas, luego de recibida la notificación de un usuario de Información Crediticia; y juicios de convocatoria de acreedores después de cinco años de su admisión. Como se evidencia en la práctica, estas empresas de información

confidencial y los buros han establecido un negocio rentable con la venta de los datos e informaciones personales y crediticias, ultrajando los derechos de las personas, incumpliendo las normativas de esta ley, sin una verdadera sanción legal impuesta por el órgano judicial competente ni mucho menos la autoridad administrativa designada. Y, a pesar que el artículo 15 prohíbe taxativamente que los usuarios de Información Crediticia, usar o proveer a terceros Información Crediticia para que la misma se use para tomar decisiones laborales, acceso al empleo, promoción, traslado o despido de personal o para negar o restringir el acceso a la medicina prepaga, o negar o restringir al acceso a la atención médica de urgencia a cualquier persona, actualmente, todas las empresas privadas a nivel nacional e internacional, utilizan esta información como filtro o parámetro para denegar el derecho al empleo en las personas. Bajo esta situación, se vulnera el derecho al pleno empleo reconocido en nuestra Constitución Nacional y el de la igualdad.

Marco legal vigente en nuestro país

En el Paraguay, la información de carácter privado ha sido reglamentada por Ley N°1682/02, que a su vez ha sido modificada por las leyes Ley N°1696/02 y N°5543/15, respectivamente. Este marco jurídico exige que aquella persona que pretenda divulgar información de carácter privado obtenga primeramente la debida autorización. A su vez regula el procesamiento, almacenamiento y divulgación referente a la información de datos personales que se encuentran en los archivos, registros, bancos de datos o cualquier otro medio que almacene datos públicos o privados destinados a dar informe.

El objetivo es garantizar el pleno ejercicio de los derechos de sus titulares. En este sentido, se establece una excepción para datos obtenidos con fines científicos, estadísticos, de encuestas y sondeos, siempre que en las publicaciones no se individualicen las personas o entidades investigadas, y con ello, prohibir la divulgación de datos sensibles. Las leyes citadas precedentemente, no establecían una autoridad de aplicación específica, y si una persona consideraba que los derechos que la misma le garantizaba habían sido violados, debía recurrir a la justicia ordinaria para reclamar una indemnización en sede civil. Hasta que el 28 de octubre de 2020, entra en vigencia la Ley 6.534/20 "De Protección de Datos Personales Crediticios", derogando la Ley 1.682/01 y sus modificaciones, estableciendo un nuevo régimen de protección de datos e información personal en Paraguay, con dos autoridades de aplicación, el Banco Central del Paraguay (BCP) y la Secretaría de Defensa del Consumidor y del Usuario (SEDECO), que pueden sancionar a los infractores de dicha ley conforme a la misma. De acuerdo a su artículo 1, la Ley 6.534/20 tiene por objeto garantizar la protección de datos crediticios de toda persona, cualquiera sea su nacionalidad, residencia o domicilio. También regula la actividad de recolección y el acceso a datos de información crediticia, así como la constitución, organización, funcionamiento, derechos, obligaciones y extinción de las empresas que se dediquen a la obtención y provisión de información crediticia, con el fin de preservar los derechos fundamentales, la intimidad, la autodeterminación informativa, la libertad, la se-

guridad y el trato justo de las personas, conforme a la Constitución Nacional, la Ley 6.534/20 e instrumentos internacionales sobre la materia de los que Paraguay es parte. Asimismo, en cuanto al ámbito de aplicación de la Ley 6.534/20, su artículo 2 determina que la misma es de aplicación obligatoria al tratamiento de datos personales en registros públicos o privados recopilados o almacenados en Paraguay en sistemas de información, archivos, registros o bases de datos físicos, electrónicos o digitales a través de mecanismos manuales, automatizados o parcialmente automatizados de recolección de datos.

Autoridades de Aplicación, infracciones y sanciones

La Ley 1.682/01 no instituía una autoridad de aplicación para la misma, que actuara como supervisor del sistema de protección de datos de la misma. Bajo su artículo 20, la Ley 6.534/20 inviste como autoridades de aplicación de dicha ley al BCP y a la SEDECO. En cuanto sea pertinente, el BCP y la SEDECO deben coordinar esfuerzos para que la Ley 6.534/20 se cumpla.

El BCP y la SEDECO, cada uno dentro de su ámbito de competencia, pueden sancionar las infracciones a la Ley 6.534/20 (artículo 21). Bajo esta norma, las siguientes transgresiones se consideran infracciones: el ejercicio de actividades establecidas en la Ley 6.534/20, como el funcionamiento de Burós de Información Crediticia, sin autorización previa del BCP; el ejercicio por los Burós de Información Crediticia de actividades no contenidas en su autorización para operar o en sus estatutos; recolectar Datos Personales o Información Crediticia para uso en su base de datos sin que se le otorgue suficiente y amplia información al titular, conforme al reglamento a ser dictado; omitir información obligatoria o suministrar información incompleta o falsa a la Central de Información de la Superintendencia de Bancos del BCP o al BCP; la excusa, negativa o resistencia a la actuación, y a las instrucciones o requerimientos obligatorios de la Superintendencia de Bancos del BCP, de los supervisores o inspectores, o la falta de provisión de la documentación solicitada por estos en forma expresa y fehaciente; incumplir las limitaciones o prohibiciones temporales impuestas por la autoridad de aplicación; incumplir las medidas correctivas, obligaciones legales o reglamentarias exigidas por la Superintendencia de Bancos o el Directorio del BCP; recolectar, almacenar y transmitir Datos Personales de terceros por medio de mecanismos inseguros o que de alguna forma no garanticen la seguridad e inalterabilidad de los datos; no atender los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación del tratamiento o a la portabilidad de los datos en tratamiento en los que no se requiere la identificación del afectado, cuando éste, para el ejercicio de esos derechos, haya facilitado información adicional que permita su identificación; entre otras infracciones enumeradas en el presente artículo.

Las infracciones prescriben a los cinco años de la fecha en que se cometieron, y si se trata de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción es la de la última actuación (artículo 24). La prescripción se interrumpe, además de las causas previstas en el Código Civil, por el inicio del sumario administrativo. De acuerdo al artículo 22, son responsables de las faltas

tipificadas en la Ley 6.534/20 y su reglamentación, a ser dictada en el futuro, tanto la persona física como la persona jurídica que cometió la falta, como todos los miembros de los órganos de administración de la entidad en cuestión, y quienes ejerzan o realicen funciones asimilables a dichos cargos, salvo que: no hayan tenido conocimiento del hecho u omisión que se les impute, ni directa ni indirectamente; así como que no pudieron llegar a tener indicios o información del acto u omisión que suponga el incumplimiento de normas de obligada observancia; o que habiendo tenido conocimiento de la supuesta falta, se hayan opuesto por escrito a la actuación u omisión.

Según su ámbito de competencia, conforme al artículo 23, previo sumario administrativo, el BCP o la SEDECO pueden imponer las siguientes sanciones a los responsables de infracciones a la Ley 6.534/20:

- Apercibimiento;
- Multa de hasta 15.000 jornales mínimos (aproximadamente US\$ 178.500), duplicándose en caso de reincidencia, pudiendo elevarse a 50.000 jornales mínimos (aproximadamente US\$ 595.000) en casos de personas o empresas que tengan una facturación anual superior a Gs. 6.000.000.000 (aproximadamente US\$ 853.000);
- Suspensión de las actividades relacionadas con el tratamiento de datos hasta por seis meses, indicándose las medidas correctivas que deben adoptarse;
- Inhabilitación para desempeñar un empleo, cargo o comisión dentro del sistema financiero, crediticio y en Burós de Información Crediticia de entre seis meses y cinco años;
- Cierre temporal de las operaciones relacionadas con el tratamiento de datos una vez transcurrido el término de suspensión sin que se hubieren adoptado las medidas correctivas ordenadas por la autoridad de control; y
- Cierre inmediato y definitivo de la operación que involucre el tratamiento de Datos Sensibles.

Las sanciones administrativas, que pueden ser graduadas por la autoridad de aplicación competente según su gravedad, son independientes de las medidas correctivas o cautelares que dicten dichas autoridades para salvaguardar el interés público protegido por la Ley 6.534/20. Las sanciones pueden ser recurridas ante la justicia contencioso administrativa (artículo 27).

Conclusión

En la República del Paraguay, aun no gozamos con una normativa específica que reglamente el procedimiento al instaurarse la acción constitucional de Hábeas Data, a pesar, que el artículo 131 de nuestra Constitución Nacional, establezca que todas las garantías constitucionales consagradas deban ser reglamentadas por ley.

Esto fue aprobado en junio de 1992, transcurriendo en la actualidad 31 años, sin que se apruebe la ley reglamentaria.

La importancia del análisis de esta garantía constitucional, así como del reclamo a una ley específica, se centra en su finalidad al ser insertada en nuestra carta magna, la de garantizar un poder jurídico para cualquier persona que se encuentre afectada, sea esta de naturaleza física o jurídica, titular de los datos, tenga el derecho de controlar el flujo de información que se hallen recopilados en los archivos públicos o privados de carácter público y que trasciendan a terceros, poniendo en riesgo el conjunto de derechos, tales como la privacidad, intimidad, la inviolabilidad del patrimonio documental y la preservación de la imagen social. Como jurisprudencia, hemos analizado en este trabajo, la sentencia que data del año 1996 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual dice que efectivamente se refiere este derecho, pero que hoy en día, esta postura no se ajusta al considerado desarrollo de la informática y, sobre todo, a la evolución de los bancos de datos, que vienen ganando cada vez más preocupación doctrinaria. El derecho del Hábeas Data Financiero, ha cobrado gran importancia en los últimos años como consecuencia del surgimiento del poder informático, que ha sido entendido como el manejo sistemático de los datos personales al servicio de propósitos tan variados como apoyar los procesos de distribución de cargas y bienes públicos, facilitar la gestión de las autoridades judiciales y de policiales y facilitar el funcionamiento del mercado. Es comprensible que las personas o entidades comerciales y crediticias necesiten de una seguridad al momento de crear relaciones contractuales y que, por ello, requieran en ciertos casos de la recolección de información de sus clientes, para de esta manera poder ejercer control y tener seguridad sobre sus propias actuaciones. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha establecido, que el derecho a la intimidad prima sobre el derecho a la información. Aunque, existan casos puntales donde se da la excepción, de que el derecho a la información limite al Hábeas Data, de ningún modo puede ser considerado como subordinado de la mismo, la intromisión en los datos personales de los individuos puede provenir principalmente de los bancos informáticos u operadores de información y de los medios de comunicación. En consecuencia esta garantía encuentra su explicación en el desarrollo del denominado poder informático, es decir, que esta acción está llamada a proteger los derechos del registrado en los archivos de bancos de datos, que puedan contener información no verídica, equivocada o falso, no actualizada, frente a aquellas existen protecciones constitucionales y legales, que se fundamentan con respecto al primero en la necesidad de *“la veracidad de los datos así como el control de la confidencialidad en lo relativo a los datos sensibles”* y con res-

pecto al segundo en la necesidad de que la libertad de prensa tenga en cuenta la preservación del derecho a la intimidad, por lo cual surgen garantías como lo son “el resarcimiento y la réplica”.

Como se ha visto, tanto a nivel internacional y nacional, constituye uno de los pilares del manejo de información en el ámbito comercial y, en definitiva, sobre el mismo subyace una serie de principios, derechos y deberes que involucran tanto al Estado como a las entidades comerciales, financieras y a los particulares. Por tener estos últimos una posición más débil frente a los demás actores de la relación, merecen un mayor campo de protección, en especial, con respecto a su derecho a la intimidad.

¿Cuánto daño puede causarle en su honor y reputación a una persona la divulgación de datos falsos?, ¿o datos verdaderos, pero cuya divulgación no fueron autorizados?

En la actualidad, cuando hablamos del fenómeno de las redes sociales, y la masificación de las publicaciones falsas, sabemos que los daños pueden ser enormes al punto de destruir la vida de una persona. Entonces podemos afirmar que la vida misma de la persona es protegida por el Habeas Data. Por ello, que la regulación debe realizarse en un sentido preventivo, teniendo en cuenta la experiencia de los países más adelantados a estos temas como Colombia, a nivel latinoamericano, con mayor tecnología y conocimientos jurídicos, beneficiándose así nuestro país en el futuro.

REFERENCIAS

- Banco Mundial, Corporación Financiera Internacional. *Sistemas de Información Crediticia*. Washington, D.C. Estados Unidos. Septiembre 2006.
- Corte Suprema de Justicia, Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política CIDSEP). 2004. *Garantías Constitucionales: Apuntes Doctrinarios, Legislación Aplicable y Jurisprudencia Nacional*. Asunción, Paraguay.
- García B., Domingo. “Diferencias entre el Hábeas Data y la acción de amparo o tutela constitucional en Perú”. *Revista Ius et Praxis*, Año 3, Número 1º, Facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Talca, Talca (Chile) (1997), 179-188.
- Gutierrez-Alviz y Armario, Faustino. 1982. *Diccionario de Derecho Romano*. Madrid, España: Ed. Reus S.A.
- JURISPRUDENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PARAGUAY, EN PLENO. Partes: Stanley Chamorro, María del Rosario (A.I. N° 649) Publicado en: LLP 1999, pág. 1230 Cita Online: PY/JUR/130/1996.

- Diario La Nación, "Diputados sanciona ley que multa la discriminación laboral por Informconf", <https://www.lanacion.com.py/politica/2020/09/23/diputados-sancionalley-que-multa-la-discriminacion-laboral-por-informconf>.
- MARTÍNEZ SIMÓN, Alberto. "El Hábeas Data, Garantía Constitucional novedosa. Fórmulas Procesales para su aplicación efectiva", Publicado en la Revista Derecho Procesal Constitucional, Garantías Fundamentales, Constitución y Proceso , Editorial Hesaka S.R.L., Encarnación, Paraguay. Setiembre de 2014.
- Mendonca, Juan Carlos. 2012. *Derecho Procesal Constitucional*. Asunción, Paraguay: Editorial La Ley Paraguaya.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. 1996. *Ensayos de informática jurídica*, (Ciudad de México, México: Editorial Distribuciones Fontamara,.

SOBRE LAS INMUNIDADES

Luis Lezcano Claude¹

RESUMEN: En este escrito se aborda principalmente el tema de la vigencia de la inmunidad de detención desde el día de la elección de un legislador y durante el tiempo que media hasta su efectiva asunción del cargo. Se estudia la privación de libertad que se inicia antes de la elección, la que pudiera darse en el lapso comprendido entre la elección y la proclamación de los electos, y la que se dispusiera durante el tiempo que va desde la proclamación y la asunción de funciones.

PALABRAS CLAVE: Inmunidades, inmunidad de detención, prisión preventiva, desafuero.

ABSTRACT: This paper mainly addresses the issue of the validity of immunity from arrest from the day of the election of a legislator and during the time until his or her effective assumption of office. It studies the deprivation of liberty that begins before the election, the one that could occur in the period between the election and the proclamation of the elected, and the one that could occur during the time between the proclamation and the assumption of office.

KEYWORDS: Immunities, immunity from arrest, preventive detention, impeachment.

Introducción

Durante algunos meses del presente año 2023 se ha reavivado la discusión referente a diversos aspectos de las inmunidades previstas constitucionalmente para los integrantes de las cámaras legislativas. En particular, se ha debatido en cuanto a la vigencia de la inmunidad de detención (y también de la inmunidad de proceso) en el período comprendido entre la elección del legislador y la asunción efectiva de sus funciones al empezar un nuevo período legislativo. Aludimos específicamente a los casos de dos “senadores electos” y nos limitamos a la legislación paraguaya. Para facilitar la comprensión nos encuadramos en las fechas de los acontecimientos pertinentes sucedidos recientemente en nuestro país.

Carácter de las inmunidades

Como cuestión previa hay que aclarar que todas las inmunidades están establecidas en beneficio del órgano (Congreso, Cámara de Senadores o Cámara de Diputados) y no en el de cada uno de sus integrantes, como finalidad última. Esto significa que la inexistencia de una responsabilidad penal o civil ulterior que determina la **inmunidad de opinión**, no busca como objetivo final la protección

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Especializado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Autónoma de México. Licenciado en Historia por la U.N.A. Ex-Convencional Constituyente. Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay, integrante de la Sala Constitucional. Ex-Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de la Universidad Americana. Profesor universitario. Obras publicadas: El Poder Ejecutivo en el Paraguay, Nanduti Vive-Intercontinental Editora, 1989; El control de constitucionalidad en el Paraguay, La Ley Paraguaya S.A., 2000; Derecho Constitucional – Parte orgánica, agosto de 2008 (1ª Ed.), febrero 2018 (5ª Ed.).

de cada legislador en particular, sino que el órgano funcione como un ámbito en el que los representantes del pueblo se puedan expresar con absoluta libertad en el ejercicio de sus funciones. Los excesos deben ser corregidos por la propia cámara (cf. Art. 35 del Código Penal).

Asimismo, la **inmunidad de detención** tiene por objetivo evitar que se pueda incidir en el normal funcionamiento del cuerpo legislativo. Se podría intentar hacerlo mediante la detención arbitraria de un cierto número de legisladores buscando impedir la formación del quórum requerido para que cualquiera de las cámaras se reúna, delibere y adopte decisiones. Podría ser también tratando de alterar la voluntad de las cámaras al afectar el sentido de la votación mediante la detención de algunos legisladores. El vocablo detención debe entenderse en el sentido de privación de libertad cualquiera sea la forma que la misma adopte (arresto, detención, prisión preventiva).

En cuanto a la **inmunidad de proceso penal**, lo que se pretende es evitar que con una maniobra más compleja y perversa se logre un resultado similar al señalado en el párrafo precedente. En efecto, en este caso sería necesaria la intervención de un agente fiscal que formule una indebida imputación y la de un juez penal que en forma irregular dé curso al proceso y decrete la prisión preventiva de uno o más legisladores. La particularidad de un proceso penal es que durante su tramitación se puede ordenar la privación de libertad de quien estuviere sometido al mismo. Por ello es necesario que la cámara respectiva autorice por medio del desafuero que uno de sus integrantes pueda ser sometido a proceso penal, es decir, que quede a disposición de un juez penal con todas las implicancias que ello trae aparejadas.

Conviene aclarar que el hecho punible puede ser cualquiera, no necesariamente uno vinculado con el ejercicio del cargo. Por tanto, en todos los casos será necesario el desafuero previo.

Se puede apreciar, pues, que las inmunidades no se establecen en beneficio de cada legislador como un privilegio personal, sino como medidas que tienden a asegurar el funcionamiento normal del Congreso o de las cámaras, como finalidad última.

Casos concretos

Primer caso.

Un agente fiscal formula imputación contra un candidato a senador y el juez penal interviniente decreta la prisión preventiva del mismo antes de la celebración de las elecciones (en nuestro caso, el 30 de abril de 2023). No existe impedimento alguno para hacerlo dado que sólo es candidato para el mencionado cargo.

Con posterioridad a los comicios, aun cuando haya obtenido un caudal de votos suficiente como para asegurarle el acceso a una banca en la cámara alta,

es aceptable el criterio de que la prisión preventiva puede ser mantenida ya que sólo se trata de datos provisionales y no oficiales, y, en consecuencia, aún no se tiene la certeza de su carácter de “senador electo” (lapso comprendido entre el 30 de abril y el 24 de mayo de 2023).

Después de realizada la proclamación de los “senadores electos” (24 de mayo de 2023), la situación cambia. La privación de libertad mediante prisión preventiva es un acto continuo. Fue decretada inicialmente en forma legal, pero al prolongarse en el tiempo y al haber cambiado las circunstancias del afectado (haber sido electo senador), la medida cautelar deviene inconstitucional y debe ser revocada. No es un argumento válido sostener que la prisión preventiva fue decretada antes de las elecciones o antes de la proclamación de los electos, o antes de que el afectado hubiera asumido el cargo de senador.²

No se discute el origen legal de la orden de privación de libertad teniendo en cuenta que la prisión preventiva fue decretada por un juez penal competente. Tampoco se cuestiona la vigencia plenamente legal de esta medida cautelar durante el tiempo que precede a la adquisición del carácter de “senador electo” por parte de la persona afectada. Pero a partir de este momento la medida restrictiva de libertad deviene inconstitucional y, por tanto, inaplicable en virtud de lo dispuesto en el Art. 191 de la Constitución.

Debemos mencionar que el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sobre este tema difiere del nuestro.³ En efecto, en el fallo por el cual se rechaza el Hábeas Corpus reparador interpuesto a favor de Rafael Esquivel, Mbururu, se sostiene en uno de los votos lo siguiente: “... La normativa constitucional no establece que una persona privada de su libertad recuperará la misma a partir de su elección como Senador o Diputado ...”. En otro de los votos se afirma que “... la elección del recurrente como Senador de la República no convierte a la prisión preventiva que soporta en ilegal, pues no existe disposición constitucional o legal que disponga que “la prisión preventiva de una persona cesará desde el día de su elección como Senador o Diputado para asumir su banca” ...”.

A nuestro criterio, la disposición constitucional que dice: “ ... Ningún Senador o Diputado podrá ser detenido desde el día de su elección ...” (Art. 191 Cn.), es suficientemente clara y categórica en el sentido de que un legislador no puede ser privado de su libertad desde el momento indicado y, más aún, con posterioridad a su proclamación como electo. Siendo la detención (entendida como privación de libertad bajo cualquier forma) un acto continuo, aun cuando haya tenido su origen en un acto absolutamente legal (v. gr.: resolución de un juez competente), debe cesar por disponerlo así la Ley Suprema, al darse una situación determinada. No debe pretenderse que esto sólo es posible mediante una norma que en forma literal lo disponga cuando una interpretación razonable del texto constitucional lo autoriza perfectamente.

Cabe recordar que en la Constitución está previsto otro caso en que la

² Lo consignado en esta parte se aplica al caso del Senador electo Rafael Esquivel, Mbururu.

³ Véase el Acuerdo y Sentencia N° 263, del 12 de julio de 2023.

prisión preventiva, aunque hubiere sido decretada en forma legal, debe ser levantada al darse una situación determinada. Aquí se trata de cualquier persona afectada por dicha medida cautelar, la cual debe cesar cuando la duración de la prisión preventiva excede el tiempo que corresponde a la pena mínima prevista para el hecho punible de que se tratare (Cf. Art. 19 Cn.).⁴

En ambos casos (el de legisladores electos privados de libertad y el de la prisión preventiva que excede la pena mínima), la Ley Suprema dispone que una resolución judicial plenamente legal debe ser modificada necesariamente.⁵

El pueblo (electorado) se pronunció respecto de quienes quería que fueran los 45 integrantes de la nueva Cámara de Senadores y esto no podía ser alterado ni siquiera por decisión de un juez. Precisamente para esto están establecidas las inmunidades de detención y de proceso. La propia cámara era la única competente para decidir al respecto y, como aún no estaba en funciones, se debía esperar hasta el 1 de julio de 2023 para que se expidiera respecto del desafuero de uno de sus miembros lo cual debía ser solicitado por el juez interviniente. Mientras tanto el magistrado debía revocar, incluso de oficio, la prisión preventiva en aplicación directa de lo prescripto por la Ley Suprema. Todo esto se refiere al lapso comprendido entre el 24 de mayo y el 1 de julio de 2023.

Segundo caso.

Podría considerarse aceptable que la prisión preventiva fuera decretada luego de conocidos los resultados provisionales y no oficiales de los comicios del 30 de abril de 2023.

En esta situación se aplica todo lo que dijimos precedentemente y al adquirir la persona afectada el carácter de "senador electo" el 24 de mayo de 2023, la medida cautelar debía ser revocada y el proceso penal debía quedar paralizado. Luego del 1 de julio de 2023, cuando la nueva cámara empezara a ejercer sus funciones, se habría de pronunciar sobre el pedido de desafuero para que uno de sus miembros continúe siendo sometido a un proceso penal.

Tercer caso.

Si la prisión preventiva tuviera que ser decretada luego de la proclamación de los senadores electos, ello ya no sería posible. La persona afectada estaría en goce de la inmunidad de detención, sin duda alguna, y, en consecuencia, también gozaría de la inmunidad de proceso penal pues una característica de éste es la posibilidad de que se decrete la prisión preventiva del procesado, respecto de lo cual sólo puede decidir la propia cámara. Como ella aún no estaba funcionando se debía esperar hasta el 1 de julio de 2023.

⁴ Art. 19 de la Constitución. ... En ningún caso la misma [prisión preventiva] se prolongará por un tiempo mayor al de la pena mínima establecida para igual delito, de acuerdo con la calificación del hecho efectuada en el auto respectivo. Art. 236 del Código Procesal Penal. ... En ningún caso [la privación de libertad durante el procedimiento] podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada hecho punible en la ley ...

⁵ Para completar la información debe mencionarse que, en el caso concreto aludido, la Cámara de Senadores resolvió, en forma arbitraria y, por ende, inconstitucional, incorporar al candidato siguiente del mismo partido político, pero no proclamado por la Justicia Electoral. La Cámara alta ya había procedido con idéntica irregularidad en otros casos.

Cuarto caso.

Se trataba de un legislador que formaba parte de una de las cámaras legislativas (Cámara de Diputados) y había sido electo para integrar la otra cámara (Cámara de Senadores). En este caso, si se daban las circunstancias para decretar su prisión preventiva, el pedido de desafuero debía ser dirigido a la cámara a la cual pertenecía en ese momento. Sin embargo, la concesión del desafuero no sería de mucha utilidad pues a partir del momento en que fuere declarado "senador electo", ya no sería posible decretar la medida cautelar mencionada o, si hubiere sido decretada, tendría que ser revocada.

Se debía dejar transcurrir el tiempo que mediaba entre el 24 de mayo (proclamación de los electos) y el 1 de julio de 2023 (fecha en que inició sus funciones la nueva Cámara de Senadores) para solicitar a ésta otra vez el desafuero del legislador involucrado. Efectivamente fue éste el modo en que se procedió y la cámara concedió de nuevo el desafuero⁶.

Proclamación y asunción del cargo

El Tribunal Superior de Justicia Electoral estaba investido en forma exclusiva de la facultad de realizar la proclamación de los electos en los comicios del 30 de abril de 2023, es decir, este órgano es el encargado de decir en forma oficial quienes son los candidatos que han resultado electos para los distintos cargos.

El Art. 273 de la Constitución dice: "... el juzgamiento ... de los derechos y de los títulos de quienes resulten elegidos, corresponde exclusivamente a la Justicia Electoral ...".

El TSJE ejerció esta atribución exclusiva al dictar el Acuerdo y Sentencia N° 15/2023, del 24 de mayo de 2023, por medio del cual, entre otros, se proclamó a los senadores electos. Esta resolución tiene la forma de un acto jurisdiccional contra el cual sólo cabe una eventual acción de inconstitucionalidad (cf. Art. 275, último párrafo, Cn. y Art. 5°, inc. 1, Ley N° 635/95). En consecuencia, dicho fallo al no ser impugnado en el plazo establecido de nueve días quedó firme.

Esto significa que quedó establecido de manera definitiva quienes eran los cuarenta y cinco senadores titulares que debían prestar juramento o formular promesa y asumir sus bancas a partir del 1 de julio de 2023.

Resultaría absolutamente ilógico que se hubiera aceptado la postulación de un candidato, que éste hubiera resultado electo en los comicios respectivos y que hubiera sido proclamado como "senador electo" por el Tribunal Superior de Justicia Electoral, pero luego se pretendiera que no asuma el cargo. Justamente para evitar situaciones como éstas se han establecido las inmunidades de detención y de proceso penal. No pueden impedir que el órgano Cámara de Senadores quede conformado con los integrantes que la voluntad popular (electorado) ha decidido, ni el juez penal interviniente en la causa en que el electo esté involucra-

⁶ Este es el caso del "senador electo" Erico Galeano.

do, ni el presidente o la mesa directiva de la nueva cámara legislativa.

Sólo la propia cámara es la que puede decidir en cuanto a autorizar que uno de sus miembros sea sometido a un proceso penal y esto debe hacerlo por la vía del desafuero luego de que la cámara haya sido integrada con los nuevos senadores. Se requiere mayoría de dos tercios para conceder el desafuero (es decir, dos tercios de los presentes; lo cual puede oscilar entre 16 y 30 votos mínimos según que se dé el mínimo de presentes o que esté la totalidad de los senadores).

Incompetencia

Quien resulte designado presidente para el primer año de la nueva Cámara de Senadores (período que va del 1 de julio de 2023 al 30 de junio de 2028), o quienes sean designados como integrantes de la Mesa Directiva para ese primer año, carecen de competencia para modificar la lista de senadores proclamados por el TSJE y que tienen derecho a asumir sus respectivas bancas a partir del 1 de julio de 2023, prestando previamente juramento o formulando promesa (Art. 188 Cn.).

Ya hemos señalado que la decisión sobre los “derechos y títulos de quienes resulten elegidos, corresponde exclusivamente a la Justicia Electoral” (Art. 273 Cn.). La exclusión de un “senador electo” del acto de juramento o de formulación de promesa, mediante su no convocatoria para dicho efecto, constituiría un acto manifiestamente arbitrario y por ende inconstitucional.

El TSJE, al realizar la proclamación de los electos, puso de manifiesto de manera oficial la voluntad popular expresada en las elecciones del 30 de abril de 2023. No puede uno de los senadores electos o algunos de ellos, aunque estuvieren investidos de los caracteres de presidente de la cámara o de integrantes de la mesa directiva de la misma, impedir el juramento o la promesa de pares con igual derecho que cualquiera de los otros electos.

Levantamiento de la prisión preventiva

En caso de que alguno de los “senadores electos” estuviere afectado por una medida cautelar de prisión preventiva, resulta evidente y categórico que la misma debe ser dejada sin efecto pues rige para ellos la inmunidad de detención a partir del día de su elección (cf. Art. 191 Cn.).

Ha sido objeto de discusión el momento preciso a partir del cual entra en vigor la mencionada inmunidad de detención (desde el día de la elección precisamente o desde el día de la proclamación de los electos, atendiendo a que sólo desde esta última fecha se tiene la certeza sobre quienes han sido electos). Pero no puede discutirse que, en el peor de los casos, la inmunidad rige a partir de la proclamación de los electos (en nuestro caso, desde el 24 de mayo de 2023) y no solamente como permiso limitado al tiempo necesario para prestar juramento o formular promesa, sino como decisión definitiva. En efecto, sólo podrá ser

decretada de nuevo en caso de que se conceda el desafuero que debe ser solicitado a la nueva Cámara de Senadores.

Hay que dejar en claro que tampoco es lícita la maniobra consistente en que el nuevo presidente de la Cámara de Senadores convoque a todos los senadores electos para la ceremonia de juramento o formulación de promesa, pero que alguno de ellos no se presente. Si la imposibilidad de comparecencia es contraria a la voluntad del senador electo (por encontrarse privado de su libertad en virtud de una prisión preventiva, lo cual es de conocimiento de la cámara), esto no puede considerarse como un abandono del cargo.

En este caso, la cámara no tiene competencia para convocar al siguiente en la lista de candidatos titulares del partido respectivo porque no ha sido proclamado por la Justicia Electoral (aunque ya se haya hecho esto con anterioridad en circunstancias diferentes).

En realidad, lo que estaría sucediendo en este caso es que la propia cámara sería cómplice de una maniobra perversa, con menoscabo de sus propias facultades, mediante la cual se admitiría que por un supuesto abandono de cargo se tuviera que suplantar a uno de sus miembros electos. De hecho, lo que se estaría permitiendo es que un agente ajeno a la cámara y sin competencia para ello (el juez penal) estuviera modificando la composición de la misma al mantener la prisión preventiva que impide la concurrencia del electo por voluntad popular.

La cámara no debe declinar en su competencia para decidir respecto de su integración. Lo que correspondería es la integración con todos los electos y la posterior concesión del desafuero de quienes debieran ser sometidos a proceso penal.

Distinción que hace la Constitución

La Constitución de 1992 dice que la inmunidad de opinión rige en cuanto se esté en ejercicio de funciones. Esto significa que sólo opera luego que el legislador se haya incorporado a la cámara respectiva.

En cambio, la inmunidad de detención rige desde el día de la elección de los legisladores (cf. Art. 191 Cn.). Por tanto, resulta absolutamente inadmisibles que por medio de una medida cautelar de prisión preventiva se pretenda impedir la presencia de un "senador electo" en el acto de prestación de juramento o formulación de promesa. Esta incomparecencia debida a fuerza mayor no puede ser considerada como un abandono de cargo que justifique la incorporación del titular que sigue en la lista del partido de que se trate. Tampoco pueden el presidente o los integrantes de la mesa directiva de la Cámara excluir a alguno de los proclamados porque no tienen competencia para proceder de este modo.

Habiendo proclamación de los "senadores electos" por el TSJE resulta categórico que la medida de prisión preventiva que afectare a cualquiera de ellos

debe ser levantada para permitir su incorporación plena al cuerpo legislativo para el cual fue electo por voluntad popular.

No importa en qué momento haya sido decretada la prisión preventiva (antes de las elecciones, después de las elecciones pero antes de la proclamación o después de la proclamación). La privación de libertad es un acto continuo y aunque exista desde antes, en cuanto se extienda a momentos en que ya rige la inmunidad de detención, debe ser levantada de inmediato. Esta situación es indiscutible a partir del acto de proclamación de los electos.

Por otra parte, sostener la idea de que para que rija la inmunidad de detención es necesario que el legislador se haya incorporado a su cámara, dejaría sin sentido la distinción que la Ley Suprema hace respecto de la inmunidad de opinión que sólo rige cuando el legislador está en ejercicio de sus funciones.

Trato igualitario

Dado que los casos de los senadores electos Rafael Esquivel – Mbururu y Erico Galeano son básicamente iguales, la decisión que se adoptara en cuanto a su convocatoria para asumir el cargo, su efectiva incorporación al cuerpo legislativo mediante juramento o promesa y el posterior estudio de un eventual pedido de desafuero, no debió ser diferente para uno y otro.

Se dijo en cuanto a Esquivel que no sería convocado por estar privado de libertad y procesado y que luego, al transcurrir el tiempo establecido legalmente, se consideraría que existía abandono del cargo y se llamaría al siguiente en la lista de titulares del mismo partido para que asumiera la banca.

Otra opción considerada fue la de convocar a todos los proclamados como “senadores electos” por el TSJE y luego ante la ausencia (que en este caso sería involuntaria) se procedería como se indica en el párrafo precedente. Fue esto lo que finalmente se hizo sin importar que el convocado a jurar o formular promesa no hubiera sido proclamado “senador electo” por el TSJE.

De este modo la nueva Cámara de Senadores consintió que un tercero incompetente (el juez penal) modificara la decisión de la Justicia Electoral y, por ende, la composición del cuerpo legislativo, al mantener la prisión preventiva que impedía la concurrencia. Asimismo, la cámara declinó su competencia para decidir en forma exclusiva en cuanto a su integración. El juez penal decidió indirectamente que un “senador electo” no integrara la Cámara de Senadores y ésta incorporó a un candidato no proclamado. Esta forma de proceder constituye un desconocimiento de disposiciones constitucionales referentes a facultades de la propia cámara alta, del TSJE y de la voluntad popular.

Lo correcto hubiera sido que se integrara la nueva cámara de acuerdo con la

voluntad popular oficializada por el TSJE mediante la proclamación de los electos y luego se procediera a resolver los pedidos de desafuero que fueren presentados por los jueces penales respectivos.

BIBLIOGRAFÍA

- *Código Penal del Paraguay, Ley N° 1160/97.*
- *Constitución de la República del Paraguay, de 1992.*
- *Corte Suprema de Justicia, Acuerdo y Sentencia N° 263, del 12 de julio de 2023.*



revistajurídica

FILOSOFÍA DEL DERECHO



ANÁLISIS DE ALGUNOS ASPECTOS JURÍDICOS DE LA NOVELA *CRIMEN Y CASTIGO*, DE FIÓDOR DOSTOYEVSKI^(*)

Carlos Enrique Bazzano López[†]

“Creo que deberíamos leer sólo el tipo de libros que nos lastimen y apuñalen...necesitamos libros que nos afecten como un desastre, que nos duelan profundamente como la muerte de alguien que quisimos más que a nosotros mismos... Un libro debe ser el hacha que rompa el mar helado dentro de nosotros”.²

Franz Kafka

RESUMEN: Una obra como Crimen y castigo es susceptible de múltiples lecturas, puesto que una obra que hurga tan profundo en la psique humana no se restringe a la lectura superficial de su texto. Sin embargo, pocas veces, se ha visto una lectura de un aspecto algo desconocido de esta obra, pero que guarda relación con la sustancia misma de la obra. La novela Crimen y castigo cuenta con mayor vinculación a la Ciencia jurídica de lo que podría llegar a pensarse. El presente trabajado abordará principalmente dos aspectos de la referida novela vinculados a la Ciencia Jurídica: los cuales son la teoría del superhombre que sería, luego, perfeccionada por Friedrich Nietzsche y el proceso seguido a Rodión Raskolnikov, teniendo en cuenta que los mismos no sólo cuentan con gran relevancia para la trama de la obra, sino que, además, merced a la profundidad de su tratamiento por parte del autor son susceptibles de diversos niveles de lectura.

PALABRAS CLAVE: Fiódor Dostoyevski, derecho y literatura, teoría del superhombre, proceso, debido proceso, confesión.

ABSTRACT: A work like Crime and Punishment is susceptible to multiple readings, since a work that delves so deeply into the human psyche is not restricted to a superficial reading of its text. Rarely, however, has there been a reading of a somewhat unknown aspect of this work, but one that is related to the very substance of the work itself. The novel Crime and Punishment is more closely linked to legal science than one might think. This paper will deal mainly with two aspects of the novel that are linked to legal science: the theory of the superman, which would later be perfected by Friedrich Nietzsche, and the trial of Rodion Raskolnikov, taking into account that they are not only highly relevant to the plot of the work, but also, thanks to the depth of their treatment by the author, are susceptible to different levels of reading.

KEYWORDS: Fiodor Dostoyevski, law and literature, theory of the supermen, process, due process, confession.

¹ Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2009). Miembro titular del Consejo Editor de la Revista Jurídica (2008). Director de la Revista Jurídica (2009). Coordinador del Consejo Editor de la Revista de Compras Públicas de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (período 2017-2019). Profesor asistente de la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad Americana.

² Carta del 27 de enero de 1904 dirigida a su amigo Oskar Pollak. Publicada en la Colección “Obras Completas de Franz Kafka”, Tomo IV: Cartas 1900-1914, publicada por Galaxia Gutenberg.

Introducción

Pocos autores en la historia de la literatura han logrado alcanzar un sitial tan elevado como para que su obra trascienda el campo de la literatura y se inserte en otros campos científicos. Fiódor Dostoyevski es uno de esos autores y su obra *Crimen y castigo* es de esas novelas clásicas cuya influencia lejos de desaparecer se ha visto fortalecida con el trascurso del tiempo y es que leer al gran ruso es una experiencia única, que va mucho más allá del solo hecho de disfrutar de su magistral pluma. Fue lo que me ocurrió.

Recuerdo a la perfección aquel tórrido verano del año 2005 cuando, terminadas las actividades universitarias, me enfrentaba a la perspectiva de tres meses sin mucho que hacer. Fue entonces cuando, aceptando la recomendación de un docente, resolví que sería ese el momento en que, finalmente, me abocaría a la lectura de *Crimen y castigo* del autor ruso Fiódor DOSTOYEVSKI. Por entonces, era un joven de unos veinte años que recién había concluido el segundo curso de Derecho y cuya única experiencia de lectura anterior de este autor había sido *El jugador*, libro con el que me rendí incondicionalmente a la genialidad del gran escritor ruso, pues, como lo dice SCHLATTER NAVARRO, al leer sus obras comprendemos que “...aunque viviera en circunstancias muy ajenas a las nuestras, fue un autor que comprendió como nadie el alma humana universal...”³, es imposible permanecer indiferente luego de leer cualquiera de las obras del genial novelista. Siempre he sostenido que Dostoyevski analizó el alma humana mejor que cualquier predicador, pastor o sacerdote, hurgó en las profundidades de la psique del ser humano como no podrá hacerlo nunca ningún psicólogo y desnudó las miserias de la sociedad como sociólogo se ha animado. En el caso personal, fue lo que me ocurrió. Con cada obra leída del genial escritor pude percibir nuevos aspectos de mi propia individualidad que no había logrado analizar antes, puedo decir que no solo enriqueció mi experiencia lectora, sino que me ha llevado a crecer en cuanto persona.

Tal como lo señala Franz KAFKA en la frase puesta al principio del presente trabajo, los libros que nos marcan a fuego son aquellos que “rompen el mar helado dentro de nosotros”, para mí, *Crimen y castigo* es uno de esos libros; y es, junto a *Cien años de soledad* de Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ, el que más influyó en ser y sentir como lector. La experiencia de lectura fue intensa, completa y plenamente satisfactoria. Al concluir la lectura fue imposible evitar preguntarme ¿cómo ha logrado DOSTOYEVSKI captar de manera tan perfecta toda la turbación de la psique de sus personajes? ¿cómo es que logró construir personajes con una introspección tan compleja? SCHLATTER NAVARRO, NOS da la respuesta, Dostoyevski, logró todo eso, pues “...al profundizar en la imagen divina de cada persona, y a pesar de tanta miseria y sufrimiento, vemos cómo en sus novelas triunfa siempre la virtud teologal de la esperanza. El ser humano que vive en sus páginas es el hombre que ya ha sido redimido por Cristo, la criatura elevada por el Amor y capaz por ello de obras extraordinarias...”⁴.

³ Schlatter Navarro, Antonio, Porqué leer a Dostoyevski, EUNSA, 9.

⁴ Schlatter Navarro, Antonio, Porqué leer a Dostoyevski, 12.

Pasado el tiempo, y habiendo avanzado en mi formación jurídica, se me han presentado otros interrogantes en relación la citada novela como el que da origen al texto que se presenta. En este sentido, un primer interrogante, sumamente interesante, se centra en cuestionar cuál es la relación que puede presentarse entre una obra literaria y el mundo jurídico.

La relación entre el derecho y la literatura

En relación a lo anterior, he llegado a cuestionarme el tipo de análisis que podría extraerse de esta magna obra desde el punto de vista jurídico, es decir, cómo podría la ciencia jurídica analizar los postulados de la misma. Señala Carlos PÉREZ que las relaciones entre el derecho y la literatura siempre han sido estrechas, puesto que muchas obras tratan el tema del derecho desde la perspectiva de la impartición de justicia⁵. Al respecto, es importante destacar que el derecho y la literatura comparten elementos y características similares, como la narrativa, el lenguaje y la interpretación. Ambos se basan en la creación de una historia, en la que se presentan personajes, situaciones y conflictos que pueden ser analizados desde diferentes perspectivas y en los que se ponen en juego principios éticos y morales. De ello se desprende que el ser humano narra porque tal actividad forma parte de su sustancia, dado que el uso del lenguaje es suyo exclusivo y es lo que permite construir y transmitir abstracciones.

Además de lo anterior, la literatura puede ser utilizada como una herramienta para comprender el derecho y sus fundamentos. Por ejemplo, muchas obras literarias han explorado temas jurídicos como la justicia, la ley, el poder y la autoridad, lo que permite al lector reflexionar sobre estos temas desde diferentes perspectivas y analizarlos en relación a su propia experiencia. Es decir, al igual que una obra literaria puede ser objeto de constantes reinterpretaciones, asimismo pueden serlo las normas jurídicas, excepto que en la interpretación jurídica existen reglas que encausan la labor de los tribunales al momento de hacerlo⁶. Por otro lado, la literatura también puede ser utilizada como una forma de cuestionar y criticar el derecho y sus instituciones. Los escritores pueden utilizar la ficción para explorar las limitaciones y posibilidades del sistema de justicia, para cuestionar la moralidad de las leyes y las decisiones judiciales, o para expresar su descontento o desconfianza en las instituciones legales. Recordemos, en cuanto a lo señalado a Franz KAFKA, cuya obra *El proceso* presenta a un personaje que se enfrenta a la insondable burocracia de los tribunales que refleja a la perfección la vida diaria de los usuarios de justicia de prácticamente cualquier país del mundo y que KAFKA (abogado de formación) conocía a la perfección.

En cuanto a la enseñanza del derecho, la literatura también puede ser una herramienta valiosa para mejorar la comprensión y la retención de conceptos y casos legales. Al leer obras literarias que abordan temas jurídicos, los estudiantes pueden ver ejemplos concretos de cómo se aplican las leyes y cómo se resuelven los conflictos legales, lo que puede mejorar su comprensión y su capa-

⁵ Pérez, Carlos, Derecho y literatura en Isonomía Revista de teoría y filosofía del derecho, (núm. 24, 2006),137.

⁶ Astudillo Ricardo, "¿Cómo se vinculan el derecho y la literatura?", Diario Judicial, 25 de octubre de 2022, consultado 15 abril, 2023, <https://www.diariojudicial.com/nota/93398>

cidad para aplicar estos conceptos en situaciones prácticas.

De lo escrito en los párrafos precedentes se desprende que la relación entre el derecho y la literatura es muy interesante y productiva, ya que ambas disciplinas pueden complementarse y enriquecerse mutuamente. La literatura puede ser una herramienta para comprender el derecho y sus fundamentos, para cuestionar y criticar sus instituciones y para mejorar la enseñanza y la comprensión de los conceptos legales.

De esta manera, puede observarse un movimiento que plantea la existencia de una relación transversal entre diversas disciplinas y, entre ellas se encuentran justamente el derecho y la literatura, en todas las aristas ya desarrolladas. Desde la óptica de estos estudiosos, esta obra no solo representa una contribución fundamental a campos como el psicoanálisis, la psicología y la psiquiatría, sino que, de su lectura se desprenden ciertos elementos que pueden ser analizados desde el punto de vista jurídico.

Este movimiento, que se ha dado en llamar "*Derecho y literatura*", defiende la postura según la cual el derecho y la literatura guardan íntima relación, fundado en que el uso del lenguaje es una herramienta fundamental para los operadores del derecho, en consecuencia, el movimiento es de opinión que "*... la formación de los estudiantes de derecho debe ser integrada con el estudio de los aspectos básicos de la literatura...*"⁷. Por otra parte, ciertos estudios han destacado que "*...la Literatura ayuda a mejorar nuestra forma de expresión y lenguaje, fundamental en la profesión de jurista. Nuestra profesión de jurista nos obliga a ser claros y concisos a la hora de expresarnos, el lenguaje es nuestro instrumento máspreciado. Por ello, es necesario que ese lenguaje sea rico y preciso...*"⁸

El jurista ecuatoriano Diego Falconi Trávez es de opinión que "*...el propósito de esta relación es evidencias cómo los discursos jurídicos y literarios, no explícitamente vinculados, pueden, de hecho, conectarse a través del texto*"⁹. Es fácil percatarse del carácter acertado de las palabras del autor citado, puesto que los temas tratados, enseñados y discutidos hasta el hartazgo en las facultades de derecho, desde tiempos inmemoriales, han abrevado de las fuentes literarias, ya que éstas contienen en sí mismas todo un universo con sus propias reglas, sus propias normas y su propia realidad. Piénsese, por un momento, en las obras de las hermanas Brontë (sobre todo, Charlotte y Anne) que retratan y reflejan la situación de las mujeres en su tiempo; piénsese en David Copperfield, el personaje más autobiográfico de Charles Dickens y las diversas situaciones a las que debe hacer frente que cuentan con evidentes aristas jurídicas; piénsese en Jean Valjean, el personaje por excelencia de Victor Hugo y la persecución a la que es sometido por parte de Javert y, así, existen innumerables referencias en las obras literarias a las cuestiones regidas y reguladas por el derecho.

⁷ LP - Pasión por el Derecho. Análisis de Crimen y castigo, de Dostoyevski. 24 de febrero de 2017.

⁸ Val Macé, Maéva, El Derecho en la Literatura: Análisis filosófico de la obra Crimen y castigo, Repositorio de la Universidad de Zaragoza. 12.

⁹ Falconi Trávez, Diego, A medio camino: intertextos entre la literatura y el derecho, Tirant lo Branch Humanidades (Valencia, España, 2016) 16.

Recuérdese, además, que, aunque el movimiento en sí que propugna la relación íntima entre el derecho y la literatura es relativamente nuevo, ya hace mucho tiempo que grandes estudiosos destacaban las grandes contribuciones que la literatura podía prestar al desarrollo de las capacidades de un buen abogado. Así, el insigne jurista español Ángel Ossorio y Gallardo señalaba que tanto abogados como estudiantes de derecho debían dedicarse también a la lectura de las grandes obras literarias pues “...La falta de lectura que excite la imaginación, amplíe el horizonte ideal y mantenga viva la renovada flexibilidad del lenguaje, acaba por dejar al abogado muerto en sus partes más nobles, y le reduce a una ley de Enjuiciamiento con figura humana, a un curialete con título académico...”¹⁰.

En relación a *Crimen y castigo*, señala Leticia BONIFAZ que ella ha sido útil para “identificar, explicar e incluso resolver algunos de los problemas principales que atañen a las ciencias modernas...Sus pasajes proporcionan al lector un caudal de ideas, expresiones, imágenes, símbolos y perspectivas, proposiciones, hipótesis y teorías que no solo hacen de la obra una joya literaria, sino que permite entender la complejidad de las relaciones humanas...”¹¹.

El mundo jurídico en Crimen y castigo

Para iniciar con el estudio de la relación de *Crimen y castigo* con el orden jurídico, es menester partir de la ambientación que DOSTOYEVSKI escoge para situarla, aquí, nos vemos llevados, como bien se ha dicho “...costado más sórdido, cruel y descarnado de la clase baja petersburguesa en donde la pobreza y el frío sacude a niños y mujeres desvalidas de la forma más brutal...”¹². Entonces, podemos observar que un primer punto interesante para el observador jurídico es el trato que Dostoyevski hace de las desigualdades sociales existentes en San Petersburgo (ciudad en la que ambienta toda su obra). Este “gusto” por las zonas bajas de la ciudad y por las personas que habitan y residen en ellas, ya se percibe y se nota con gran intensidad en su primera novela *Pobre gente*, en la que a través del intercambio de cartas entre los personajes de Makar y Varvara, el autor nos presenta un pantallazo completo de los suburbios de esa ciudad y de la situación por la que atraviesan sus habitantes. Nótese que, en este momento, aún no existían todas las leyes de protección que fueron posteriormente puestas en vigencia a los efectos de paliar las desigualdades, entonces, podría incluso decirse que ellas estaban amparadas por el ordenamiento jurídico. Al menos desde un punto de vista estrictamente jurídico, ello no debería ser el caso en el momento actual, por cuanto contamos con normas destinadas a proteger los derechos de las personas más desfavorecidas y, además, el estado hoy día en nada se asemeja al estado de los tiempos de Dostoyevski.

Entonces, con este panorama, como bien lo expone Leticia BONIFAZ, *Crimen*

¹⁰ Ossorio Y Gallardo, Ángel, “El alma de la toga”, (Editorial Porrúa),175.

¹¹ Bonifaz, Leticia. “Crimen y castigo, un apoyo para la introducción al estudio del derecho” en *Reflejos del sistema jurídico en la literatura mundial* (Adriana Berrueco García, Coordinadora). Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Estudios Jurídicos N° 357.18.

¹² Colavita, Fernando, “Reseña de *Crimen y castigo*”, consultado 15 de abril, 2023, <https://www.goodreads.com/review/show/1224722265>

y castigo presenta de manera profunda la dicotomía existente entre “*las leyes del mundo y las de la naturaleza*”¹³, agregando que son numerosas las escenas que se confrontan a cuestiones jurídicas, por lo que, según la misma, el hecho de que Dostoyevski haya elegido hacer de Raskólnikov un estudiante de derecho se encuentra lejos de ser una casualidad.

Fernando López Ramírez, en su obra “Análisis del delito en la obra Crimen y castigo de Fiódor Dostoyevski” señala que de esta obra emanan diversas situaciones con relevancia jurídica citando los siguientes “...*el contrato de arrendamiento que celebra Raskólnikov con Praskovia Pavlovna, el cual posteriormente, es más evidente, cuando ella reclama ante la autoridad competente el incumplimiento, por parte de él, al no pagar las rentas que debía. Otro, es aquel que también tiene que ver con el derecho civil, que es el contrato de mutuo (préstamo) con interés que celebran Raskólnikov y Aliona Ivanovna, así como el contrato accesorio llamado prenda, en el cual el objeto que da este personaje como garantía de pago es el reloj que le había regalado su padre. También existe otro elemento que desde el derecho ameritaría su análisis particular que es aquel que tiene que ver con el acoso sexual y bullying laboral por parte de Arcadii Ivánovich Svidrigáilov a Dunia, hermana de Rodión. O en cuestión de nulidades del acto jurídico, el matrimonio forzado que tendría Dunia con Porfirii Petróvich, para ayudar a su hermano...*”¹⁴. Sin embargo, según este autor, el elemento jurídico más importante presente en esta novela es el hecho punible cometido por Raskólnikov.

De esta manera, debido a que la novela objeto del presente trabajo posee una extensa relación con el mundo jurídico, el análisis a ser efectuado en el apartado siguiente será bastante básico y se limitará a los siguientes puntos: la teoría del superhombre, el hecho punible cometido y el proceso.

Análisis de los puntos señalados

1) La teoría del superhombre

El concepto del “superhombre” no se encuentra expuesto en forma directa en la novela, ya que corresponde a un término que fue desarrollado más adelante por Friedrich NIETZSCHE, recuérdese que este filósofo admiraba a Dostoyevski, calificándolo como “*el único psicólogo del cual he aprendido algo*”¹⁵

Pero, ¿qué es la teoría del superhombre? Esta teoría propugna la existencia de personas que alcanzaron una madurez espiritual y moral superior al hombre común, genera su propio sistema de valores y es capaz de superarse a sí mismo y a su naturaleza, que es capaz de romper con las tradiciones morales a fin de alcanzar la libertad de su esencia¹⁶.

¹³ Bonifaz, Crimen y castigo, un apoyo..., véase nota 2.

¹⁴ López Ramírez, Fernando, Análisis del delito en la obra Crimen y castigo de Fiódor Dostoyevski en Derecho y Literatura: una alianza que subvierte el orden (Aledia Hernández Cervantes, editora). Púbrica Editores.184.

¹⁵ Para una referencia completa acerca de Nietzsche y la obra de Dostoyevski, véase: STELLINO, Paolo, “El descubrimiento de Dostoyevski por parte de Nietzsche” en Contrastes Revista internacional de filosofía, vol. XIII, 2008, págs. 79-99.

¹⁶ Cornejo, Consuelo. “El superhombre en la obra de Dostoyevski” publicación del blog El boom de la palabra. Universidad de Chiclayo, Facultad de Derecho, 2009.

Conforme lo señalado, tenemos que esta teoría fue indirectamente acuñada por Dostoyevski en esta obra y fue perfeccionada más tarde por Nietzsche, se trata, así de la misma teoría, empero con matices algo distintos ya que cada uno de estos autores aportó sus propias consideraciones e ideas. Seguidamente incluimos el siguiente cuadro:

<p>Según Dostoyevski</p> <p>Dostoyevski, por medio de su personaje protagonista, señala que el superhombre es un ser extraordinario o especial que, por este hecho, está más allá de las reglas y normas sociales o jurídicas cuyo imperio afecta a todas las demás personas de la sociedad, entendidas estas «demás personas» como los seres ordinarios o no especiales que, por tal razón, están sometidos siempre a las reglas sociales, culturales y jurídicas y no pueden salirse de ellas.</p> <p>El idealismo de Raskólnikov se basaba en la distinción de dos tipos de hombres, lo peor o el hombre llano, del pueblo, y el hombre-héroe, aquel que fija su objetivo, que no entiende de impedimentos, ni morales ni físicos.</p> <p>Según esta consideración, si un «superhombre» incumple la ley no debe recibir por este hecho sanción alguna. De ahí que Raskólnikov, al considerarse a sí mismo como un superhombre al cual está permitido trasgredir la ley a favor de la humanidad planea probar su teoría cometiendo el hecho punible perfecto</p>	<p>Según Nietzsche</p> <p>El superhombre es una persona capaz de generar su propio sistema de valores, identificando como bueno todo lo que procede de su genuina voluntad de poder, sostiene que los valores tradicionales representan una «moralidad esclava», creada por personas débiles y resentidas que deberían desaparecer para dar paso a la aparición del superhombre.</p> <p>El superhombre no necesita a ninguna religión pues éstas siempre refieren a las recompensas en un mundo futuro. Por ello, este no está atado a casi nada, como las demás personas ordinarias. Este rasgo se manifiesta en la creatividad y coraje que demuestra un superhombre y en la autonomía de la que hace gala.</p> <p>Esta idea se refleja en el desprecio que sentía Nietzsche por las clases populares, puesto que éstas tan sólo se adaptan a las tradiciones, permaneciendo, así como personas ordinarias, mientras que el superhombre busca romper con ellas</p>
--	--

Si bien esta teoría fue esbozada y perfeccionada en el siglo XIX, pueden encontrarse ciertas referencias a algunos de sus postulados ya en la Edad Media, específicamente en la *doctrina del derecho divino de los reyes*. Pueden encontrarse ciertas similitudes entre ambos postulados. La teoría del superhombre postula que ciertas personas están exentas del cumplimiento de las leyes dado que son seres superiores que han superado al ser común y han desarrollado sus propios valores. Mientras que la teoría del derecho divino de los reyes señalaba que éstos estaban exentos de cumplir las leyes que ellos mismos aprobaban. Esta doctrina señalaba que los reyes eran *elegidos por Dios y que debían su poder a Él y solo a Él* por tanto, al deber su poder y su posición a un Ser Superior, únicamente debían rendirle cuentas a Él y estaban sometidos tan sólo a sus reglas y normas, estando exentos de toda autoridad terrenal. Esto era lo que se llamó la figura del *legibus solutus*. Esta expresión significa que el gobernante no está sujeto a la ley y hace que estas se cumplan en su totalidad bajo su mandato, ejerce su gobierno sin límites ni restricción alguna más que las establecidas por Dios.

En la obra de Dostoyevski, esto se presenta en la figura del protagonista,

Rodión Raskólnikov, un joven de 23 años, estudiante de derecho, quien publica un artículo en un medio local a través del cual defiende la justificación de ciertos hechos punibles que hubiesen sido cometidos en determinadas circunstancias.

De acuerdo a lo señalado, podemos convenir en que la teoría se sustenta en la afirmación de que los individuos se clasifican en dos categorías, como bien lo señala Juan LÓPEZ-MORILLAS en la introducción a su traducción de *Crimen y castigo* publicada por Editorial Alianza “...los extraordinarios, minoría a la que todo le está permitido, incluso infringir la ley, para alcanzar un objetivo provechoso para la humanidad; y los ordinarios, el rebaño humano, al que sólo le cumple obedecer y ajustarse a los preceptos morales y legales establecidos por la sociedad...”¹⁷. La primera categoría está integrada, entonces, por personas de talante conservador, cuya principal característica reside en ser disciplinados y obedientes; por otra parte, en la segunda, se encuentran los individuos que están capacitados para infringir la ley y cometer hechos punibles cuyo objetivo reside en “destruir lo presente para conseguir algo mejor, aunque sea necesario saltar sobre su propia consciencia para tal fin”¹⁸.

A mayor abundamiento, por su plena pertinencia, corresponde transcribir las palabras de David McDUFF en su introducción a la edición de *Crimen y castigo* publicada por Penguin “...esa visión de las cosas según la cual el hombre fuerte es su único amo, y todo le está permitido. En nombre de su superioridad personal y de su creencia de que es una fuerza, se considera autorizado a cometer un crimen y, de hecho, lo ejecuta. Pero luego, de pronto, la acción que él consideraba una mera infracción de una ley externa sin sentido y un audaz desafío a los prejuicios de la sociedad resulta ser, para su propia conciencia, mucho más que eso; es un pecado, una infracción de la justicia moral interna. Su infracción de la ley externa recibe su legítimo castigo desde fuera en forma de exilio y trabajos forzados, pero el pecado interior de orgullo que ha apartado al hombre fuerte de la humanidad y le ha llevado a cometer el crimen, ese pecado interior de autoidolatría, solo puede redimirse con un acto moral interno de renuncia a sí mismo. Su confianza sin límites en sí mismo tiene que desaparecer frente a aquello que es mayor que él, y su justificación, creada por sí mismo, debe humillarse ante la justicia superior de Dios que vive en esas mismas gentes sencillas y débiles que el hombre fuerte veía como miserables insectos...”¹⁹.

Un ejemplo de este superhombre es Napoleón, quien, si bien prestó al mundo jurídico una contribución inconmensurable a través de su implicación personal en la aprobación del Código Civil francés (el primer código civil moderno), también ocasionó una gran cantidad de muertes a través de las guerras que provocó, sin embargo, éste era de opinión, que las mismas estaban justificadas dado que de esas muertes se obtenía un mayor beneficio. En estas palabras casi puede encontrarse cierta reminiscencia de la teoría de Maquiavelo, para quien, el fin justifica los medios. Entonces, desde el punto de vista de Raskólnikov, Napoleón

¹⁷ Crimen y castigo, traducción de Juan López-Morillas, publicada por Alianza Editorial.

¹⁸ Val Macé, Maéva, El Derecho en la Literatura: Análisis filosófico de la obra Crimen y castigo, Repositorio de la Universidad de Zaragoza, 17.

¹⁹ McDuff, David. Introducción a la edición de Crimen y castigo, traducción de Rafael Cansinos Assens, publicada por Penguin Clásicos.

"...merece ser glorificado en estatuas y diversas obras de arte. El protagonista, en cierta, forma, se sentía un superhombre que tenía 'derecho a cometer crímenes'..."²⁰.

En conclusión, puede afirmarse que estos *"...actos están motivados por una acción de transcendencia donde el sujeto sabe que debe saltar el límite, además puede sufrir en el proceso, llevándole a veces a plantearse el suicidio, como le ocurre al protagonista. O también puede ser castigado por el sistema, entrando el derecho penal..."²¹.*

Ambas doctrinas han sido superadas ya en el siglo XVII cuando la Revolución Francesa sentó las bases del principio de igualdad (art. 1 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano) y de que la soberanía reside en la Nación (art. 3 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano).

Una doctrina como la del superhombre no podría tener lugar en la sociedad moderna regida por el principio general del Estado del Derecho, de la igualdad ante la ley y de la dignidad humana. Como ninguna persona se encuentra por encima de la ley, ésta obliga a todos y rige para todos. La propia Corte Suprema de los Estados así lo ha dicho, al señalar que la Constitución no *"... debe ser leída como implicando que el presidente se encuentra por encima de la Ley..."* (*United States v. Nixon*, sentencia del 24/07/1974)²².

Como puede observarse, la Revolución Francesa y las posteriores normas internacionales aprobadas con posterioridad a la II Guerra Mundial establecieron principios que tornan absolutamente inaplicable la teoría del superhombre a nuestra época actual y, a título personal, dudo que sería incluso aplicable a la realidad del siglo XIX.

2) El hecho punible

La relación más importante de la novela con el mundo jurídico radica en la comisión del hecho punible y lo que ello genera en la mente de la persona que lo hace.

Inicialmente, es necesario definir al hecho punible, el cual según el art. 14 del Código penal es *"un hecho antijurídico que sea reprochable y reúna, en su caso, los demás presupuestos de la punibilidad"*, los cuales son la conducta, dada por el comportamiento voluntario, positivo o negativo; la tipicidad, que es la adecuación de la conducta a uno de los tipos penales regulados en la legislación penal; la antijuridicidad, que radica en la violación al bien jurídico protegido por la ley y, finalmente, la reprochabilidad, que es la posibilidad de atribuir la conducta a la persona, ella se presenta cuando no concurren algunas de cau-

²⁰ Pasión por el derecho, Análisis..., ver nota 3.

²¹ Val Macé, Maéva, El Derecho en la Literatura: Análisis filosófico de la obra Crimen y castigo, Repositorio de la Universidad de Zaragoza, 17.

²² De igual manera, es cuanto la Corte sostuvo en dos casos que involucraron al ex presidente Donald Trump. Véase el caso *Trump v. Vance* (sentencia del 9 de julio de 2020). En el voto mayoritario de dicha sentencia redactado por el presidente de la Corte John Roberts se señaló que la Constitución no prevé la inmunidad absoluta del presidente contra investigaciones penales iniciadas ante los tribunales estatales y contra los pedidos de éstos dirigidos contra sus documentos privados, por lo que no tiene derecho a un estándar elevado contra la emisión de tales requisiciones. Si bien la sentencia no ha sido unánime, confirmó la doctrina que ya había sido sentada en el caso contra el presidente Richard Nixon.

sales de justificación reguladas en el Código penal (legítima defensa, estado de necesidad o trastorno mental).

Definido lo que es un hecho punible, a los efectos de analizar la cuestión, es menester subsumir la conducta desplegada por Raskólnikov en uno de los tipos penales regulados en la legislación, puesto que, conforme al principio de legalidad que rige en el derecho penal, los hechos punibles son únicamente aquellos que se encuentran previstos en tal carácter en una ley. Entonces, tomando los datos que presenta Dostoyevski, tenemos que Dostoyevski ha dado muerte a dos personas, por lo que, inicialmente, la conducta se subsume en la previsión del art. 105 inc. 1º del Código penal, que regula el tipo penal de homicidio doloso en los siguientes términos: *“El que matara a otro será castigado con pena privativa de libertad de cinco a veinte años”*, si bien la conducta se encuentra subsumida en el tipo base, un punto interesante consiste en analizar si se pueden aplicar los agravantes regulados en el inciso 2º del mismo artículo.

Una primera aproximación nos conduce a analizar si los hechos punibles han sido cometidos con alevosía, figura cuya regulación jurídica se encuentra recogida en el art. 105 inciso 2º numeral 4 del Código *“actuara en forma alevosa, aprovechando intencionalmente la indefensión de la víctima”*. Según la Real Academia Española, la alevosía es la *“circunstancia agravante consistente en ejecutar un delito contra las personas con medios o de modo que haya indefensión en la víctima y de ese modo se asegure la indefensión”*²³. Como ha podido notarse, el agravante tiene dos elementos: el medio y modo empleado y la indefensión de la víctima. En cuanto a la indefensión de la víctima, VAL MACÉ, sostiene que *“...Raskólnikov sabe que su víctima tiene una edad avanzada y su capacidad de reacción está limitada por lo que ésta será mínima...”*²⁴, tal apreciación resulta sumamente acertada pues, al tratarse de un hombre joven, por razones obvias su fortaleza física será superior a la de las víctimas que ya cuentan con cierta edad más del hecho de que una de ellas padece cierta discapacidad, de lo cual se desprende de manera lógica la conclusión de que Raskólnikov efectivamente se valió de su mayor fortaleza física para someter a la víctima. Asimismo, es necesario considerar el arma utilizada para la comisión del hecho punible. Conforme se desprende de la novela, el medio empleado a tal efecto consiste en un hacha de la cocina de la pensión en que vive, elemento que puede ser categorizado como arma blanca. Según la RAE un arma blanca es la que está *“constituida por una hoja metálica u otro material de características físicas semejantes, cortante o punzante”*²⁵, por ende, un hacha es un instrumento destinado a aumentar el sufrimiento de la víctima. Así, señala VAL MACÉ que al *“...ejecutar el primer asesinato, a Aliona le da tres veces con el revés del hacha en la mollera. En el segundo asesinato, mata a Lizabeta, la hermana de Aliona, utilizando el filo del hacha...”*²⁶. Un hacha es pesada, afilada y violenta a un punto tal que, en

²³ Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. 1ra. Edición. Edición online, disponible en <https://dpej.rae.es>, voz: alevosía.

²⁴ Val Macé, Maéva, El Derecho en la Literatura: Análisis filosófico de la obra Crimen y castigo, Repositorio de la Universidad de Zaragoza, 19.

²⁵ Real Academia Española, Diccionario..., voz: arma blanca

²⁶ Val Macé, Maéva, El Derecho en la Literatura: Análisis filosófico de la obra Crimen y castigo, Repositorio de la Universidad de Zaragoza. 20.

manos de quién sabe cómo utilizarla es un arma temible. Esto queda demostrado a través de una simple referencia histórica: el hacha ha sido utilizada tanto como arma y como instrumento de ejecución desde tiempos inmemoriales²⁷. Por ende, tanto desde el punto de la indefensión de las víctimas, como desde el punto de vista del elemento utilizado, puede concluirse que Raskólnikov actuó con alevosía, por lo que el agravante en estudio sería aplicable a su conducta.

Asimismo, desde nuestro punto de vista, sería aplicable el agravante regulado en el inciso 6 “*actuara para facilitar un hecho punible o, en base a una decisión anterior a su realización, para ocultarlo o procurar la impunidad para sí o para otro*”, dado que el segundo hecho punible fue cometido para tratar de ocultar o evitar que la identidad del autor del primer hecho punible fuera conocido por las autoridades.

Por otro lado, también resulta un ejercicio interesante analizar si podría ser aplicable el tipo penal de feminicidio regulado en el art. 50 de la Ley N° 5777/16. Sin embargo, al dar lectura a las condiciones establecidas en los seis incisos de dicho artículo puede observarse que este tipo penal no es aplicable a la conducta de Raskólnikov.

Ahora bien, concluido el análisis del tipo penal de homicidio, corresponde analizar otro hecho punible cometido seguidamente a los homicidios, según nos relata Dostoyevski, Raskólnikov tomó dos cajitas que contenían algo similar a zarcillos, más cuatro estuches pequeños que contenían tafiletes, una cadenilla y algo parecido a una condecoración. Esta conducta se subsume en la previsión del art. 168 del Código penal “robo con resultado de muerte”, teniendo en cuenta la manera en que ello se dio.

El último punto que amerita una consideración en relación a este apartado consiste en analizar las motivaciones que llevaron a Raskólnikov a cometer el hecho punible. Nótese que hago referencia “al hecho punible” en singular, puesto que el hecho principal está dado por los homicidios cometidos por el mismo, el robo simplemente fue un accesorio. En este sentido, señala Fernando LÓPEZ RAMÍREZ, que “...en un primer momento es lógico pensar que Raskólnikov cometió el delito de homicidio, debido a su notoria necesidad económica, es decir, el móvil del delito fue el robo de las pertenencias de Ivanovna, para ayudarse a subsistir...”²⁸. Luego, agrega que considera que, en un primer momento, “Dostoyevski justifica la comisión de los delitos perpetrados por Rodión Raskólnikov desde el punto de vista de la miseria en que vivía el personaje”²⁹. Sin embargo, considero más acertado el razonamiento que expone el mismo autor más adelante en la obra citada.

²⁷ Con anterioridad a la invención de la guillotina en el siglo XVIII en tiempos de la Revolución Francesa, las condenas a muerte ejecutadas a través del método de la decapitación eran llevadas a cabo por medio de una gran hacha muy afilada. Para una referencia audiovisual de este hecho, se recomienda la película Cromwell, al final de la cual puede observarse la ejecución del rey Carlos I de Inglaterra con este método.

²⁸ López Ramírez, Fernando, Análisis del delito en la obra Crimen y castigo de Fiódor Dostoyevski en Derecho y Literatura: una alianza que subvierte el orden (Aledia Hernández Cervantes, editora). Pública Editores, 186.

²⁹ López Ramírez, Fernando, Análisis del delito en la obra Crimen y castigo de Fiódor Dostoyevski en Derecho y Literatura: una alianza que subvierte el orden (Aledia Hernández Cervantes, editora). Pública Editores, 187.

En efecto, el mismo Fernando LÓPEZ RAMÍREZ señala que esta conducta está motivada por la búsqueda de la justicia y expone que “...este segundo momento es el que lo induce a la comisión del delito, pues en la narrativa se muestra a un Rodia Raskólnikov perturbado, guiado por una fuerza metafísica, es decir, por la superstición y coincidencia, a creer que en sus manos estaba acabar con ese ente maligno de la sociedad...”³⁰.

Esta última afirmación expuesta, es la que considero acertada por cuanto, lo que Raskólnikov buscaba era demostrar su tesis de la existencia de hombres extraordinarios en la sociedad que estaban exentos del imperio de la ley y cuyos crímenes estarían justificados por este hecho. Entonces, como lo afirma Leticia BONIFAZ las razones que subyacen a la muerte de Aliona Ivanovna están en el “... sacrificio de un bien valioso, como la vida, a cambio del beneficio de otro bien aún más valioso, como la libertad o la igualdad social...las cuales pueden ser sintetizadas en la aceptación de un mal, para prevenir un mal mayor o para lograr algún tipo de bien...”³¹

3) El proceso judicial

La parte final de la novela contiene el proceso judicial en el que Raskólnikov fue condenado y sentenciado a la pena de trabajos forzados. En un primer momento ha de decirse que la literatura permite tomar conciencia y conocimiento de la manera en que funcionan otros sistemas jurídicos distintos al que rige en nuestro país y la manera en que los referidos sistemas jurídicos se abocaban a la resolución de situaciones conflictivas en tiempos anteriores. Al respecto, considero apropiado expresar que el proceso judicial al que fue sometido Raskólnikov es muy diferente al tipo de proceso penal en vigencia en la actualidad, no solo por el espacio temporal que separa al momento actual sino también porque el ámbito cultural, social y legal con la Rusia de aquel tiempo difiere en demasía, por lo que, al juzgar el proceso expuesto por Dostoyevski, debe tenerse cuidado con juzgar al mismo desde el prisma de la actualidad, sin embargo, sin entrar a juzgar si el proceso ha sido justo o no, se analizará el mismo desde el punto de vista de la reglamentación jurídica procesal en el ordenamiento jurídico paraguayo.

Para empezar con la exposición de este punto, debemos definir al proceso. Según la RAE, el proceso es “*Conjunto de trámites jurídicamente regulados para la sustanciación de una causa criminal o de un pleito de otra naturaleza y que concluyen con una sentencia judicial*”³² o, en lenguaje corriente, son los pasos que sigue el Estado para aplicar su poder punitivo o para resolver un conflicto entre dos partes. Actualmente, el proceso tiene reglas que deben seguirse, esas reglas se llaman debido proceso. En Paraguay, las reglas que conforman el debido proceso se encuentran expuestas en el art. 17 de la Constitución Nacional

³⁰ López Ramírez, Fernando, Análisis del delito en la obra Crimen y castigo de Fiódor Dostoyevski en Derecho y Literatura: una alianza que subvierte el orden (Aledia Hernández Cervantes, editora). Pública Editores, 189

³¹ Bonifaz, Bonifaz, Leticia. “Crimen y castigo, un apoyo para la introducción al estudio del derecho” en Reflejos del sistema jurídico en la literatura mundial (Adriana Berruero García, Coordinadora). Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Nacional Autónoma de México. Serie Estudios Jurídicos N° 357.29

³² Real Academia Española, Diccionario..., voz: proceso. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/proceso>

y en el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica. En este punto, corresponde realizar una aclaración.

Las reglas del debido proceso que rigen actualmente, apenas se hallaban en un momento incipiente en el tiempo de Dostoyevski y, tengo mis dudas en cuanto a si ellas ya habían penetrado o no en Rusia, teniendo en cuenta que la monarquía rusa era una de tipo absoluto, como las existentes en Europa antes de la Revolución Francesa. Además, es incluso dudoso que en la Europa del siglo XIX la noción de “debido proceso” tuviera aplicación efectiva, recuérdese que los regímenes que siguieron a la Revolución, al menos en Francia, se caracterizaron por diversos tipos de abusos de poder que privaron al Estado francés de cualquier tipo de estabilidad, hasta la llegada de Napoleón. Por otra parte, la primera noción escrita del concepto “debido proceso” puede ser encontrada en la Constitución de los Estados Unidos de América, específicamente en la Quinta y en la Decimocuarta Enmiendas. Por lo que, al momento en que transcurre la novela, siquiera la Corte Suprema de los Estados Unidos había definido con claridad el alcance del término, para ello debió esperarse al final del siglo XIX y principios del siglo XX.³³

En consecuencia, a los efectos de analizar el proceso, es necesario, entonces, tener en cuenta dos situaciones:

a) la primera es el plano en que se mueve la obra. Es sabido que existen dos planos: el plano real, que es el plano en que nos movemos y actuamos, es cierto y concreto; y el plano ideal, que es en el que se mueve la obra, ya que ellos solo existen en el plano ideal y su existencia en el plano real se debe únicamente al trabajo realizado por el autor.

b) la segunda son las diferencias en el marco espacial y temporal. La acción ocurre en Rusia en el siglo XIX, un país lejano y completamente distinto al nuestro, el tiempo tampoco es el nuestro y hay que tener en cuenta las normas que regían en ese momento.

De lo expuesto con anterioridad hemos de decir que como no se cuentan con parámetros objetivos para saber si las reglas del debido proceso se hallaban o no vigentes en la Rusia de tiempos de Dostoyevski, el análisis del proceso seguirá las reglas del debido proceso presentes en nuestro ordenamiento jurídico y en los tratados internacionales vigentes.

Entonces, el primer punto a tener en cuenta es el modelo al que adhiere el tribunal que juzgaría a Raskólnikov. En esta obra, vemos un proceso de tipo inquisitivo, cuyo nombre y características se deben al Tribunal de la Santa Inquisición, órgano de la Iglesia Católica, encargado, en otro tiempo, de perseguir

³³ En su monumental obra *Derecho constitucional comparado*, el jurista español Manuel García-Pelayo realiza un pormenorizado estudio de la interpretación que mantenía la Corte Suprema de ese país en relación a la cláusula del *due process of law* presente en el texto de la Quinta Enmienda, señalando que la misma era utilizada por la Corte para proteger, en mayor medida, la propiedad privada y para privar negar la intervención estatal en campos que eran considerados como netamente privados. Recién a mediados del siglo XX y principalmente con la llegada de Earl Warren a la presidencia de la Corte, la misma inició a considerar esta cláusula desde un punto de vista procesal: ver los casos *Mapp v. Ohio*, *Miranda v. Arizona*, *Gideon v. Wainwright*, *Schmerber v. California*, entre otros.

y castigar todo lo que se considerase como herejía. Señala ARAÚZ ULLOA que, el mismo "...es el sistema de enjuiciamiento penal que responde a la concepción absolutista del poder, a la idea extrema sobre el valor de la autoridad, un proceso penal en el que la centralización del poder y todos los atributos que concede la soberanía se reúnen en una única mano, en la mano del Juez, del Monarca o del Señor..."³⁴.

La definición antes expuesta nos permite extraer las características fundamentales del proceso de tipo inquisitivo entre las cuales podemos citar las siguientes (las que seguidamente enumeramos corresponden a características que puede encontrarse en este tipo de procesos, independientemente al marco espacial o temporal):

No existe diferencia entre el órgano que investiga y el que juzga, son uno solo. El mismo juez instruye el proceso (investiga y obtiene las pruebas), es el que presenta las conclusiones y, luego, juzga, analiza las pruebas y dicta sentencia.

No existe la presunción de inocencia (nadie es culpable hasta que un tribunal diga lo contrario) con lo que el acusado no está librado de la carga de la prueba, es decir, debe probar su inocencia. En el sistema contrario al inquisitivo, el acusatorio, es el Estado quien debe demostrar la culpabilidad más allá de cualquier duda razonable.

Como el juez realiza actos de investigación, carece del atributo de la imparcialidad, ya que no es un tercero que va a resolver una disputa entre dos partes, sino que es parte del proceso.

Se parte del supuesto de que el hecho punible fue cometido, y sobre esa base se realizan las investigaciones.

Puede decirse que el sistema inquisitivo fue el tipo de proceso que, a lo largo del tiempo, rigió en casi todos los sistemas jurídicos, un vistazo a sistemas jurídicos tan dispares como el sistema continental (que nos rige) o el common law y se verá la pertinencia de lo señalado. En Latinoamérica, basta una revisión de los códigos procesales penales de casi todos los países, anteriores a las reformas procesales realizadas a partir de los años '80 para notar lo que afirmamos.

La contracara del proceso de tipo inquisitivo es, pues, el proceso de tipo acusatorio, a cuyo respecto el jurista argentino Julio B. MAIER señala: "...La característica fundamental del enjuiciamiento acusatorio reside en la división de los poderes que se ejercen en el proceso, por un lado, el acusador, que persigue penalmente y ejerce el poder requirente, por el otro el imputado, quien puede resistir la imputación ejerciendo el derecho de defenderse y, finalmente, el tribunal que tiene en sus manos el poder de decidir..."³⁵.

Lo cual, como puede observarse, no es el caso del proceso seguido a Ras-

³⁴ Araúz Ulloa, Manuel, "El nuevo Código Procesal Penal: del proceso inquisitivo al proceso acusatorio" en Revista de derecho, ISSN 1993-4505, ISSN-e 2409-1685, N° 1, 2002, 35-52

³⁵ Maier, Julio B. Derecho procesal penal argentino (Buenos Aires, Argentina, 2ª edición, Hammurabi, 1989), 207.

kólnikov, basta, para comprobarlo, una lectura de las actuaciones seguidas por el juez Porfirii Petróvich, que concentra en sus manos las atribuciones que corresponden al Ministerio Público (investigar los hechos y reunir las pruebas) y al Poder Judicial (juzgar y dictar sentencia). En relación a nuestro país, puede decirse que el proceso de tipo inquisitivo rigió desde tiempos coloniales hasta el año 1998 cuando entró en vigencia el nuevo Código Procesal Penal que modificó el sistema hasta entonces vigente, instaurando un proceso acusatorio, si bien existen voces que señalan que resabios del sistema inquisitivo siguen presentes en el proceso civil³⁶.

Señala Fernando LÓPEZ RAMÍREZ, que en la conclusión de la historia asistimos a la confesión de Raskólnikov, ratificando cuanto ya había expresado ante la policía. En relación a la prueba confesional, en el sistema jurídico que rige en Paraguay, ella es legal en los procesos civiles, empero, en los penales, está sometido a ciertas reglas. Para ser válida, una confesión en un proceso penal debe cumplir con la regla establecida en el art. 8 núm. 3) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que dispone "*La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza*", por lo que no es válida una confesión extraída por medios de presión utilizados sea por la policía o por el Ministerio Público. Es de notar que el método investigativo y de interrogación se basan "*...fundamentalmente en el diálogo, a través de él, intenta sonsacar la verdad a los posibles sospechosos. Este método es básicamente psicológico, no utiliza en ningún momento la violencia o la intimidación...*"³⁷, lo cual, según las reglas del debido proceso actuales, resulta capital para la validez de cualquier confesión que pudiese realizarse. Una lectura superficial de la novela puede llevarnos al convencimiento de que la confesión realizada por Raskólnikov fue completamente voluntaria y, por ende, desde el punto de vista de nuestra legislación podría resultar válida. No obstante, si se emprende una lectura atenta de la novela, prestando atención a los múltiples detalles que el autor va desgranando, puede notarse que complementemente voluntaria ella no había sido, puesto que la confesión llegó cuando ya Porfirii Petróvich le había indicado que habían sido hallados ciertos elementos que permitirían incriminarlo. ¿Sería válida la confesión de Raskólnikov en un proceso penal seguido de acuerdo al Código Procesal Penal vigente? Es probable que sí, ya que los demás elementos de prueba podrían conducir a demostrar la autoría del hecho.

Por otra parte, es interesante destacar que en el marco de un diálogo entre Raskólnikov con el juez instructor Porfirii Petróvich, éste último reconoció haber ingresado a la habitación de Raskólnikov y realizado un registro allí mientras el mismo se encontraba enfermo. Esta actuación, válida según el sistema procesal vigente en la Rusia de aquel momento no podría ser tenido por válido desde el punto de vista del debido proceso vigente en nuestro país, ello porque el art. 17 núm. 9 de la Constitución señala con precisión "*En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene dere-*

³⁶ Véase: Jiménez Rolón, Eugenio. "La vigencia del sistema inquisitivo en el derecho procesal civil del Paraguay" en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Asunción, N° 1, Vol. 1, 2013, pp. 50-69.

³⁷ Val Macé, Maéva, El Derecho en la Literatura: Análisis filosófico de la obra Crimen y castigo, Repositorio de la Universidad de Zaragoza, 22.

cho a...9) que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas". Esta garantía procesal es la llamada *doctrina del fruto del árbol envenenado*, la cual expone que las pruebas de un hecho punible que fuesen obtenidas por medios no ajustados a las reglas legales impiden que esas pruebas puedan ser utilizadas en el marco de un proceso judicial contra cualquier persona y, de igual manera, cualquier prueba o actuación vinculada a la misma carece de todo y cualquier valor jurídico para su utilización en el marco de un proceso penal³⁸.

La lógica que subyace a la expresión que da nombre a la teoría radica en que si la fuente de la prueba (el árbol) estuviese corrompida, entonces cualquier derivado del mismo (los frutos) también estarán contaminados. Esta doctrina ha sido creación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, inicialmente en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920)³⁹. En consecuencia, si en la Rusia del tiempo de Dostoyevski estuvieran vigentes las reglas del debido proceso actuales, cualquier prueba obtenida por Porfirii Petróvich en esa búsqueda realizada sin orden, sería ilegal y nula, no obstante, ella podría resultar formalmente válida en el marco del tipo de proceso que estaba siendo realizado dado que en el proceso de tipo inquisitivo quien investiga es el propio juez.

Asimismo, señala Fernando LÓPEZ RAMÍREZ que "...se aplicó a su pena como atenuante del delito, la llamada teoría de la enajenación mental temporal, situación que además se puso de manifiesto también mediante testimoniales del estado de hipocondría crónica en que se hallaba Rodión en ese momento..."⁴⁰, cabe acotar que conforme al art. 23 del Código penal paraguayo el trastorno mental se encuentra previsto como causal de justificación, es decir, como exclusión de la responsabilidad penal. En efecto, el art. 23 dispone "No es reprochable el que, en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento". De lo expuesto en la citada normativa puede observarse que el sistema penal paraguayo prevé al trastorno mental como causal de justificación, es decir, como excluyente de la responsabilidad penal, mientras que en el caso de Raskólnikov, ello fue tomado como atenuante. Sin embargo, en opinión del autor, es dudoso que Raskólnikov no estuviera en pleno uso y goce de todas sus facultades mentales, teniendo en cuenta que a lo largo de la novela mostró estarlo. Que sus ideas resultasen "extrañas" o "diferentes" no indica necesariamente que su capacidad mental estuviera afectada.

³⁸ Martínez Rodríguez, José Antonio y M., María Angélica. "La doctrina del fruto del árbol envenenado", Noticias jurídicas, consultado 15 abril, 2023, <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>

³⁹ Los hechos del citado caso son simples: dado que la familia Silverthorne omitió presentar los libros contables que les habían sido solicitados, fueron detenidos durante unas horas, mientras tanto, ciertos agentes del Gobierno, ingresaron a las oficinas de la empresa sin contar con una orden judicial, llevándose los libros contables. Posteriormente, la Corte suprema anuló tanto las pruebas como el juicio propiamente dicho. Luego, la doctrina fue extendida a otras situaciones como el ingreso a un recinto privado sin contar con orden de allanamiento como en el caso *Mapp v. Ohio*.

⁴⁰ López Ramírez, Fernando, Análisis del delito en la obra *Crimen y castigo* de Fiódor Dostoyevski en *Derecho y Literatura: una alianza que subvierte el orden* (Aledia Hernández Cervantes, editora). Pùblica Editores, 189.

Finalmente, en relación a la pena, debe señalarse que la Constitución paraguaya no permite la imposición de la pena de trabajos forzadas, como sí era legal en tiempos de Dostoyevski, puesto que él mismo fue condenado a dicha pena que debió cumplir en Siberia. Asimismo, el objeto de las penas ha sufrido un gran cambio de paradigma. Según una concepción tradicional, éstas persiguen tres finalidades bien específicas: la disuasión, la prevención y la retribución. Este era el punto de vista prevalente durante gran parte de la historia y, conforme lo relatado por Dostoyevski, es el punto de vista que prevalecía en la Rusia de su tiempo. En este sentido, la disuasión busca demostrar a otras personas los efectos negativos de cometer hechos punibles, es decir, les dice, si lo hacen esta será la consecuencia que deberán enfrentar. Por su parte, la prevención busca, como su nombre lo dice, prevenir que nuevos hechos punibles sean cometidos por la misma persona, puesto que la pena impuesta así lo evitaría. Finalmente, la retribución buscaba imponer al infractor una sanción por la conducta en la que incurrió. Sin embargo, actualmente el paradigma se ha modificado y la moderna doctrina ya no persigue que las penas disuadan o retribuyan, sino que, según lo rezan el art. 20 de la Constitución Nacional y el art. 39 inc. 1º del Código penal, el objeto y fin de las penas es la readaptación del condenado y la protección de la sociedad. A pesar de su modernidad, estas ideas están lejos de ser novedosas, puesto que ya el Marqués de Beccaria había propugnado en su obra *De los delitos y las penas* que las penas respondían a una teoría contractual, es decir, como la sociedad se desprende de un contrato social destinado a proteger los derechos de todos, los delitos deben ser considerados como una violación a ese contrato, por lo cual, la sociedad debe responder con medidas proporcionales a los delitos cometidos. Por ello, se centra, más bien en el carácter preventivo de las penas.

He ahí la razón por la cual se ha suprimido la pena de muerte, la de proscripción, la de confiscación de bienes y la de trabajos forzados, por cuanto éstas son incapaces de cumplir con el objeto de readaptar al condenado y proteger a la sociedad.

Conclusión

En primer término, se ha podido concluir que es posible realizar una reflexión relativa al campo de las Ciencias Jurídicas a partir de una obra literaria y que ello no solo es posible desde la ley, la doctrina o la jurisprudencia. Por otra parte, también puede observarse cuanto mayor sea el nivel de profundidad que posee la obra literaria que será objeto de consideración, se hace tanto más fácil extraer de ella las reflexiones que se pretenden y, tal, indudablemente, es el caso de la obra *Crimen y castigo* de Fiódor Dostoyevski, novela que, como se ha dicho es susceptible de múltiples niveles de lectura, desde la más superficial hasta la más profunda.

En esta posibilidad de realizar lecturas desde numerosas ópticas reside, justamente, la riqueza de esta obra literaria. Una lectura atenta de la misma permite apreciar en toda su extensión la relación cuasi simbiótica que ella posee con

el campo de las Ciencias Jurídicas a pesar de que el autor no contaba con formación en este campo. Dostoyevski. Además, puede verse, por ejemplo, que ya en ese tiempo se hallaban en boga los enfoques psicológicos del hecho punible, que no considera de tanta relevancia a los hechos vinculados a la comisión de los hechos punibles, para centrarse en las circunstancias que condujeron a ello. De igual manera, la teoría del superhombre esbozada por Dostoyevski en esta novela influyó notoriamente en Nietzsche que perfeccionó la misma, si bien la efectiva aplicación de esta teoría no solo no sería posible hoy día, sino que tampoco lo serían en esa época.

La influencia de una obra clásica se sustenta, en efecto, en la posibilidad de que la misma pueda seguir siendo leída y analizada a pesar de tiempo transcurrido desde su aparición. En lo que a *Crimen y castigo* respecta, han pasado más de cien años desde su publicación y, aún así, como lo demuestra en pequeño análisis que hemos realizado en el cuerpo del presente trabajo, es posible verificar nuevos niveles de lectura o encontrar elementos que permitan realizar nuevas consideraciones hasta entonces poco exploradas.

Por todas estas razones, esta obra es y será siempre un clásico imperecedero.

BIBLIOGRAFÍA

- Arauz Ulloa, Manuel. "El nuevo Código Procesal Penal: del proceso inquisitivo al proceso acusatorio" en *Revista de derecho. Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Centroamericana*. ISSN 1993-4505, ISSN-e 2409-1685, N.º. 1, 2002, 35-52, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973518>
- Astrudillo, Ricardo, "¿Cómo se vinculan el derecho y la literatura?", *Diario Judicial*, 25 de octubre 2022, <https://www.diariojudicial.com/nota/93398>
- Bonifaz, Leticia, "Crimen y castigo, un apoyo para la introducción al estudio del derecho" en *Reflejos del sistema jurídico en la literatura*

mundial (Adriana Berrueco García, Coordinadora). UNAM. Ciudad de México – México. 2021.

- Colavita, Fernando, “Reseña de Crimen y castigo” Publicada en Goodreads, <https://www.goodreads.com/review/show/1224722265>
- Cornejo, Consuelo, “El superhombre en la obra de Dostoyevski” publicación del blog El boom de la palabra. Universidad de Chiclayo, Facultad de Derecho, 2009.
- Falconi Trávez, Diego. 2016. A medio camino: intertextos entre la literatura y el derecho. Tirant lo Branch Humanidades, Valencia, España
- López Morillas, Juan. 2021. Introducción a la edición de Crimen y castigo, Madrid, España: Alianza Editorial.
- López Ramírez, Fernando. 2017. Análisis del delito en la obra Crimen y castigo de Fiódor Dostoyevski en Derecho y Literatura: una alianza que subvierte el orden, Ciudad de México, México, (Aledia Hernández Cervantes, editora). Pública Editores.
- LP Pasión por el derecho, Análisis de Crimen y castigo, de Dostoyevski. 24 de febrero de 2017, <https://lpderecho.pe/analisis-de-crimen-y-castigo-de-dostoievski/>
- Maier, Julio B. 1989. Derecho procesal penal argentino. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Noticias Jurídicas, Martínez, Rodríguez, José Antonio y M., María Angélica. “La doctrina del fruto del árbol envenenado”, <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/8944-la-doctrina-del-fruto-del-arbol-envenenado/>.
- Mcduff, David. Introducción a la edición de Crimen y castigo, traducción de Rafael Cansinos Assens, publicada por Penguin Clásicos.
- Ossorio Y Gallardo, Ángel. 2010. El alma de la toga. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- Pérez, Carlos. 2006. “Derecho y literatura” en Isonomía Revista de teoría y filosofía del derecho, Ciudad de México, México.
- Real Academia Española. Diccionario panhispánico del español jurídico. 1ra. Edición. Edición online, disponible en <https://dpej.rae.es>.
- Schlatter Navarro, Antonio. 2021. Porqué leer a Dostoyevski, Navarra, España: Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA).
- Val Macé, Maéva. 2017. El Derecho en la Literatura: Análisis filosófico de la obra Crimen y castigo. Zaragoza, España.



revistajurídica

DERECHO PROCESAL LABORAL



EL CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL Y JUECES DE PAZ

Mgtr. Ybete Welter de Troes¹

Abg. Esc. Claudio Arnaldo Manuel Salinas González²

RESUMEN: El presente trabajo de investigación versa sobre la competencia de los jueces en la República del Paraguay, específicamente del fuero laboral y la judicatura de paz, al suscitarse dos posturas interpretativas que resultan ser antagónicas, que en reiteradas ocasiones generan una contienda negativa de competencia. Es determinante analizar las disposiciones normativas vigentes respecto al tema en cuestión, pues a través del estudio a profundidad de la legislación y las interpretaciones efectuadas por los magistrados o litigantes se logra comprender los argumentos de sus posturas. Igualmente, se hace énfasis a la discrepancia interpretativa que genera dicha controversia y la dificultad presentada en la práctica judicial para determinar correctamente la competencia. Se llega pues a la conclusión de que dicha situación constituye una dificultad procesal, que afecta la celeridad, la economía procesal y la seguridad jurídica ante las posturas encontradas, por lo cual es preciso delimitar adecuadamente la competencia de los juzgados de manera que se asuma una postura uniforme al respecto a fin de tutelar de manera efectiva las pretensiones laborales ante el carácter alimenticio que invisten para el trabajador.

PALABRAS CLAVES: Juez, Competencia, Principios, Norma, Especialidad.

ABSTRACT: This research work deals with the competence of judges in the Republic of Paraguay, specifically the labor law and the peace judiciary, when two interpretative positions arise that turn out to be antagonistic, which repeatedly generate a negative competition. It is crucial to analyze the normative provisions in force regarding the subject in question, because through an in-depth study of the legislation and the interpretations made by the magistrates or litigants, it is possible to understand the arguments of their positions. Likewise, emphasis is placed on the interpretative discrepancy generated by said controversy and the difficulty presented in judicial practice to correctly determine jurisdiction. The conclusion is therefore reached that this situation constitutes a procedural difficulty, which affects speed, procedural economy and legal certainty in the face of the conflicting positions, for which it is necessary to adequately delimit the jurisdiction of the courts so that a uniform position in this regard in order to protect effectively the labor claims before the nutritional nature that they have for the worker.

KEY WORDS: Judge, Competition, Principles, Norm, Specialty.

Introducción

En la presente investigación se tratará primordialmente acerca de un aspecto sumamente relevante en la actualidad jurídica, pues se ha suscitado una

¹ Abogada y Escribana egresada de la Universidad del Norte, Magíster en Derecho Civil, Magíster en Investigación Científica, Doctoranda en Ciencias Jurídicas, Miembro del Comité Científico de la Revista Jurídica de la Universidad Católica Campus Alto Paraná, Miembro del Tribunal de Apelación Laboral de la Sexta Circunscripción Judicial Alto Paraná.

² Abogado y Escribano, egresado de la Universidad Católica, Especialista en Didáctica Universitaria por la Universidad Nacional del Este, Escuela Judicial por el Consejo de la Magistratura, Editor Adjunto de la Revista Jurídica de la Universidad Católica Campus Alto Paraná, Jefe del Registro de Marcas de la Sexta Circunscripción Judicial Alto Paraná.

situación controversial, en atención a lo dispuesto en la Ley N° 6.059/18, la cual modifica el Código de Organización Judicial y a raíz de ello ha generado una suerte de dificultad en cuanto a la competencia de los jueces de primera instancia del fuero laboral y los jueces de paz, por ello es que corresponde ahondar en el tema propuesto.

Pues constituye un aspecto de fundamental importancia dentro del fuero laboral y los juzgados de paz, al tratarse de áreas con una versatilidad jurídico-legal extensa y con un campo de aplicación constante en la sociedad. Por lo mismo, cabe resaltar la relevancia de la competencia de los magistrados del Poder Judicial a la hora de conocer y posteriormente resolver los casos que se presenten.

Por ese motivo resulta conveniente analizar adecuadamente la normativa mencionada, pues al regular lo relacionado a la competencia del órgano juzgador, necesariamente se deben regir por ella, pero al generar una controversia, se debe delimitar correctamente la aplicación de la norma y dilucidar su alcance a fin de precisar la competencia entre los jueces laborales y los jueces de paz en juicios laborales cuyo valor no supere los 300 jornales mínimos.

La situación de referencia, en cuanto a la competencia de los magistrados, se centra en la existencia de dos posturas antagónicas asumidas por los jueces en lo laboral y por los jueces de la judicatura de paz; en tal sentido, se enfrentan la competencia en razón de la cuantía o valor contra la competencia fijada por la especialidad o materia.

La competencia judicial: generalidades

En tal sentido, la legislación vigente se expresa respecto a la competencia en los distintos códigos que hacen parte del orden jurídico interno de la República del Paraguay; ahora bien, al mencionar al juez competente, corresponde indicar lo expresado por Saez Martin:

“La cuestión del tribunal competente o de la predeterminación legal del juez está estrechamente ligada a los derechos fundamentales. En efecto, todas las normas de competencia están vinculadas con el resguardo del derecho al juez predeterminado, derecho que está consagrado en la propia Constitución.”³

Ahora bien, en relación a la competencia del órgano juzgador, es apropiado indicar que dicho parámetro, delimitado por la norma vigente, resulta fundamental para que el rol y las funciones del juez sean ejecutadas adecuadamente, al existir esa clasificación y organización que presenta la jurisdicción y competencia a nivel institucional en el Poder Judicial.

En otros términos, cabe igualmente remarcar algunas ideas muy relevantes respecto a la conceptualización de la competencia y su razón de ser, en efecto, desde el momento en que se presenta la necesidad de más de un juez para que

³ Sáez Martín, Jorge. “Los elementos de la competencia jurisdiccional”, Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, Sección Ensayos, Año 22 Núm. 1 (2015): 529-570

se resuelvan litigios suscitados entre las personas en sociedad, se requirió necesariamente la creación de variados órganos, facultado con la posibilidad de actuar jurisdiccionalmente, es decir, con la potestad de resolver conflictos de diversos tipos, en atención a los fueros.

Por tanto, la competencia se requiere a fin de delimitar el campo al cual se circunscribe el órgano juzgador para conocer el juicio y seguir adelante con el procedimiento, en tal sentido, consideramos pertinente hacer mención a lo expresado por Adolfo Alvarado Velloso cuando refiere que:

“En rigor, para que jurisdicción y competencia pudieran superponerse, sería necesaria la existencia de un solo juez. Pero debe aclararse que la coexistencia de más de un juzgador no implicó de manera alguna que la jurisdicción -como función- se fraccionaría, cual lo admiten algunos autores, ni tampoco que se repartiera, porque el poder jurisdiccional del Estado -obviamente- es único y como tal no puede ser fraccionado, repartido, limitado, etc.”⁴

“Lo que ocurre es que el desarrollo del Estado moderno ha impuesto la necesidad de dividir el trabajo de la administración de justicia y, por ende, ha reglamentado el ejercicio de la jurisdicción que, sin embargo, sigue siendo única. De tal suerte, podemos entender por competencia la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo entre jurisdicción y competencia una relación cuantitativa y no cualitativa, de género a especie.”⁵

“Por ello ha podido decir con acierto Couture que todos los jueces tienen jurisdicción (en rigor la posibilidad de realizar actos con estructura sustitutiva) pero no todos tienen competencia para conocer un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia.”⁶

En atención a las bases teóricas expresadas, la competencia y los conflictos que puedan suscitarse sobre la misma, revisten de gran importancia para la validez del proceso, ya que a raíz de ella es que se busca resolver los litigios de la manera más eficiente posible, considerando todas las características de cada caso y del órgano juzgador que debe encargarse de dirimir el pleito.

La legislación vigente sobre competencia

En primer término, siguiendo la jerarquía de la prelación de las normas en base a la pirámide de Kelsen, cabe resaltar que la competencia del juez que ha de dirimir un litigio tiene raigambre constitucional según lo dispuesto por la Constitución de la República del Paraguay del año 1.992, en su artículo 16⁷ al consagrar,

⁴ Alvarado, Adolfo. “Jurisdicción y competencia”, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol. 3 Núm. 3 (1985), 25-47.

⁵ Ídem

⁶ Ídem

⁷ Constitución Nacional de la República del Paraguay, artículo 16. De la defensa en juicio: La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales.

entre otros puntos, la competencia del órgano juzgador.

De esta forma se da entrada a la figura del juez competente, cuya facultad de conocer y resolver un litigio se determina en atención a diversos criterios tales como; el grado, el territorio, la materia o la cuantía, siendo este último punto el eje central en el que se enmarca el presente artículo.

Al efecto, corresponde precisar lo dispuesto por el artículo 11 del Código de Organización Judicial de la República del Paraguay, el cual expresa que *“la competencia en lo civil, comercial, laboral y contencioso administrativo se determina por el territorio, la materia, el valor o cuantía de los asuntos, el domicilio o la residencia, el grado, el turno y la conexidad.”*⁸ en tal sentido pues, el punto de interés radica actualmente en la Ley N° 6.059/18, considerando lo que respecta a la cuantía, pues allí es donde se suscita la controversia.

Es así que en un proceso laboral el juez deberá entender en primer término las cuestiones o conflictos de competencia y sólo podrá expedirse sobre las demás pretensiones si se considera competente según establece el artículo 123⁹ del Código Procesal del Trabajo.

Ahora bien, profundizando en lo que respecta al valor o cuantía del litigio, cabe indicar primeramente el artículo 15 del Código de Organización Judicial, e igualmente la ley modificatoria.

“Art. 15. El valor o la cuantía del litigio se determinará con sujeción a las siguientes reglas: a) cuando la cantidad objeto de la demanda sea impugnada y forme parte de un crédito mayor, se estará al monto del crédito;

b) si se demandare el saldo de una cantidad mayor ya pagada, se tendrá en cuenta únicamente el valor del saldo;

c) los frutos, réditos, pérdidas e intereses, costas y demás prestaciones accesorias sólo se acumularán al capital cuando fueren debidos con anterioridad a la demanda;

d) cuando en la demanda se comprendan cantidades u objetos diversos que provengan de una sola o de varias causas, se estará al valor total de ellas;

e) si fueren varios los demandantes o demandados en virtud de un mismo título, el valor total de la cosa demandada determinará la competencia, sea o no solidaria o indivisible la obligación;

f) tratándose de la posesión de una cosa, se tendrá como valor el litigio el de la cosa; y,

⁸ Código de Organización Judicial de la República del Paraguay, artículo 11.

⁹ Código Procesal Laboral paraguayo, artículo 123. Las excepciones opuestas serán resueltas por el juez, antes de la apertura del juicio a prueba. Decidirá en primer término la incompetencia de jurisdicción y si la acepta, no debe pronunciarse sobre las demás que hayan sido articuladas.

g) cuando el valor de la cosa objeto de la demanda no pueda ser determinado, el actor deberá manifestarlo bajo juramento sin perjuicio del derecho del demandado a declinar la jurisdicción.”¹⁰

No obstante, la Ley N° 6.059, del año 2018, que modifica la Ley N° 879/81, es decir, el Código de Organización Judicial, y amplía sus disposiciones y funciones de los juzgados de paz, establece en su artículo primero que:

“Los Juzgados de Paz en lo Civil, Comercial, Laboral y de la Niñez y la Adolescencia conocerán: a) de los asuntos de las niñez y adolescencia, civiles, comerciales o laborales en los cuales el valor del litigio no exceda del equivalente a trescientos jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas, con exclusión de los que se refieran al estado civil de las personas, al derecho de familia, convocación de acreedores y quiebras, las acciones reales y posesorias sobre inmuebles, salvo aquellos que se planteen con motivo de una tercería de dominio.”¹¹

Es menester indicar de igual manera, que, por el principio cronológico, la norma precedentemente referenciada prima sobre el artículo 57 del Código de Organización Judicial respecto a los Juzgados de Paz, pues tiene relevancia en cuanto a la competencia asignada para conocer sobre los litigios, mencionando el valor asignado, en dicho artículo es donde se establece que:

“Los Juzgados de Paz en lo Civil, Comercial y Laboral conocerán: a) de los asuntos civiles, comerciales o laborales en los cuales el valor del litigio no exceda del equivalente de sesenta jornales mínimo legal para actividades diversas no especificadas en la Capital de la República, con exclusión de los que se refieran al estado civil de las personas, al derecho de familia, convocación y quiebras, y acciones reales y posesorias sobre inmuebles, y sucesiones.”¹²

Es de esencial importancia mencionar lo dispuesto por el Código Procesal Laboral de la República del Paraguay, cuando trata lo relacionado a la competencia de los jueces del mencionado fuero, a través de su artículo 34, el cual indica:

“Serán competentes los jueces del trabajo, por razón de la materia para conocer y decidir en única instancia, cuando el valor del objeto litigioso no exceda el importe de un mes de salario mínimo, y en primera instancia cuando excediera dicha suma o no fuese susceptible de fijación de cuantía.”¹³

Esta disposición legal otorga competencia exclusiva a los jueces laborales en razón a la cuantía.

En el ordenamiento jurídico paraguayo, por tanto, existe una cantidad interesante de legislaciones que refieren sobre la competencia, que a prima facie advierte una discordancia legislativa, por lo cual cabe efectuar el análisis hermenéutico apropiado que permita arrojar coherencia a la interpretación normativa

¹⁰ Código de Organización Judicial de la República del Paraguay, artículo 15.

¹¹ Ley N.º 6.059/18 que modifica la Ley N.º 879/81

¹² Código de Organización Judicial de la República del Paraguay, artículo 57.

¹³ Código Procesal Laboral de la República del Paraguay, artículo 13.

sobre un aspecto en demasía fundamental para el proceso.

Se justifica en la preponderancia que la competencia del juez que ha de entender el juicio implica para la validez del proceso y la sentencia que ha de recaer en consecuencia. Además, en palabras de Adolfo Alvarado Velloso *“la competencia como límite funcional de la extensión del poder jurisdiccional, admite diversos tipos de clasificación, que ya han intentado otros autores ateniéndose a diferentes pautas que parten desde el punto de vista de la ley o del litigante”*¹⁴

Y como bien se indicó en el Artículo 11 del Código de Organización Judicial, la competencia se clasifica en base al territorio, la materia, el valor o cuantía de los asuntos, el domicilio o la residencia, el grado, el turno y la conexidad.

Como se avizora, el problema abordado en la presente investigación se enmarca dentro de la competencia en razón a la cuantía o valor del juicio. Es posible apreciar que el Artículo 34 del Código Procesal del Trabajo confiere competencia a los jueces laborales según el valor del objeto litigioso exceda o no el importe de un mes de salario mínimo. En contrapartida el Artículo 1º de la Ley N° 6.059, del año 2018, que modifica la Ley N° 879/81 atribuye competencia a los jueces de paz cuando el valor del litigio laboral no exceda del equivalente a trescientos jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas. De esta manera se evidencia una antinomia respecto a la competencia del juez de ha de entender en un juicio laboral en razón a la cuantía.

Al respecto, la hermenéutica jurídica nos proporciona herramientas para solucionar antinomias, por lo que en virtud al principio cronológico la competencia de los jueces de paz establecida en el artículo 1º de la Ley N° 6.059, del año 2018 habría de primar frente a disposiciones anteriores.

Es imprescindible mencionar que este problema legislativo trasciende a la práctica jurisdiccional, pues existen posturas encontradas sobre la competencia en procesos laborales cuando el monto de la pretensión del actor no supere los 300 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.

Posturas antagónicas en cuanto a la competencia

A partir de este punto, es necesario indicar que, en atención a esta problemática en cuanto a la correcta y debida interpretación de la norma vigente y aplicable en relación a la competencia por el valor o cuantía, existen numerosos procesos de índole laboral, que llegaron a obtener una sentencia definitiva, que efectivamente se guían por una postura definida, que no siempre son coherente con otras.

En la judicatura de paz, existen posturas contrarias a las asumidas por algunos jueces laborales. Los jueces de paz arguyen que debe primar la competencia

¹⁴ Alvarado, Adolfo. “Jurisdicción y competencia”, Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Vol. 3 Núm. 3 (1985), 37.

en razón a la especialidad por sobre la cuantía, mientras que los jueces laborales se inclinan por la competencia en razón a cuantía.

Es así que en el ámbito jurisdiccional se desarrollan dos líneas argumentativas tendencialmente antagónicas sobre el conflicto de competencia entre la judicatura de paz o la judicatura laboral.

Quienes defienden la competencia de la judicatura de paz parten de una interpretación literal del artículo primero de la Ley N° 6.059/2.018. Esta circunstancia se colige de los argumentos esbozados en el A.I. N° 84/2023 del Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral, dicho fallo emitido sobre la cuestión es fundamental, al expresar esencialmente que considerando lo dispuesto por el Artículo 33¹⁵ del Código Procesal Laboral, y que el monto solicitado en la demanda planteada no supera el valor establecido por el Artículo 57 del Código de Organización Judicial modificado por la Ley 6.059/2.018. Atendiendo a las mencionadas normas, las cuales delimitan la competencia de los Juzgados y considerando que la única competencia prorrogable es la territorial y siendo igualmente la cuestión de competencia de orden público, la cual implica la imposibilidad de las partes de prorrogar aun por acuerdo mutuo, en el caso en concreto se entiende que el mencionado Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral no resulta ser competente en razón del monto, para entender dicho juicio, y en consecuencia, la judicatura considera que debe ordenarse la remisión al Juzgado de Paz de Turno, de conformidad a los artículos citados anteriormente.

La otra postura se inclina por el principio de especialidad, por considerar que, en toda contienda laboral entre el trabajador o empleador, la competencia está reservada a los jueces y tribunales laborales. En cuanto a los argumentos de los profesionales litigantes que se inclinan por la competencia de la justicia especializada, refieren que la norma principal que delinea la competencia laboral es el Art. 40 del Código de Organización Judicial y aclara que el mismo no deroga lo establecido en las disposiciones del Código Procesal Laboral por lo que ambas normas mantienen su vigencia según el principio de *lex posteriores*, es decir la regulación anterior sigue en vigor mientras no se contraponga a las disposiciones contenidas en la ley posterior.

Igualmente se expresa que el Artículo 40 del Código de Organización Judicial atribuye competencia exclusiva a los juzgados laborales para dirimir toda contienda que exista en razón de un contrato laboral y no puede ser derogada por el Artículo 27 del Código Procesal Laboral, que la jurisdicción laboral constituye un fuero especializado por ende todas las cuestiones o controversias surgidas de la relación laboral deben ser atendidas por los juzgados creados y entendidos en la materia. Esta postura se desprende de algunos precedentes judiciales.

Quienes defienden la primacía del principio de especialidad de los jueces

¹⁵ Código Procesal Laboral paraguayo. Artículo 33.- Los jueces y Tribunales del Trabajo deberán ejercer la jurisdicción en las medidas de su competencia. Dicha jurisdicción conlleva la facultad de conocer las causas del trabajo, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado con arreglo a la ley. Las Autoridades Administrativas de la República prestarán el auxilio requerido para ello, por los órganos jurisdiccionales del trabajo.

laborales por ser un fuero tuitivo, especialmente creado para dirimir conflictos laborales, según lo expresado en el A.I. N° 289/2.023, argumentan que efectivamente se debe hacer primar la especialidad del fuero laboral; recalando que es más importante considerar en primer término la materia y especialidad antes que el valor o cuantía, ya que dicho fuero laboral tiene carácter tuitivo, protectorio de la clase más débil, es decir, la trabajadora, fundamentando su postura en base al Capítulo VIII, Sección I de la Constitución Nacional de la República del Paraguay del año 1.992, las reglas de la O.I.T. y concordando con los Artículos 5to¹⁶ y 7mo¹⁷ del Código Laboral, concordando con el Artículo 8vo¹⁸ del Código Procesal Laboral y haciendo énfasis en lo dispuesto por el Artículo 34¹⁹ de la referida norma de forma.

Finalmente se expresa que, el principio de especialidad solo debe ceder en favor de la competencia de los jueces de paz en aquellas localidades en las que no hubiere jueces laborales en virtud de las 100 Reglas de Brasilia que consagran el acceso a justicia de personas en situación de vulnerabilidad como el trabajador. Y por último se refiere que desplazar la competencia de un juez especializado en lo laboral para atribuírsela a la judicatura de paz genera consecuencias negativas considerando la inmensa cantidad de juicios propios de dicho fuero y que no contribuiría en favor de la celeridad que exige la norma constitucional en su Artículo 256²⁰, a favor del trabajador.

Es posible apreciar que, según datos estadísticos del Poder Judicial, concretamente de la Sexta Circunscripción Judicial de Alto Paraná, que en la justicia de paz de Ciudad del Este al 21 de abril de 2023 se tramitan entre 4.110 a 8.119 de juicios, entre ellos, venias, violencia intrafamiliar, etc. De acuerdo a los datos estadísticos del fuero laboral de esa localidad, en el año 2022, el 79% de los juicios laborales recurridos concluyeron con una condena inferior a 300 jornales, lo que revela el impacto que tendrá para la justicia de paz entender estos juicios laborales.

Además, esta situación puede dar lugar a prácticas inadecuadas al sobre-dimensionar las pretensiones laborales inflando los rubros laborales reclamados en juicio a solo efecto cuantificarlas por sobre los 300 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas a fin de extraerlas del ámbito de la competencia de los jueces de paz, circunstancia que se constata con los datos estadísticos mencionados (figura 2).

En la siguiente ilustración se detallan con mayor exactitud las cifras que se mencionan en el párrafo anterior, sobre la cantidad de juicios activos e ingre-

¹⁶ Código Laboral paraguayo, artículo 5: "Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de garantías y derechos en beneficios de los trabajadores. Ese mínimo no podrá alterarse en detrimento de éstos."

¹⁷ Código Laboral paraguayo, artículo 7. "Si se suscitase duda sobre interpretación o aplicación de las normas de trabajo, prevalecerán las que sean más favorables al trabajador."

¹⁸ Código Procesal Laboral paraguayo, artículo 8. "En caso de duda respecto de la interpretación de este Código, se optará por la más favorable al trabajador."

¹⁹ Código Procesal Laboral paraguayo, artículo 34. "Serán competentes los jueces del trabajo, por razón de la materia para conocer y decidir en única instancia, cuando el valor del objeto litigioso no exceda el importe de un mes de salario mínimo, y en primera instancia cuando excediera dicha suma o no fuese susceptible de fijación de cuantía."

²⁰ Constitución Nacional de la República del Paraguay, artículo 256. "De la forma de los juicios. El proceso laboral será oral y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración."

sados en los Juzgados de Paz de CDE; dichas estadísticas son provistas por la Sexta Circunscripción Judicial de Alto Paraná, en abril de 2023.

Despacho	EXP. INGRESADOS 2023	EXP. ACTIVO
Juzgado de Paz de CDE del 1er. T	377	8.119
Juzgado de Paz de CDE del 2do. T	238	5.678
Juzgado de Paz de CDE del 3er. T	150	5.252
Juzgado de Paz de CDE del 14to. T	98	4.110

Ilustración 1 Cantidad de juicios activos e ingresados en los juzgados de Paz de CDE (21/04/2023) ²¹

Por otra parte, en la siguiente ilustración se aprecian los datos estadísticos sobre la cantidad de juicios laborales que arrojaron una condena mayor o menor a 300 jornales mínimo para actividades diversas no especificadas, según datos provistos por la Sexta Circunscripción Judicial de Alto Paraná, en abril de 2023.

Cantidad de Ac. y Sent. dictadas por el Tribunal de Apelación en lo Laboral dictados en el año 2022	Cantidad de Ac. y Sent. con condenas de hasta 300 jornales	Cantidad de Ac. y Sent. con condenas mayores a 300 jornales	Cantidad de Ac. y Sent. dictadas sin monto de condena a suma de guaraníes	Porcentaje de Cantidad de Ac. y Sent. con condena de hasta 300 jornales
68	39	10	19	79%

Ilustración 2 Cantidad de Ac. y Sent. que contienen condenas de hasta 300 jornales del año 2022. ²²

La Controversia suscitada entre el fuero laboral y el juzgado de paz

En primer término, corresponde precisar que, al darse una dificultad en cuanto a la delimitación precisa de la competencia del órgano jurisdiccional en los distintos fueros, se producirá una incertidumbre en cuanto a la seguridad jurídica que debería ser una garantía por parte del Poder Judicial.

En ese sentido, evidentemente las posturas asumidas por los magistrados, al no contar con un criterio uniforme en cuanto a la aplicación de la norma pertinente, respecto a la primacía de la especialidad o la cuantía, que será determinante para fijar la competencia, se genera un conflicto de competencia al declararse incompetentes los jueces de paz y los jueces laborales, respectivamente, lo cual dificultará el proceso y implicará una demora en la resolución del conflicto suscitado.

De esa forma se produce una contienda negativa de competencia, cuya resolución la ley reserva exclusivamente a la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia según los artículos 49 y 50 del Código Procesal del Trabajo, que conlleva *a priori* una demora en la tramitación y resolución de los juicios laborales

²¹ A.I. N° 84, del 03 de marzo de 2023, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Ciudad del Este, Sexta Circunscripción Judicial Alto Paraná, Segundo Turno.

²² A.I. N° 289, del 03 de abril de 2023, dictado por el Juzgado de Paz de Ciudad del Este, Sexta Circunscripción Judicial Alto Paraná, Cuarto Turno.

en detrimento de los derechos del trabajador por el carácter alimenticio de las prestaciones discutidas.

Conclusión

A modo de conclusión, a raíz de todo lo expuesto precedentemente, con la presente investigación se pudo constatar que la interpretación y aplicación del artículo primero de la Ley 6.059/2.018 no es uniforme.

Existen dos líneas argumentativas antagónicas sobre la competencia de los jueces de paz o la justicia especializada laboral. La primera postura se inclina por una interpretación y aplicación literal de la Ley 6.059/2.018, y atribuye competencia exclusiva a los jueces de paz cuando la pretensión del litigio no supera los 300 jornales mínimos para actividades diversas no especificadas. En contrapartida, la otra postura se inclina por la competencia de los jueces y tribunales laborales por el principio de especialidad y el carácter tuitivo del fuero laboral.

Quepa a la Corte Suprema de Justicia, resolver el conflicto de competencia que se plantea en la práctica tribunalicia y definir si ha de primar la competencia de los jueces de paz o la competencia de los jueces laborales cuando el valor del litigio laboral no exceda del equivalente a trescientos jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.

Sin embargo, desde el punto de vista de las consecuencias pragmáticas, la solución legal tal vez no sería la más conveniente si se atribuye la competencia a los jueces de paz en juicios laborales cuyo monto no supere los 300 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas, si se considera la inmensurable cantidad de juicios de otra índole que ya se tramitan ante el fuero de la justicia de paz, sumados al alto número de juicios laborales con condenas de hasta 300 jornales mínimos en la localidad mencionada en los datos estadísticos considerados en esta investigación, lo que podría incrementar la tasa de congestión y afectar el principio de celeridad de los juicios laborales. Estas circunstancias demuestran la necesidad de realizar un análisis de la política legislativa sobre el punto en cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- Sáez Martín, Jorge. "Los elementos de la competencia jurisdiccional", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Ensayos*, Año: 22, N° 1 (2015), 529-570
- Alvarado, Adolfo. *Jurisdicción y competencia*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 1985 (Vol. 3 Núm. 3), pág. 25-47.
- *Constitución Nacional de la República del Paraguay.*
- *Código de Organización Judicial de la República del Paraguay.*
- *Código Procesal Laboral paraguayo.*
- *Ley N° 6.059/18 que modifica la Ley N° 879/81.*
- *Artículo 57 Código de Organización Judicial de la Republica del Paraguay*
- *Artículo 13 Código Procesal Laboral de la República del Paraguay*
- Alvarado, Adolfo. *Jurisdicción y competencia*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 1985 (Vol. 3 Núm. 3), pág. 37.
- *Código Laboral paraguayo*
- A.I. N° 84, del 03 de marzo de 2023, dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Laboral de Ciudad del Este, Sexta Circunscripción Judicial Alto Paraná, Segundo Turno.
- A.I. N° 289, del 03 de abril de 2023, dictado por el Juzgado de Paz de Ciudad del Este, Sexta Circunscripción Judicial Alto Paraná, Cuarto Turno.



revistajurídica

DERECHO CONTRACTUAL



EL PROBLEMA DEL SINALAGMA. ¿EN LOS CONTRATOS BILATERALES EXISTEN PRESTACIONES REALMENTE EQUITATIVAS? OBLIGACIÓN UNIVERSAL DE NO HACER Y EL CONCURSO DEL ACREEDOR EN EL CUMPLIMIENTO

Gabriel A. Morales S.¹

RESUMEN: Tradicionalmente se ha concebido a la relación obligatoria como aquella en la cual se generan una serie de ventajas exclusivas para el acreedor, así como una serie de potestades de la misma naturaleza, sin embargo, se ha descuidado los diversos tipos de obligaciones constituidas por prestaciones recíprocas, o aquellas que llamaremos dependientes de conductas que también resultan obligatorias para el acreedor, por demás necesarias éstas para la relación obligatoria. De esto, nace la tesis de las obligaciones universales de no hacer inherentes a la titularidad de derechos subjetivos.

PALABRAS CLAVE: Obligaciones, contratos, acreedor.

ABSTRACT: Traditionally the mandatory relationship has been conceived as one in which a series of exclusive advantages are generated for the creditor, as well as a series of powers of the same nature, however, the various types of obligations constituted by reciprocal benefits, or those that we will call dependent on behaviors that are also mandatory for the creditor, otherwise necessary these for the mandatory relationship. From this, the thesis of the universal obligations of not making inherent in the ownership of subjective rights arises.

KEYWORDS: Obligations, contracts, creditor.

SUMARIO: Introducción. 1. El concepto de derecho subjetivo. 2. Los contratos bilaterales y la relación obligatoria. 3. La posición del titular del derecho subjetivo frente al otro integrante de la relación y frente a terceros. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Este trabajo pretende crear una aproximación a un tema que resulta realmente controversial desde la óptica de las fuentes de las obligaciones, no obstante, planteamos una nueva aproximación de cara a definir con un poco más de claridad los efectos derivados del nacimiento de las relaciones obligatorias, realizando la advertencia que entre ellas no resultan nunca idénticas, de ello que cada caso particular recibe un tratamiento distinto, no sólo jurisdiccionalmente, sino también por parte de la doctrina.

¹ Abogado venezolano egresado de la Universidad Católica Andrés Bello en el año 2010, especialista en Derecho Mercantil y en Derecho Procesal, actualmente residenciado en la República del Paraguay para la homologación del grado de abogado.

Cada relación obligatoria estará estructurada en función de la naturaleza de las prestaciones que deben verificarse durante su vigencia, lo que implica también que debe observarse necesariamente los derechos subjetivos que son adquiridos o modificados en el marco de la relación, pues estimamos que la existencia del derecho subjetivo implica un necesario respeto y límite para aquellos sujetos distintos a su titular, incluso un límite para los terceros ajenos a la relación obligatoria.

En virtud de lo anterior, resulta ineludible realizar un examen específico a los elementos definitorios de la relación obligatoria, pero, además, a la dinámica de las prestaciones ejecutadas por los integrantes de dicha relación, de cara a establecer el origen de las denominadas obligaciones universales de no hacer.

Para una mejor ilustración de este tema, debemos considerar una óptica según la cual, debe necesariamente verificarse el concurso del acreedor en el cumplimiento de las obligaciones, clasificación que exhibe con mayor nitidez el fundamento sobre el cual se instaura la tesis de las obligaciones universales no sólo en la dinámica de las relaciones obligatorias, sino también atinente al concepto de derecho subjetivo.

Dentro de los elementos sobre los cuales se instauran las relaciones obligatorias destacamos en estas breves notas los contratos sinalagmáticos, cuya dinámica permite el establecimiento cierto de una serie de concesiones recíprocas debidas entre las partes, por lo que se nos muestra a la relación obligatoria ya no como una relación de poder o ventaja, sino como una relación necesariamente de cooperación entre las partes para la efectiva satisfacción de ambas.

Ello también vislumbra en mayor grado la posición que guardan las partes en relación a terceros que poseen un interés cierto sobre las prerrogativas ajenas, pues es precisamente este interés potencialmente perjudicial en ciertos escenarios lo que tambalea la estabilidad jurídica de los derechos subjetivos y sus prerrogativas.

Resultó oportuno también hacer referencia a la categoría de normas imperativas del *ius cogens*, pues es en el campo del Derecho Internacional que se observa con gran claridad la importancia del reconocimiento de preceptos que no admiten acuerdo en contrario, pues es lo que dota realmente de estabilidad a la comunidad internacional.

No puede eludirse analizar el modo en el que el reconocimiento de las obligaciones universales de no hacer incide sobre el propio costo del Derecho, concebido este como la medida de la capacidad para proveer el resultado tendiente a la satisfacción de los intereses personales legítimos, así como también un pretendido resarcimiento de quien se vea afectado por la manifestación del interés ajeno.

El concepto de derecho subjetivo.

El concepto básico de derecho subjetivo, uno de los pilares fundamentales del Derecho en general, fuente de una serie de instituciones que conocemos en la hora actual, pilar al que a pesar de su carácter jurídicamente imprescindible no ha sido objeto de análisis profundo reciente para su evolución.

Para denotar la necesidad de esta evolución es necesario entender los elementos definitorios del derecho subjetivo como concepto jurídico, además de ello, es necesario realizar un examen de los atributos que derivan de su titularidad reconocidos por el ordenamiento jurídico, con lo que podremos dilucidar acerca de un posible límite que podrían encontrarse estos atributos para su estabilidad, lo que representaría una suerte de menoscabo para el derecho subjetivo en sí.

Siguiendo la propuesta de Antonio Budano Roig (Budano Roig, 2012)², el derecho subjetivo es aquella prerrogativa reconocida por el ordenamiento jurídico a un sujeto determinado que le permite exigir a otro un comportamiento específico de cara a la satisfacción requerida de intereses personales.

De la propuesta anterior, podemos extraer ciertos elementos que resultan de inexorable consideración para estas notas, pues ya observamos como el reconocimiento de la titularidad del derecho subjetivo a un sujeto determinado hace exigible una conducta determinada a favor de un sujeto en cabeza de otro.

El reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico a estas prerrogativas nos muestra toda una diversidad de atributos que el titular del derecho subjetivo efectivamente puede ejercer, desde aquellas que van destinados a la satisfacción de su interés propiamente dicho, pasando por aquellas acciones garantistas de la potencial satisfacción, hasta aquellas acciones de defensa de la titularidad que ostenta, incluyendo el derecho de resarcimiento.

Dirigiendo nuestro enfoque a aquellos atributos materializados en la defensa de la titularidad del derecho subjetivo, vemos algunos elementos que son de extrema importancia para el resguardo del derecho subjetivo y de los atributos que de él derivan.

Vemos por ejemplo como el ordenamiento jurídico reconoce indefectiblemente algunos atributos materializados en el ejercicio de acciones judiciales en el supuesto específico de lesiones inminentes, como es el caso del “Interdicto de Retener” previsto en los artículos 642 del Código Procesal Civil del Paraguay, llamado en otros ordenamientos “Interdicto de Amparo”, contemplado en el artículo 700 del Código de Procedimiento Civil venezolano y 782 del Código Civil venezolano. Esta acción judicial es el ejemplo que nos devela con mayor claridad el origen de la tesis de las obligaciones universales de no hacer, derivadas de la titularidad de derechos subjetivos, por contemplar un supuesto anterior a la

² Prudentia Iuris, N° 73 (2012): 145-157.

verificación del perjuicio.

Esta acción interdictal procede contra aquellos actos materiales que de inquietan la legítima posesión de un bien, es decir, aparece como una acción destinada a combatir precisamente el incumplimiento de obligaciones universales de no hacer, pues no existen actos materiales nominados que puedan (o deban) considerarse como "actos inquietantes" de la posesión a pesar de que por "conocimiento general" no se puede perturbar el derecho legítimo de otro, por ello, le atribuimos el carácter de universal a estas obligaciones de no hacer.

En resumen, destacamos que cuando se trata de derechos subjetivos legítimamente adquiridos resulta contraproducente no reconocer la obligación de otro sujeto a respetar los atributos derivados del derecho subjetivo (conducta anterior exigible por la titularidad del derecho), por lo cual, debe dársele sustrato al fundamento sobre el cual debe instaurarse el mandato universal que sin ápice de dudas existe en cabeza de terceros distintos al titular de un determinado derecho, tal y como veremos más adelante con una mayor profundidad.

Los contratos bilaterales y la relación obligatoria.

Al hablar del problema del sinalagma, debemos necesariamente referirnos a las implicaciones de la existencia y la dinámica de la relación obligatoria, destacando sus elementos distintivos cuando se deben prestaciones de forma recíproca.

La relación obligatoria la podemos definir como aquella que existe entre dos o más sujetos en la que deben ejecutarse prestaciones de forma recíproca de cara a la satisfacción o cumplimiento de la obligación asumida.

Evidentemente este concepto no es sólo aplicable a aquellas relaciones bilaterales, sin embargo, nos permitimos centrar nuestro estudio en ellas toda vez que puede observarse con mayor ilustración la existencia de las obligaciones de no hacer, como tesis propuesta.

En este sentido, cuando nos encontramos ante una relación obligatoria derivada de la celebración de un contrato bilateral (acto jurídico bilateral), observamos un claro escenario de cooperación obligacional entre acreedor y deudor, pues en muchos casos se requiere del concurso del acreedor para que esta ejecución de prestaciones recíprocas logre satisfacer los intereses sobre los cuales gira esta relación obligatoria.

El concurso del acreedor en el cumplimiento de las obligaciones pueden clasificarse en tres momentos fundamentales: 1) Preliminar: actos anteriores a la ejecución de las prestaciones (impartir instrucciones o proveer materia prima); 2) Integrador o sobrevenido: actos relacionados para la ejecución propia de la ejecución de las prestaciones (verificar la obra ejecutada por el deudor o selección de la prestación en caso de ser de naturaleza alternativa); y 3) Final:

realización de actos para procurar una liberación fehaciente a favor del deudor.

La anterior clasificación nos devela que la desventaja o la superioridad como elemento definitorio, no puede aplicarse de forma discrecional ni absoluta a las relaciones obligatorias, pues observamos como en las relaciones bilaterales se evidencian rasgos típicos de las cargas, pues se requieren conductas cuya ejecución o desatención originan efectos directos sobre el interés propio de quien la posea.

En esta relación de cooperación entre acreedor y deudor notamos como ya se forman una categoría de obligaciones universales de no hacer, que a pesar de no estar previstas expresamente son de carácter obligatorio para los integrantes de la relación, cobrando importancia en ello un elemento vital que analizaremos más adelante, el simple interés.

Cuando hablamos de obligaciones universales de no hacer, siguiendo la línea de las doctrinas más conservadoras, distinguimos la existencia de los mismos elementos constitutivos de las obligaciones tradicionales, como lo son objeto, sujeto y causa, ello configura uno de los soportes para patrocinar la tesis de la existencia de este tipo de obligaciones. Como un ejemplo de ello, tenemos que, en un contrato de obra, una vez fijadas de mutuo acuerdo todas y cada una de las prestaciones que deben ejecutar cada una de las partes, se advierte una obligación universal en cabeza del acreedor en favor del deudor, que no es más que abstenerse de ejecutar actos que procuren una onerosidad excesiva para el deudor en el marco del cumplimiento prestacional, lo que cual representaría un alto costo para el derecho igualmente.

Estas obligaciones universales de acuerdo con lo señalado anteriormente, tienen la particularidad de que hacen de la ejecución de las prestaciones debidas menos costosa, no sólo para las partes, sino también para el Derecho en general, en virtud de que las relaciones obligatorias se instauran sobre la búsqueda de la satisfacción del interés personal, viéndolo del lado del acreedor como una satisfacción de su acreencia; y del lado del deudor, como la liberación de la obligación que sobre él recae, pero, también la satisfacción de sus interés personal materializada por la ejecución correlativa de la prestación debida a este (la entrega material del bien en el caso de la venta).

En este punto, destacamos la teoría que sostiene el autor español Gonzalo Álvarez Seura³, quien establece una clara distinción entre dos tipos de deberes de conducta dentro de las relaciones obligatorias, unos deberes positivos (destinados a cooperar directamente con la ejecución de las prestaciones) y los deberes negativos (destinado a frustrar menoscabo o lesión del interés de los integrantes de la relación).

Tentados a analizar esta distinción, vemos como inmersa en la dinámica de las relaciones contractuales bilaterales ya resaltan deberes distintos a los expre-

³ Gonzalo Álvarez Seura, "El deber de protección: análisis y configuración en la dogmática" (tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2016), 55.

samente pautados por las partes integrantes de la relación, que por más evidente que resulte su existencia, no es una institución firmemente reconocida.

Resulta muy sencillo observar dentro de las relaciones contractuales (aquellas derivadas del contrato como acto jurídico), la existencia de las obligaciones de no hacer, o como señala la doctrina, la existencia de los deberes negativos derivados de la tesis de la existencia de los deberes de conducta de las partes.

Un ejemplo de estos denominados doctrinalmente deberes de conducta lo tenemos por ejemplo en el contrato de venta, en donde el vendedor no puede bajo ninguna circunstancia hacer más oneroso el cumplimiento del pago del precio (rebasar las condiciones contractuales aceptadas por el comprador), pues sería un presupuesto de doble consecuencia, en virtud de que no sólo incumple con el deber de conducta, sino que también esto configuraría un escenario de deterioro de su propio interés.

Otro ejemplo en el mismo contrato de venta, se presenta como la prohibición del vendedor de realizar actos u omisiones que impliquen un retardo o incumplimiento franco en la tradición del bien vendido.

Uno de los rasgos definitorios de las obligaciones universales de no hacer es la frustración de un menoscabo o lesión de un derecho subjetivo determinado, presupuesto también de los deberes de conducta dentro de las obligaciones constituidas a través de actos jurídicos como los contratos.

Sin perjuicio de lo se ha expuesto con anterioridad, reiteramos que resulta viable notar la presencia de estas obligaciones de no hacer, sin embargo, queda aún la interrogante si a pesar de no existir un acto jurídico específico (típico de las relaciones contractuales), se puede sostener la existencia de obligaciones universales de no hacer en ocasión a la existencia de derechos subjetivos.

Antes de avanzar sobre las obligaciones universales de no hacer, se debe hacer la necesaria advertencia sobre el fundamento que sirve de apoyo a esta tesis propuesta, pues para ello, manejaremos la incidencia del simple interés en el derecho subjetivo ajeno, lo que permitirá dotar de validez a esta aproximación.

La posición del titular del derecho subjetivo frente al otro integrante de la relación y frente a terceros.

Con apoyo en lo expuesto con anterioridad, se exige examinar la posición de los integrantes de la relación obligatoria entre ellos, así como también su posición respecto a los terceros, es decir, aquellos sujetos que no forman parte integrantes de la relación obligatoria.

En primer lugar, debemos dejar claro que, en las relaciones obligatorias nacen, se modifican o extinguen derechos subjetivos de las partes, por lo que se debe concebir ese dinamismo interno obligacional de cara a establecer con

mayor exactitud lo que sucede con la titularidad del o de los derechos subjetivos inherentes a dicha relación.

Las relaciones que se traban entre los integrantes de una determinada relación obligatoria no se equiparan en ninguna medida a aquella relación que puede eventualmente derivarse entre los integrantes y los terceros ajenos a la relación de la cual se trate, por no existir un vínculo jurídico válido.

Una de las circunstancias inherentes a las relaciones obligatorias es precisamente que del cumplimiento de las prestaciones debidas se originan estas prerrogativas reconocidas por el ordenamiento jurídico, es decir, nacen, se modifican o se extinguen los derechos subjetivos en virtud de los cuales le son reconocidas las prerrogativas a sus titulares.

Estos derechos subjetivos otorgan a sus titulares atributos de defensa, bien sea por daños o menoscabos ya verificados o por aquellos que resulten inminentes (Ej: interdicto de retener). Ello se instaura sobre un interés legítimo de su titular que encuentra su origen en un vínculo jurídico válido, pero no podemos pasar por alto el interés que tiene también aquél sujeto que encabeza la conducta que lesiona o menoscaba un derecho subjetivo y sus atributos.

Resultan distintos los intereses que ostentan las partes integrantes de una relación obligatoria, a aquellos que ostentan los terceros ajenos a dicho vínculo. Los primeros, tienen como núcleo el interés propio de cada parte integrante (por ello la distinción entre carga y obligación); los segundos, tienen como núcleo el interés que ostentan los integrantes de la relación obligatoria, es decir, los efectivos y legítimos titulares de los derechos subjetivos.

Se debe ahondar en este interés de los terceros ajenos a la relación obligatoria, pues no a todo tercero puede adjudicarse esa coincidencia en el mismo interés que los titulares de los derechos subjetivos y sus prerrogativas. Este "simple interés" nace cuando el tercero pretende coincidir de alguna manera en los atributos derivados del derecho subjetivo, o por el contrario pretende menoscabar, suprimir o desconocer esos atributos imponiendo por ejemplo aquellos que deriven de su propio derecho.

Este simple interés normalmente está sometido a normas dispositivas, a tenor de las cuales pueden modificar el mandato dispuesto por el ordenamiento jurídico, a diferencia por ejemplo aquellas normas imperativas que no admiten acuerdo en contrario, tal y como lo ha señalado con tanta nitidez José Acosta Estévez⁴.

Acosta Estévez al realizar la distinción entre las normas dispositivas y las

⁴ (Estévez, 1995) Llegados a este extremo hay que abordar la importantísima temática de la distinción entre las normas dispositivas (*ius dispositivum*) y las *ius cogens*, ya que el ordenamiento internacional, al igual que todo ordenamiento jurídico, se encuentra integrado por ambos tipos de normas. La esencia de las primeras radica en la facultad que concede el ordenamiento positivo a los sujetos para que puedan modificar, por obra de su voluntad, en el seno de sus relaciones mutuas el alcance de la regulación dispuesta por el Derecho. Por el contrario, las normas imperativas no admiten acuerdo en contrario, ya que protegen los intereses fundamentales o esenciales que la comunidad internacional precisa para su supervivencia y, en consecuencia, imposibilitan a los sujetos el sustraerse de las mismas.

normas del *ius cogens* resalta elementos de suma importancia para definir estas obligaciones universales de no hacer. Cuando se refiere a las normas pertenecientes al *ius cogens*, son señaladas como estándares mínimos que la Comunidad Internacional requiere para su permanencia en el tiempo, es decir, remite la existencia de estas normas imperativas a la necesidad de proteger intereses de ineludible observancia y procurar una estabilidad mínima.

Lo fundamental de esta postura radica en el reconocimiento de estos intereses de mínimo cumplimiento para la Comunidad Internacional, es decir, el reconocimiento de condiciones mínimas de estabilidad y seguridad jurídica.

Osamos sostener que el fundamento de existencia de las normas imperativas del *ius cogens* resultan perfectamente aplicables a la necesidad de que exista un reconocimiento formal de las obligaciones de no hacer en el ámbito de las relaciones obligatorias, pues su imperatividad se mantiene tan incólume que no se delega en los sujetos de derecho la facultad de modificar en ninguna forma el mandato contenido en ellas.

La tesis de las obligaciones universales requiere de una disección precisa, de modo que permita obtener mayor nitidez en la comprensión de sus pilares fundamentales. Por ello, es oportuno referirnos por separado de los supuestos que consideramos una aproximación a esta tesis.

Necesidad de reconocimiento y protección de condiciones mínimas de estabilidad jurídica de naturaleza universal.

El ordenamiento jurídico reconoce inequívocamente prerrogativas inherentes a la titularidad del derecho subjetivo, lo que implica que estas pueden ser modificadas por los sujetos, es decir que, a diferencia de las normas imperativas de carácter universal, le es delegada la facultad de crear acuerdos en contrario.

Este hecho trae una consecuencia que no puede escapar de ser un objeto de profundo análisis, pues la facultad que le es delegada a los sujetos crea, modifica y extingue precisamente estos derechos subjetivos y afecta en consecuencia sus prerrogativas, lo cual no puede tener un carácter absoluto ni muchos menos discrecional.

El ordenamiento jurídico tiene como uno de sus pilares fundamentales el reconocimiento de determinadas instituciones, cuya existencia representa una manifestación de estabilidad jurídica, de allí que se desprenden diversas facultades para el mantenimiento y defensa de estas instituciones, especialmente para que sus condiciones legítimamente adquiridas se mantengan incólumes con el transcurso del tiempo.

No sólo deben existir facultades conductuales cuyos destinatarios sean los integrantes de la relación, pues no es el único supuesto en el que puede verse alguna incidencia sobre los derechos subjetivos, pues como mencionamos

anteriormente, el simple interés que nace de los terceros ajenos a una relación obligatoria determinada también puede incidir en las prerrogativas reconocidas.

El reconocimiento implica una necesidad de establecer una protección frente a aquellas manifestaciones de interés que se evidencien de los terceros ajenos a la relación obligatoria y consecuentemente ajenos al derecho subjetivo, teniendo en cuenta que esas manifestaciones de conducta pueden resultar perjudiciales y sin dejar de lado que la protección requerida resulta a todas luces indivisible.

Aunado a esta protección, la aceptación de la importancia de las obligaciones universales de no hacer implica un reconocimiento pleno de una prohibición general hacia terceros de coincidir en el derecho subjetivo de forma ilegítima, pues lo contrario implicaría precisamente una inestabilidad para las prerrogativas reconocidas por el ordenamiento jurídico, por la presencia de un simple interés ajeno.

Protección de los derechos subjetivos legítimamente adquiridos frente a las manifestaciones potenciales del simple interés del tercero sobre las prerrogativas reconocidas.

La protección jurídica de las prerrogativas reconocidas por el ordenamiento, no deja de ser el pilar fundamental de este estudio, pues configura el fundamento principal de la imperatividad de los mandatos.

Este denominado simple interés resulta el pilar fundamental que justifica la existencia de la imperatividad de la tesis de las obligaciones universales de no hacer, por ello, debemos examinar con detenimiento y nitidez la doble vertiente de este simple interés del tercero en las prerrogativas ajenas.

Una de las vertientes de este simple interés del tercero en prerrogativas o derechos subjetivos ajenos, viene dada en primer término por un interés legítimo anterior, pero siempre con la intención de coincidir legalmente en las prerrogativas que otorga una titularidad ajena. Lo anterior sucede por ejemplo cuando nace un interés de un tercero en adquirir legalmente un bien mueble o inmueble.

Este primer escenario, efectivamente comporta una pretensión de sustituirse en la persona del titular del derecho subjetivo a través de un medio reconocido por el ordenamiento, lo que correlativamente implicaría un traslado legal de titularidad del derecho subjetivo.

El primer supuesto del simple interés en prerrogativas ajenas lleva inmerso la eventual celebración de un acto jurídico válido, tendiente a satisfacer legalmente este interés y procurar el resultado perseguido por el Derecho, vale decir, la protección del bien jurídico a través de un traslado legal de las prerrogativas en ocasión a la existencia de ese interés.

Una materialización clara de esta primera manifestación legal la tenemos por ejemplo en la pretensión legalmente manifestada en la realización de una oferta y su consecuente aceptación, las cuales se generan en la celebración de negocios jurídicos como cesiones, ventas, entre otros actos traslativos de propiedad, en donde quien pretende sustituirse en el titular de las prerrogativas ajenas realiza una oferta formal para ello, esperando posteriormente la aceptación de la misma, siendo el encuentro de voluntades el perfeccionamiento del contrato en algunos casos.

Por otro lado, tenemos el segundo escenario en donde se observa una manifestación del tercero en prerrogativas ajenas, con la diferencia de que el sujeto no opta por vías legales, es decir, la voluntad del tercero se encuentra envuelta por elementos volitivos radicalmente distintos que excluyen un reconocimiento y respeto debido al derecho subjetivo ajeno.

Esta segunda categoría evidentemente atenta no sólo contra la esencia de ese reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico, sino también hace que se tambaleen los deberes conductuales de las partes integrantes de la relación obligatoria, pues dicha manifestación inicialmente es un acto de perturbación.

Es pues el interés ilegítimo del tercero lo que funge como presupuesto de existencia de las obligaciones universales de no hacer, pues este interés se encuentra impregnado de una voluntad ilícita, traducida en una pretensión de lesión, menoscabo, desconocimiento o de apropiación indebida de aquellas prerrogativas que son reconocidas por el ordenamiento al legítimo titular del derecho subjetivo.

Incluso, no escapa de ser una posibilidad que esa voluntad ilícita e innoble alcance a la ejecución de las prestaciones de las relaciones obligatorias, pues nada está impidiendo que esa voluntad efectivamente se manifieste, restando por ello estabilidad jurídica a las instituciones de derecho positivo.

La verificación de este hecho representa un alto costo para el Derecho, pues al ser al ser la protección jurídica un elemento fundamental indivisible, su desatención hace que el Derecho sea más costoso para los particulares por no alcanzar la satisfacción para la cual está destinado.

Cuando emerge esta voluntad traducida en una pretensión de lesionar, menoscabar o desconocer el derecho subjetivo y las prerrogativas que la componen, evidentemente las instituciones no se mantienen incólumes, pues tenemos una situación de perturbación con potencial materialización de años o menoscabo, hecho en lo que precisamente se ve que delegar en los sujetos la capacidad de celebrar acuerdos en contrario, es una situación de manifiesta inestabilidad jurídica de las instituciones.

Los derechos subjetivos y las prerrogativas que derivan de ellos, sin lugar a dudas representan el objeto de la tutela y protección del ordenamiento, por ello,

su reconocimiento exige la dotación de una estabilidad jurídica como mínimo necesario para la existencia de un verdadero Estado de Derecho.

Conclusiones

Resulta interesante realizar algunas reflexiones finales sobre la aproximación que hemos propuesto, pues luego de referirnos a diversos conceptos y de haber tratado distintas ópticas, podemos extraer los elementos relevantes de esta postura.

El primer aspecto que salta como fundamental para esta aproximación es el momento en el que se observa vulnerable el derecho subjetivo, es decir, la verificación del interés ajeno, lo que puede traducirse en una pretensión de sustitución ilegal, menoscabo o supresión total del derecho subjetivo y sus prerrogativas.

No puede considerarse suficiente el reconocimiento de normas dispositivas como único medio de protección de los derechos subjetivos, pues estas precisamente son aquellas que admiten la celebración de acuerdos en contrario, lo que configura un supuesto de inestabilidad jurídica.

Este supuesto de inestabilidad jurídica hace que se eleve el costo del Derecho, pues al no verse materializado la tutela jurídica del bien, el resultado perseguido no es debidamente alcanzado, haciendo que esta protección deje de ser indivisible.

El costo del Derecho pensamos que debe estar íntimamente ligado a la voluntad de las partes, pues son ellas las que escogen la instrumentación de las herramientas dispuestas por el ordenamiento para lograr la plena satisfacción de sus intereses personales, así que, si el costo se eleva, los instrumentos jurídicos dejan de ser verdaderamente eficientes.

No consideramos necesaria la verificación de estas manifestaciones ilegítimas para que se activen los mecanismos de protección, por el contrario, es imperante el reconocimiento de un mecanismo que adopte la misma línea contenida en el artículo 53 de la Convención de Viena⁵, pues se incorporaría un mecanismo de protección previo incluso a la constitución de una relación obligatoria determinada, lo que mitigaría la posibilidad de una afectación negativa.

Se debe tener muy en cuenta que, el reconocimiento de las obligaciones universales de no hacer como elemento imperativo que no admite acuerdo en contrario, suprime el supuesto en el cual el titular legítimo de un derecho subjetivo se ve desprovisto de mecanismos tendientes a preservar sus prerrogativas, pues incluso estos derechos generarían una expectativa plausible de ser manifestado el interés legalmente, es decir, de ser la pretensión del tercero la cele-

⁵ Artículo 53: Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

bración de un contrato como acto jurídico por excelencia para la adquisición de esos derechos subjetivos, por lo cual le está vedado a cualquier persona distinta el accionar de alguna forma contrariamente a las circunstancias inherentes al derecho subjetivo y las prerrogativas que le son reconocidas.

Otra de las ventajas que trae este reconocimiento lo encontramos en la posibilidad cierta de que puedan reclamarse daños por estas manifestaciones ilegítimas del interés del tercero en prerrogativas ajenas, a pesar de ser un tema que debe tratarse por separado, tenemos los presupuestos esenciales para su procedencia, como lo son la existencia de una relación obligatoria anterior (pues de ellas se derivan en la mayoría de los casos los derechos subjetivos y sus prerrogativas); y la afectación perjudicial del interés ajeno sobre el derecho subjetivo, sosteniendo incluso en este supuesto la posibilidad de que el resarcimiento sea procedente en caso de las expectativas plausibles.

Numerosas son las ventajas del reconocimiento de las obligaciones universales de no hacer en el ámbito del Derecho Privado, pues vemos también como la existencia de normas *erga omnes* generan una estabilidad cierta e incólume en el tiempo, lo que permite la supervivencia de la comunidad internacional.

El objeto del reconocimiento objeto de estas notas es precisamente generar en el ámbito del Derecho Privado la misma expectativa de estabilidad que se genera y que incluso es requerida en el Derecho Internacional Público, lo que conlleva a una mayor protección de los derechos subjetivos.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Seura, Gonzalo. "El deber de protección: análisis y configuración en la dogmática" (Tesis doctoral, Universidad de Valladolid, 2016). Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/22172/Tesis1205-170126.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Fecha de consulta: 23 de julio del 2023.
- Budano Roig, A. R. 2012. Breve contribución al estudio de las fuentes de las obligaciones [en línea], *Prudentia Iuris*, No. 73. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/breve-contribucion-estudio-fuentes.pdf>.
- Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados, 1969. https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf.
- Acosta Estévez, José. Normas del *Ius Cogens*, efecto *Erga Omnes*, Crimen Internacional y la teoría de los Círculos Concéntricos". Universidad de Navarra, 1995. https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/21318/1/ADI_XI_1995_01.pdf.

EMOJIS COMO MEDIO MODERNO DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD PARA LA CREACIÓN DE CONTRATOS ¿AMBIGÜEDAD O SENTIDO COMÚN?

Guillermo Jesús Carrillo Cassignol¹

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto estudiar una situación bastante cotidiana en el mundo moderno, la cual, si bien muchas veces ni siquiera nos damos cuenta, podría acarrear un sinnúmero de conflictos judiciales, consecuencias algunas que ya se están dando en otros países: el estudio de los emojis como una forma válida de manifestación de la voluntad para la creación de contratos. Partiendo de una definición de estos, el significado de lo que algunos símbolos representan, y teniendo en cuenta que la gente se comunica a través de los mismos, asociándolos siempre con los conceptos del Derecho Civil, a la par que, con las disposiciones establecidas en el Código Civil Paraguayo, y en las leyes referentes a la materia, se analizará la posibilidad de que estos símbolos puedan constituir manifestaciones válidas de la voluntad para la concertación de relaciones obligatorias. La lectura del presente ensayo podría llevar al lector a conclusiones muy interesantes que nos harían pensar dos veces antes de hacer clic a un emoji en respuesta a una propuesta formulada a través de un medio digital que, si bien parece poco formal o sin posible consecuencia alguna, podría estar conteniendo una oferta - aceptación de contrato.

PALABRAS CLAVES: Emoji -Pulgar arriba -Signo inequívoco -Contrato- Manifestación de voluntad - Linanza.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to study an everyday situation in the modern world, which, although many times we don't even realize about it, could lead to a huge amount of judicial conflicts, as they are already happening in other parts of the world: the study of emojis as a way to create contracts. Based on a definition of these, the meaning of what some symbols represent, and considering what people imply through them, as well as associating them with the concepts of contract law, as well as the provisions established in the Paraguayan Civil Code, and in the laws referring to the matter, we will study if whether these symbols can express a person's will to enter into a contract. Reading this essay could lead the reader to very interesting conclusions that would make us think twice before clicking on an emoji in response to a proposal made in a digital platform that, even though seems impractical or without possible consequence formulated, could lead to serious legal effects.

KEY WORDS: Emoji -Thumb up -Unequivocal Sign - Contract- Manifestation of will- Flax.

Introducción

Vivimos sin dudas en una sociedad transaccional. Sin que muchos nos demos cuenta, día a día nos encontramos celebrando una diversa cantidad de distintos contratos. Cuando menciono esto, no me refiero necesariamente a lo que comúnmente se entiende por contrato, ya que es sabido que no son solamente

¹ Alumno del 5º curso de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Secretario de Bienestar Estudiantil del CEDUC (2022/2023). Paralegal en el estudio jurídico Altra Legal.

estos los tipos de contratos existentes.

En ese momento en el que las ganas de escuchar música a nuestro gusto y de manera cómoda nos llevan a suscribirnos al plan de alguna app como lo son Spotify o Deezer, cuando queremos disfrutar de una obra cinematográfica y vamos a suscribirnos a la plataforma HBO MAX, o cuando le queremos alegrar el día a nuestro hermano pequeño y procedemos a comprarle PS PLUS, sin darnos cuenta, y muchas veces por el apuro y las ganas de gozar casi instantáneamente de los beneficios de estas plataformas, desde el momento que le damos el clic final al cuadrito que dice aceptar, estamos firmando un contrato, hablando en términos jurídicos, el conocido denominado "Contrato de Adhesión".²

La cuestión es que desde el momento en el que pedimos un Uber para que nos transporte a la universidad, estamos celebrando un contrato en virtud del cual el conductor, se compromete a llevarme a destino, mientras que yo me comprometo a abonar por eso una determinada tarifa a ser indicada en la misma aplicación. En caso de no llevarme el a destino, no tengo yo obligación alguna de pagarle, puesto que él no ha cumplido el acuerdo de partes. Así mismo, una vez llegados a destino, me encuentro yo en obligación de abonar la tarifa indicada, puesto que ha cumplido con su obligación.

¿Pero qué decís, de qué obligación me hablas si en ningún momento yo le firme un papel que dice que le voy a pagar tal cantidad de dinero por transportarme? O quién dice que tengo que pagarle por haberme llevado, si no le pago que va pasar, no me puede hacer nada. Exacto, desde el momento que confirmaste tu viaje en la app, llegó el driver, y te subiste a su vehículo, se empezó a ejecutar el contrato que sin darte cuenta firmaste al darle al botón de "confirmar" que te sale antes de que la aplicación te muestre los datos de quién va pasar a recogerlo y demás. Ahora él está obligado a transportarte a destino, y vos a pagarle, ya que ambos accedieron digitalmente y prestaron consentimiento, el a llevarte, y vos a abonar una vez llegado a destino. Si alguno de los dos incumple con esto, le da al otro la posibilidad de manifestar un reclamo, claro, si hubo un acuerdo de voluntades, acuerdo que quedó registrado en la aplicación, donde queda registrado como prueba de la celebración del acto.

Lo mencionado en los párrafos que anteceden sirven para dar una primera noción de a qué me refiero con vivir en una sociedad transaccional. Más que nunca, gran parte de nuestros días los pasamos celebrando contratos y contratos. No cabe duda de que estos constituyen una parte importante de nuestra vida, pero así también, vemos que la aceptación de los mismos, se da de una forma bastante moderna, que es la digital. Y es que nos hallamos en plena era digital, donde cada vez que vamos a comer a alguna parte, si nos sentamos a mirar a los que están alrededor, posiblemente veamos a la gran mayoría totalmente

² El contrato de adhesión es aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno solo de los contratantes al que se deberá adherir el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria. Sigfrido Gross Brown, Ley de defensa del consumidor y los bancos, Revista Jurídica CEDUC, (Asunción, 1999). En estos últimos las cláusulas se encuentran predisuestas por quien las impone, de modo tal que los interesados se limitan a adherir o rechazar el convenio en su conjunto sin posibilidad de negociar sus términos o influir en su contenido (take it or leave it en inglés - tómallo o déjalo en español-) José A. Moreno Rodríguez A., Curso de Contratos, (Asunción, Ed. Intercontinental, 2015).

insertada en su mundo digital, donde si pedimos a una plataforma de inteligencia artificial que haga sonar una música con la voz de John Lennon, la hará, y teniendo nosotros tanto contacto hoy con la tecnología, ¿Acaso cabe duda que también existen medios modernos de creación de contratos?

Sobre el punto, en el presente ensayo pretendo centrarme específicamente en uno de estos que me gusta denominar medios modernos de creación de contratos, que consiste en los conocidos “emojis”. Para esto, tomaré como punto de partida el concepto de emoji, así también, realizare un análisis a la decisión tomada por el juez canadiense T.J. Keene, la cual considero bastante interesante. Sin lugar a dudas, dará mucho que analizar a los jueces en las próximas situaciones donde se acepte un contrato a través de un emoji de pulgar arriba, incluyendo un estudio de lo que original e históricamente implicaba demostrar el pulgar arriba, como a lo que uno se refiere al enviar dicho emoji, o en el caso que nos incumbe, enviar el mencionado gesto, y por supuesto, un estudio de cómo esto tendría cabida. Finalmente, también revisaremos las consecuencias que podría acarrear en nuestro actual ordenamiento jurídico.

Punto de partida. ¿Qué es un emoji?

Si bien en principio parezca obvio lo que es un emoji, estas conocidas caritas sonrientes, objetos, símbolos y demás, tienen un significado más allá que simplemente parecer un complemento a la hora de enviar nuestros mensajes o una excelente solución a las situaciones donde no sabemos qué responder. La Real Academia Española define emoji como una pequeña imagen o ícono digital que se usa en las comunicaciones electrónicas para representar una emoción, un objeto, una idea, etc.³. Oxford Languages, lo define como Dibujo o signo que expresa una emoción o idea; se utiliza en la comunicación electrónica, especialmente en las redes sociales.⁴ Si ponemos atención, vemos que ambos conceptos son bastante parecidos, y particularmente quiero resaltar dos palabras que estas definiciones tienen en común: emoción e idea.

Entendemos entonces, que claramente estos emojis representan en cierta forma, o en concreto, cómo uno se siente o que uno piensa respecto a un determinado mensaje, situación, propuesta, noticia, y tantas otras cosas que son remitidas a través de los medios de comunicación digital. Normalmente, cuando utilizamos algún emoji, buscamos algún rostro, símbolo que exprese la forma en la que nos sentimos respecto a algo, que pensamos, una expresión facial animada, son estos medios muy comunes en la actualidad que facilitan la expresión de las personas.

¿Se puede aceptar un contrato a través de un emoji?

Dejemos por un rato de lado el tema de los significados para dar un primer vistazo a nuestra ley. Adentrándonos en nuestro Código Civil Paraguayo, vemos

³ Real Academia Española, Emoji (<https://dle.rae.es/emoji>, 2022).

⁴ Oxford Languages, Emoji Definition (<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/emoji>, 2023)

que el Libro III está denominado “De los Contratos y de otras fuentes de obligaciones” En este libro se regulan todas las fuentes de las obligaciones, entre las que se encuentran las voluntarias por excelencia: los contratos. En el Art. 673 se establecen los requisitos esenciales del contrato: “a) el consentimiento o acuerdo de las partes, b) el objeto y c) la forma, cuando fuere prescrita por la ley bajo pena de nulidad”. Hagamos enfoque en el inciso a), que habla del consentimiento. Entendemos al consentimiento como la exteriorización de la voluntad común entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones. Sobre el punto, específicamente trata el capítulo II del libro III del Código, y el Art. 674 se encarga de definir los presupuestos para que se configure el consentimiento cuando dice que “El consentimiento debe manifestarse por oferta y aceptación. Se lo presume por el recibo voluntario de la cosa ofrecida o pedida.

Al respecto, en caso de hallarse uno con la intención de rechazar la oferta, el mismo debe, y, de hecho, normalmente lo debería hacer, manifestar que efectivamente no acepta la oferta mencionada. Supongamos, por ejemplo, que yo quiero vender una ilustre obra de arte a Gs. 10.000.000. Para ello, realizo una publicación a través de un sitio web especializado en venta de obras de arte, por lo que realizo una oferta de contrato a través de un medio digital. Luego, una persona interesada me escribe al número de WhatsApp que estaba en la publicación manifestando su interés, a lo que le respondo que está disponible, después intercambiamos los datos para la compraventa, a lo que finalmente el precio queda en Gs. 12.000.000 y le digo que, si acepta, le envío el cuadro por courier contra el pago parcial, y una vez recibido el cuadro, procede a realizar el pago total. Me responde con un emoji de pulgar arriba. Ante tal respuesta ¿Acaso no entiendo yo que se halla de acuerdo con la forma de efectuar la compraventa mencionada? En caso de no hallarse de acuerdo, ¿No me lo hubiese manifestado a través de otro emoji?

Y un día ocurrió algo similar en Norte América...

En marzo del 2021, en la provincia de Saskatchewan, Canadá, ocurrió que el agricultor Chris Achter había acordado vender 87 toneladas métricas de linanza a un comprador de granos, llamado Kent Mickleborough, quien envió por mensaje de texto al teléfono de Achter una foto del contrato de compra venta donde constaba la firma de Kent Mickleborough, seguido de un mensaje que decía “Por favor, confirme el contrato de linanza”, recibiendo Mickleborough en respuesta, un emoji de pulgar arriba por parte de Achter. Ante esto, Mickleborough entendió que Achter había aceptado el contrato, y es que tradicionalmente, y como desarrollaremos en uno de los títulos más abajo, el gesto del pulgar arriba significa aprobación, comúnmente entendemos que cuando alguien nos muestra el pulgar arriba, nos está dando a entender que sigamos, una aceptación, un “ok”.

Resulta ser que no fue así como Achter veía el emoji enviado, puesto que, según sus declaraciones, a lo que él se refería con el pulgar arriba, era solo a confirmar el recibo del mensaje, habiendo entendido que “le enviarían después el contrato completo por fax o correo electrónico para que lo revisara y firmara”.

La cuestión se complica cuando llega el momento de ejecución del contrato, y Achter no realiza su prestación que consistía en la entrega de las 87 toneladas de linazas acordada, motivo por el cual Mickleborough recurre a instancias judiciales, conflicto que terminó dando lugar a una resolución más que interesante, que me motivó a redactar el presente ensayo.

Según el juez T. J. Keene, del Tribunal del Rey en Saskatchewan, ambas partes entendían sin dudar que estas respuestas concisas eran una confirmación del contrato y “no solo un acuse de recibo del contrato” por parte de Achter.⁵

Por ende, Keene determinó el 08 de junio del 2023 que existía un contrato válido entre las partes y que Achter había violado este acuerdo al no entregar las linazas. El juez ordenó a Achter pagar daños y perjuicios por un monto de 82.200 dólares canadienses, equivalente a 61.000 dólares estadounidenses.

“Este tribunal reconoce que un emoji de pulgar arriba es un medio no tradicional de ‘firmar’ un documento; sin embargo, en estas circunstancias, constituyó una forma válida de transmitir los dos propósitos de una ‘firma’: identificar al firmante” como Achter, porque estaba enviando mensajes de texto desde su número de celular, y de “transmitir la aceptación de Achter del contrato de la linaza”, fueron las palabras del juez Keene.”⁶

Opinión sobre el fallo

Particularmente, me parece que la decisión del juez Keene se halla ajustada en primer lugar, a lo que es el Derecho de contratos, y, en segundo lugar, algo muy importante, a nuestros tiempos)

Hoy en día, es sabido que los medios de comunicación digitales son cada vez más frecuentes. Cada vez más se recurre a estos medios para todo lo que sea relaciones laborales, académicas, personales. Prácticamente todo se está desarrollando en el marco de distintas plataformas digitales que facilitan la comunicación entre unos y otros, y facilitan asimismo el intercambio de bienes y servicios entre la gente, simplificando el movimiento del dinero en el mercado.

Si bien es probable que ninguno de nosotros sea un experto en emojis, considero los mismos son bastante claros, y creo que diariamente las personas que los usamos, entendemos a qué se refieren los emojis que enviamos y recibimos en el intercambio de mensajes a través de plataformas digitales.

Volviendo a la Sentencia del Juez Keene, tengamos en cuenta también el orden y la forma en la que se fueron dando los hechos. En su relato, menciona la parte demandante que, desde ya varias negociaciones anteriores a la presente, esta relación jurídica se fue desarrollando de esta manera. Es decir, por la vía telefónica. Con la diferencia que en el caso que nos incumbe, posterior a res-

⁵ Michael Levenson, Un tribunal canadiense decidió que este emoji 👍 es un acuerdo contractual (<https://www.nytimes.com/es/2023/07/10/espanol/emoji-acuerdo-legal.html>), 2023.

⁶ South West Terminal Ltd. v Achter Land, 2023 SKKB 116 (CanLII), (<https://www.canlii.org/en/sk/sk/b/doc/2023/2023skkb116/2023skkb116.html#document>), 2023.

ponder la propuesta formulada por Mickleboroug, no hubo más contacto alguno entre las partes, en efecto, la entrega nunca se llevó a cabo.

Vemos así que, como antecedentes a la situación motivo de la demanda, ya hubo negociaciones anteriores, habiéndose efectuado por medios telemáticos. Por este motivo, el comprador entendió que esta vez no sería la excepción. Veamos ahora un poco de que podría interpretar una persona al obtener como respuesta un pulgar arriba.

Significado del pulgar arriba a lo largo de los años

A lo largo de la historia, y alrededor de distintas culturas, el gesto del pulgar arriba tuvo un significado bastante claro. Consiste en un gesto de aprobación, es decir, una manifestación de voluntad expresa.⁷

Este gesto empezó a volverse popular en la cultura romana, donde como se puede apreciar prácticamente en cualquier película de gladiadores romanos, vemos que a través del pulgar arriba, la multitud aconsejaba al emperador en el coliseo si consideraba debía perdonarle o no la vida a quien resultare derrotado en los tradicionales combates que se llevaban a cabo, siendo parte del circo romano.⁸ Comúnmente, esta es la teoría más conocida y aceptada sobre el cómo y dónde se empezó a utilizar el pulgar arriba como sinónimo de aceptación.

Pero no nos limitemos a este origen, y es que no solo en la cultura romana este gesto tenía el mencionado significado de aceptación. Así también, la cultura occidental tiende a asociar los movimientos hacia arriba con sentimientos positivos y optimistas, y los movimientos hacia abajo, con emociones negativas y de pesimismo. Durante la Segunda Guerra Mundial, los pilotos norteamericanos que alzaban sus pulgares, lo hacían para anunciar que estaban listos para partir.⁹

Nosotros como estudiantes de derecho, sabemos de la importancia del papel de la costumbre en la materia. Hay un dicho muy popular el cual dice "La costumbre es ley" En nuestra cultura, tanto como la canadiense, romana, y tantas otras, se tiende a asociar al gesto del pulgar arriba con la aprobación. Si bien, hay veces que los jóvenes lo utilizan con otros fines, como por ejemplo de forma sarcástica, o de veremos, lo más común, y lo que comúnmente, cualquier persona interpretaría, es que se refiera a un "ok".

Y si ocurriese un caso así en Paraguay... ¿se ajusta la jurisprudencia a nuestras Leyes?

⁷ Art. 281 del C.C. "Se tendrá como declaración positiva de la voluntad, aquella que se manifieste verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos, con referencia a determinados objetos" Marcelino Gauto, El Acto Jurídico "Es la manifestación que tiene por objeto comunicar algo, de modo directo, a otra persona", 58

⁸ ¿Por qué el pulgar hacia arriba significa "todo bien"?, Selecciones, (<https://selecciones.com.ar/selecciones/sabias-que/pulgar-arriba-todo-bien/>)

⁹ ¿Por qué el pulgar hacia arriba significa "todo bien"?, Selecciones, (<https://selecciones.com.ar/selecciones/sabias-que/pulgar-arriba-todo-bien/>)

Si bien resulta más que interesante llevar a cabo un análisis de la resolución mencionada más arriba, abrir nuestras mentes a la posibilidad del ingreso de una nueva forma de aceptación de contratos, indagar más sobre el significado del pulgar arriba o que es lo que uno busca transmitir al enviar un emoji, más importante es plantearnos que pasaría en el eventual caso que una situación así tenga lugar en nuestro país.

Es importante hablar en este punto de la aceptación del contrato, a lo que, al respecto, menciona el Código Civil Paraguayo en su Art. 674.- “El consentimiento debe manifestarse por oferta y aceptación. Se lo presume por el recibo voluntario de la cosa ofrecida o pedida; o porque quien haya de manifestar su aceptación hiciere lo que en caso contrario no hubiere hecho, o dejare de hacer lo que habría hecho si su intención fuere la de rechazar la oferta”. En el caso traído a estudio, claramente, hubo una oferta formulada. En cuanto a la manifestación de aceptación, particularmente concuerdo con el juez Keene en el sentido que efectivamente la hubo, no obstante, vemos que en caso de no considerarse el emoji del pulgar arriba como una aceptación, no vemos que quien haya de manifestar su aceptación, entiéndase, Achter, el vendedor de las toneladas de linanzas, hiciere lo que en caso de no aceptar hubiera hecho. Y opciones no le faltaban, ya que simplemente consistía en preguntarlo vía mensaje, responder con cualquier emoji que no sea un gesto de pulgar o apretón de manos, especificar a través de un mensaje “recibido”, entre otras. Todo lo contrario, el vendedor responde al mensaje donde se solicita su confirmación con un gesto cotidianamente asociado a la aceptación.

Hablemos de la manifestación de voluntad

“La aceptación expresa contiene una declaración afirmativa: acepto, estoy de acuerdo, etcétera” – Alterini.

Importante desde el momento que hablamos de una aceptación, es mencionar que es aquello que nuestro código en conjunto con la doctrina considera una aceptación, o en términos más jurídicos, manifestación de voluntad.

Al efecto, podemos agrupar las formas de manifestación externa de la voluntad en tres grupos: a) Manifestación expresa o positiva; b) Manifestación tácita; c) Manifestación presumida por la ley. Hagamos énfasis, por ser del interés del caso, a la manifestación expresa o positiva.

La manifestación expresa es aquella que resulta de exteriorizaciones deliberadas, por las cuales el agente hace saber positivamente su voluntad interna. Lo hace tendenciosamente, con un propósito consciente encaminado a trasuntar al mundo exterior esa voluntad.¹⁰

Al hablar de la manifestación expresa, se las asocia en tres grupos: a) verbalmente, b) por escrito, c) por signos inequívocos.

¹⁰ José A. Moreno Rodríguez A., Hechos y Actos Jurídicos, (Asunción, Ed. Intercontinental, 2012), p. 127.

Hablemos de la manifestación expresa por signos inequívocos, manifestación que no debe confundirse con la manifestación tácita, ya que estas efectivamente son declaraciones positivas, expresadas de la voluntad y con intención de exteriorizar el querer interno del sujeto.¹¹

Ejemplos de declaración por signos inequívocos, serían, por ejemplo, cuando en los remates, el postor se obliga a la compra, de no mejorarse su postura, o el del transeúnte que acepta la oferta de un vendedor ambulante de objetos de su caja, con una inclinación de cabeza y señalando con el dedo lo que quiere comprar, o levantar la mano en votaciones.¹²

A modo de facilitar más aún al lector la comprensión de que es lo que implica un signo inequívoco para el Derecho Civil, hablemos de una situación bastante cotidiana, cuando a la mañana esperamos en la parada, o ya que mucha gente no respeta las reglas, en algún lado de la calle, que pase la línea de colectivo que nos vaya a transportar al trabajo, realizamos el gesto de levantar la mano a fin que el conductor pare, entendiendo el que al levantar la mano, estamos expresando una voluntad de deseo de subir al transporte y utilizarlo a fin de ir a trabajar.

O supongamos que estamos en víspera del partido de nuestro equipo, cobramos alguna plata y decidimos ir a la tienda a comprar la indumentaria oficial para estar listos para alentar, una vez en el lugar, la persona que nos atiende nos pregunta cuál es la prenda en la que estamos interesados, supongamos le señalo la camiseta de Olimpia, ¿Tendría sentido que me pase la de Cerro Porteño?

Entonces... ¿Acaso podría considerarse el emoji del pulgar arriba un signo inequívoco ante los ojos del Código Civil Paraguayo?

El código civil dice en su Art. 281 "Se tendrá como declaración positiva de la voluntad, aquélla que se manifieste verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos, con referencia a determinados objetos. No valdrá, sin embargo, la que no revista las solemnidades prescritas, cuando la ley exigiere una forma determinada para ciertos actos jurídicos"

Vimos más arriba, de forma bastante precisa qué es lo que el código y la doctrina entienden por signos inequívocos, pongamos ahora sobre la mesa el caso motivo de todo este análisis, que es la situación dada en la relación jurídica existente entre Kent Mickleborough, comprador de las 87 toneladas de linanzas, y Chris Achter, vendedor de las linanzas.

También vimos, que es lo que la sociedad interpreta, e interpretó generalmente a lo largo de los años y a través de distintas culturas, cuando una persona en respuesta a una petición, oferta, comentario, emite como respuesta un gesto del pulgar arriba, o como sucede comúnmente en nuestros días, envía en respuesta a un mensaje el emoji del pulgar arriba.

¹¹ José A. Moreno Rodríguez A., Hechos y Actos Jurídicos, (Asunción, Ed. Intercontinental,2012), p129.

¹² José A. Moreno Rodríguez A., Hechos y Actos Jurídicos, (Asunción, Ed. Intercontinental,2012), 129.

Observamos de la lectura de la doctrina también algunos ejemplos de situaciones en la que se dan manifestaciones expresas de voluntad a través de signos inequívocos, ahora la principal pregunta es ¿por qué no se consideraría el emoji enviado por Achter un símbolo inequívoco?

Estamos hablando de un gesto que a nivel sociedad, tiene como mayor tendencia a ser asociado con la aceptación, este emoji fue enviado en respuesta a una propuesta, puesto que, al mensaje del contrato, como mencione en reiteradas ocasiones, le siguió un mensaje que decía “Por favor, confirme el contrato de linanza”, resulta ser esto a todas luces una oferta, todos los indicios conducen a que la intención del vendedor fue la de manifestar exteriormente su aceptación del contrato, la única diferencia con los ejemplos citados más arriba, es que se dio en el marco de una conversación llevada a cabo a través de un medio telemático como lo son los mensajes de texto.

En el código civil, tenemos entre otras clases de contratos, a los contratos nominados e innominados. Se entiende por contratos nominados, a todos aquellos contratos nombrados específicamente por el código. Mientras que los contratos innominados, son aquellos que no fueron previstos expresamente por el legislador, donde entra en juego la libertad contractual, principio clave en la materia.¹³

Es sabido que el Código Civil Paraguayo entra en vigencia en el año 1987, esto quiere decir que las previsiones hechas en el mismo, tuvieron lugar treinta y seis años atrás, estamos hablando de totalmente otros tiempos, otra sociedad, otras formas de llevar a cabo negocios, y principalmente, una abismal diferencia tecnológica.

Simplemente es imposible que hace treinta y seis años, el legislador haya podido prever todos los cambios que se presentaron, se presentan, y se seguirán presentando en la sociedad, y los cambios en la sociedad, por supuesto, afectan al derecho, van surgiendo nuevas situaciones, nuevas formas de trabajar, negociar, llevar a cabo prácticas, contratos.

Es por esto, entre otras cosas, que la libertad contractual juega un papel tan importante, siendo la puerta que permite a las partes adecuarse a los tiempos, a las facilidades que otorga hoy la tecnología, a los nuevos servicios y empleos que van apareciendo, y crear así nuevos tipos contractuales, adecuándolos siempre a los que más se le parezcan previstos en el Código.

Y entre estos nuevos tipos contractuales, se presenta aquel que la Ley N.º 4868/2013 denomina contratación por vía electrónica. Se entiende por estos aquellos contratos que fueron celebrados a través de medios electrónicos.

¹³ Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, Notas de clase, (Asunción) 132.

¿Podemos decir que nos hallamos ante una contratación electrónica donde el emoji de pulgar arriba constituye los efectos de una firma?

Hablamos unos párrafos más arriba que el Juez Keene mencionaba en su sentencia “Este tribunal reconoce que un emoji de pulgar arriba es un medio no tradicional de ‘firmar’ un documento; sin embargo, en estas circunstancias, constituyó una forma válida de transmitir los dos propósitos de una ‘firma’: identificar al firmante” como Achter, porque estaba enviando mensajes de texto desde su número de celular, y de “transmitir la aceptación de Achter del contrato de la linaza”.

Ante esto, corresponde llevar a cabo un análisis a fin de concluir que efectivamente podemos decir que hubo una contratación electrónica, donde la respuesta de Achter pudo tranquilamente actuar en función de firma, pudiendo identificar plenamente esta respuesta a su persona, quien emitió una manifestación expresa de voluntad por signo inequívoco.

Respecto de la formación y validez de este tipo de contratos, menciona el Art. 67 de la Ley N.º 6822/2021 “En la formación de un contrato, de no convenir las partes lo contrario, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un documento electrónico. No se negará validez o fuerza probatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un documento electrónico”

Vemos que, en la relación jurídica existente entre comprador y vendedor, el comprador envió un contrato firmado por su persona a quien debía de realizar la entrega del producto convenido, habiéndose llevado a cabo esta transacción a través de la vía telefónica, vemos que nos hallamos ante una contratación electrónica, ya que el consentimiento prestado por Achter, se dio a través de la utilización de las tecnologías de la información y comunicación, en respuesta a un documento electrónico.

A los efectos del presente acto, me parece acertado el criterio del juez Keene al considerar que el envío del emoji del pulgar arriba puede cumplir con el papel de una firma. Conforme vimos más arriba, la firma electrónica cualificada debe vincular de manera única a la firma con el firmante, permitiendo una identificación del mismo.

En el caso, estamos hablando de un mensaje que fue emitido del teléfono celular del emisor. Además de esto, conforme resulta de la lectura del acta del juicio, no fue esta la primera transacción que llevaron a cabo estas dos partes a través de estos medios. Poniendo la situación a la práctica bajo nuestras leyes, podría tranquilamente asociarse al emisor con el teléfono celular. Supongamos, por ejemplo, que, en el marco de un juicio, a fin de ratificar el vínculo entre el emisor y el mensaje, a modo de prueba informativa, solicitamos se libre oficio a la telefonía correspondiente, y esta emite un informe donde consta que la línea telefónica número tal, corresponde al emisor. ¿Acaso no nos hayamos entonces

ante un vínculo?

Menciona también el Art. 675 “Para que exista consentimiento, la oferta hecha a una persona presente deberá ser inmediatamente aceptada. Esta regla se aplicará especialmente a la oferta hecha por teléfono u otro medio que permita a cada uno de los contratantes conocer inmediatamente la voluntad del otro”. Con respecto al mencionado artículo, podríamos decir que sí, la oferta fue inmediatamente aceptada. O al menos así lo entendió el juez Keene, ya que al mensaje que tenía adjunto el contrato firmado por el comprador, así como al mensaje que iba seguido que decía “Por favor, confirme el contrato de linanza” Achter respondió con un emoji que representa un signo de aceptación.

Vemos entonces que efectivamente, el vendedor de linanzas prestó consentimiento a la propuesta formulada, por ende, hubo una aceptación a la oferta, efectuada en el marco de un contrato de compraventa innominado.

En nuestro derecho, conforme a las disposiciones del CC y de la Ley 6822/21, la misma manifestación de voluntad a través de WhatsApp podría ser suficiente para considerar que se formuló una oferta y una aceptación, lo que engendraría las obligaciones surgidas de la conversación a través de WhatsApp.

Conclusión

En las primeras líneas del presente ensayo, más específicamente, en las primeras líneas del párrafo donde comienzo a desarrollar el concepto de lo que es un emoji a fin de dar una definición clara al lector, hablamos de que estos sirven para que el usuario del medio digital de comunicación, llámese WhatsApp, Facebook, mensaje de texto, correo electrónico, pueda expresar a través de ese medio la reacción que le genera cierto mensaje, situación, comentario, respuesta, publicación, noticia, lo que piensa al respecto, y un sinfín de cosas más ante las que se puede reaccionar con emojis.

En el caso traído a análisis, vemos que, ante una propuesta, el receptor emite como respuesta un emoji del pulgar arriba, siendo este un gesto que a través de los años y las distintas culturas conforme hemos leído unos párrafos atrás, comúnmente implico aceptación, y más se lo podría interpretar como una respuesta de aceptación, habiéndose enviado como respuesta a un mensaje que decía “Por favor, confirme el contrato de linanza”.

De los argumentos extraídos del fallo y distintos artículos que relatan lo ocurrido y discutido en el mismo, vemos que la postura del juez es clara, considerando el que efectivamente el emoji del pulgar arriba cumplió con el papel de reemplazar a una firma, y de transmitir la aceptación de Achter del contrato de linanza. habiéndose dado esta en el marco de una conversación por medio de uno de los medios modernos de comunicación más utilizados como lo es el mensaje de texto.

No cabe duda, así como sostuvo Laura E. Little, catedrática de la Escuela de Derecho de la Universidad de Temple, que la sentencia es “señal extraordinaria del nuevo mundo de la comunicación, cuando un emoji puede funcionar para activar el mecanismo de creación de un contrato”.¹⁴

En conclusión, si se diese la situación traída a análisis en nuestro país, un juez nacional podría llegar a la misma decisión que el juez canadiense T.J. Keene, las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, dan total respaldo a la situación reclamada por quien sufrió daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato, contrato el cual fue aceptado a través de una manifestación expresa de voluntad por signos inequívocos, ya que considero que un emoji de pulgar arriba, está más que adaptado a lo que el Código Civil entiende por un signo inequívoco, pudiendo tranquilamente reemplazar a una firma y que, además, se dio por un medio válido en nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad a la ley 6822 .

Considero que los emojis como medios modernos de manifestación de voluntad para la creación de contratos, implican un total sentido común. Y es que un poco de sentido común, nos haría darnos cuenta que cualquier persona muy probablemente entienda que, si le enviamos un emoji de pulgar arriba, estamos de acuerdo, así como también, si le enviamos un emoji de apretón de manos. Cuando nos enojamos, enviamos una carita enojada, no tiene sentido que yo piense que el receptor de mi mensaje piense que yo estoy expresándole alegría cuando le envié una expresión de enojo.

A modo de ir cerrando, me gustaría mencionar que la finalidad del presente artículo, más que transmitir al receptor mi postura con respecto a la Sentencia emitida por un Tribunal canadiense, es transmitir la manera en que se desarrolla actualmente el comercio y cómo los tribunales extranjeros comienzan a proteger a las personas que conciertan relaciones obligatorias a través de medios digitales. También, servirá para pensar dos veces antes de enviar mensajes y emojis por medios digitales, pues uno puede terminar obligándose a realizar prestaciones a favor de otras personas.

Muchas preguntas surgirán a partir de los casos que vayan resolviéndose sobre cuestiones similares a la reseñada en este artículo. Saber cómo evoluciona el comercio, y cómo los tribunales nacionales decidan sobre casos parecidos podría cambiar completamente la forma tradicional en la que creemos deben darse los contratos. Y, la próxima vez que enviemos un emoji, quizás tengamos que pensarlo dos veces.

¹⁴ Michael Levenson, Un tribunal canadiense decidió que este emoji 👍 es un acuerdo contractual (<https://www.nytimes.com/es/2023/07/10/espanol/emoji-acuerdo-legal.html>), 2023

BIBLIOGRAFÍA

- Código Civil del Paraguay Ley N° 1183/85.
- GAUTO BEJARANO, Marcelino. 2017. *El Acto Jurídico*. Asunción, Paraguay: Editorial Intercontinental.
- GROSS BROWN, Sigfrido. "Ley de defensa del consumidor y de los bancos", *Revista Jurídica CEDUC*, N°08 (1999).
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. 2015. *Curso de contratos*. Asunción, Paraguay: Editorial Intercontinental.
- MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. 2012. *Hechos y Actos Jurídicos*. Asunción, Paraguay: Editorial Intercontinental.
- Real Academia Española, Emoji .
- Oxford Languages, Emoji.
- Ley de Comercio Electrónico Ley N°4868/2013.
- Ley de los servicios de confianza para las transacciones electrónicas, del documento electrónico y los documentos transmisibles electrónicos Ley N° 6822/2021.
- Levenson, Michael. "Un tribunal canadiense decidió que este emoji 👍 es un acuerdo contractual". *New York Times*, 10 de julio de 2023. <https://www.nytimes.com/es/2023/07/10/espanol/emoji-acuerdo-legal.html>
- Revista Selecciones, "¿Por qué el pulgar hacia arriba significa 'todo bien'?", <https://selecciones.com.ar/selecciones/sabias-que/pulgar-arriba-todo-bien/>.

LA LESIÓN COMO VICIO DEL ACTO JURÍDICO: SU APLICACIÓN PRÁCTICA Y CASOS ESPECIALES

José Sebastián Améndola Aldana¹

“Sorprenderse, extrañarse, es comenzar a entender”.²

RESUMEN: El presente trabajo estudia y analiza la figura de la lesión como vicio del acto jurídico, en cuanto a su conceptualización y naturaleza jurídica, basándose principalmente en la legislación aplicable y los elementos que deben encontrarse presentes para la posibilidad de su invocación a fin de anular o modificar un contrato. Además, la dificultad de su prueba, así como los casos especialmente complicados relacionados a la lesión en el marco de contratos de transacción y homologaciones judiciales de aquellos son objeto de desarrollo.

PALABRAS CLAVES: Lesión, vicios del acto jurídico, desproporción manifiesta, injustificada, explotación, ligereza, necesidad, inexperiencia, transacción.

ABSTRACT: This work studies and analyzes the figure of the laesio as a vice of the civil act, in terms of its conceptualization and legal nature, based mainly on the applicable legislation and the elements that must be present for the possibility of its invocation in order to annul or modify a contract or an civil act. In addition, the difficulty of its proof, as well as the particularly complicated cases related to the laesio within the framework of settlement contracts and judicial homologations of those are the object of development.

KEYWORDS: Laesio, vices of the civil act, contracts, manifest disproportion, unjustified, exploitation, lightness, necessity, inexperience, transaction.

Introducción

Pocos son los casos legislados por los cuales, debido a la concurrencia de ciertas y determinadas circunstancias, se priva a los actos jurídicos de valor y eficacia.

Uno de estos casos es el de la “lesión”, que constituye un vicio del acto jurídico. Sus efectos trascienden la estabilidad del acto, pues precisamente con su comprobación se los anula, o bien, se los modifica. ¿Cuáles son los requisitos tanto subjetivos como objetivos para su procedencia? ¿Cómo interpretan a esta figura los tribunales nacionales en la actualidad?

¹ Abogado sobresaliente (Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción – Campus Asunción, 2020) y candidato a Máster en Derecho (Universidad Austral de Buenos Aires, 2023). Especializado en derecho constitucional, derecho aduanero, societario, y contrataciones públicas, derecho bancario y de mercado de capitales, teoría general de los hechos y actos jurídicos (civil) y procesal, arbitraje comercial internacional (Universidad de Leiden, Holanda, 2021). Profesor (Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la U.C.) de derecho procesal civil, derecho marítimo, derecho del MERCOSUR. Miembro del Estudio Jurídico Améndola Aldana (especializado en derecho administrativo y cuestiones civiles). Coach del Equipo de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción – Campus Asunción del Moot de Libre Competencia (Lima - Perú, 2023). Presidente Federación de Estudiantes de la Universidad Católica (2018).

² José Ortega y Gasset, *La Rebelión de las Masas* (Barcelona, España: Austral Editora, 2022) 11ma. Impresión, 81.

La figura se halla destinada a aplicarse en el ámbito meramente contractual, pero, la gran pregunta es si se trata de un instituto invocable en todo tipo de contratación. ¿Acaso la lesión como vicio tiene un límite, aun cuando el articulado que lo reconozca y legisle, no lo disponga? ¿Prima el acto, el consentimiento de la persona lesionada, el tráfico jurídico, la confianza, la protección legal?

Sugiero al amable lector seguir las siguientes líneas para descubrir las respuestas a las interrogantes formuladas.

La lesión. Concepto.

Cuando hablamos de una figura jurídica del derecho civil, resulta absolutamente pertinente volver pasos atrás a fin de comprenderla a cabalidad. En el derrotero de la investigación al respecto de cuáles son los antecedentes más antiguos del instituto de la lesión, nos encontramos con que la misma proviene de un viejo conocido: el Derecho Romano.

Los romanos conocían la idea de la lesión, pero no a ella como hoy la concebimos. De hecho, la *laesio enormis*, conforme nos indica ZIMMERMANN, es un término introducido recién por los glosadores.³

Conforme lo tiene dicho MARTÍNEZ SIMÓN, en el Derecho Romano se trataba de una cuestión objetiva: si en un contrato de compraventa se pagó por una cosa el precio que equivale a menos de la mitad del "justo precio", se podría rescindir el contrato celebrado.⁴

Se trataba de una disposición encontrada en el Código de Justiniano, que respondía a un Rescripto de Dioclesiano.⁵

En ese mismo sentido, nos explica ZIMMERMANN que, luego de la disposición justiniana referida, los escolásticos medievales tuvieron como principal idea que, en el marco del derecho de los contratos debía estar presente el elemento de la igualdad, idea que incluso se remonta a Aristóteles y que fuera desarrollada por el propio Santo Tomás de Aquino.⁶

Tuvo su paso por el derecho español⁷, y, si bien cayó en desuso por un tiempo⁸, con posterioridad volvió a cobrar importancia, ya sufriendo modificaciones en cuanto a su naturaleza. Fue a partir del Art. 138 del BGB Alemán, que estableció una "*inversión copernicana*"⁹ a la figura, que se dejó atrás al concepto de "le-

³ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Ciudad del Cabo, Sudáfrica: Juta & Co. Ltd., 1992), 259.

⁴ Alberto Martínez Simón, "La lesión, vicio de los actos jurídicos", *Revista Jurídica de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción"*, N° 18 (2009): 114-115, <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Alberto-Martinez-Simon-LaLesi%C3%B3n.pdf>

⁵ Alessandro Piccirillo, *Rescissione – Novissimo Digesto Italiano* (Turín, Italia: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1957), 577.

⁶ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations ...*, 265-266.

⁷ Roberto Brebbia, *Hechos y Actos Jurídicos* (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1995) T. II, 227.

⁸ Invito al lector a leer las palabras de Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations ...*, 267-268.

⁹ Roberto Brebbia, *Hechos y Actos Jurídicos*, 228.

sión" que conocían los romanos.

En palabras de VON TUHR, el instituto reconocido por el referenciado Art. 138 del BGB ancla sus bases en la usura¹⁰ y dice que "*nuestro derecho* (el alemán) *no conoce el principio romano de la invalidez de los contratos de enajenación por lesión enorme*".¹¹

Básicamente, existió una mutación entre el instituto romano que contemplaba un tipo "objetivo" en relación a la lesión, a un abordaje "subjetivo" de la figura.

Cualquiera sea el caso de su proveniencia, nuestra legislación actual, es decir, el Art. 671 del Código Civil y Comercial, es producto, podría concluirse, de una mixtura de ambos elementos. Reconoció a la figura de la lesión con ciertos y determinados requisitos, tanto subjetivos como objetivos, para que dicha figura se perfeccione.

Debido a ello, en el derecho paraguayo, entendemos a la lesión como un vicio de los actos jurídicos que, planteado, argumentado y probado, causa la nulidad de éstos, o bien, su modificación.

La lesión es, entonces, un fenómeno que se presenta en los contratos y que, de alguna manera, protege al lesionado y castiga a quien lesiona. Es una figura que conlleva dos facetas, una subjetiva y otra objetiva (que también tiene un cariz subjetivo, conforme lo veremos), y que tiene como principal finalidad la de corregir la "injusticia" que se produce en el tráfico jurídico como consecuencia de un acto que haya tenido en su génesis una ventaja manifiestamente injustificada que se traduce en una desproporción en relación a la otra prestación.

La lesión en nuestra legislación

En nuestro derecho la lesión se halla reconocida legalmente en el Art. 671 del Código Civil y Comercial, en una intrincada disposición que conlleva la necesidad de realizar una actividad probatoria no muy sencilla. Aquí es donde la teoría se confronta con la práctica, y los abogados que ejercen la profesión tenemos el desafío de subsumir los hechos del caso a dicha figura, y probarlos, de tal manera que el juez la analice críticamente y concluya que todos los elementos se hallan configurados para hacer lugar a la pretensión.

Lo interesante de la lesión es que trae consigo esfuerzos para nada comu-

¹⁰ Con respecto a la lesión que es reconocida en casos de usura, es sumamente llamativa la disposición del Art. 282 del Código Civil de Portugal, cuyo acápite se denomina "Negócios usurários", y que dispone cuanto sigue: "É anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperience, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados." En efecto, parecería ser que se convirtió en civil un hecho punible penal, así, el término "negócio usurário" representa a la "lesión" que nosotros la conocemos como tal.

¹¹ Andreas Von Tuhr, Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán (Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1947) vol. 1.2., 46. Cfr. Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations ..., quien sostiene: "laesio enormis did not become part of the BGB".

nes, y aunque no seamos médicos, los abogados debemos convertirnos en verdaderos cirujanos para realizar un estudio sobre los hechos del caso a fin de invocar quirúrgicamente a la "lesión" como vicio del acto jurídico.

Y que no parezca una negatividad, sino una realidad, ya que nos encontramos ante la intención de anular o variar nada más y nada menos que un acto realizado, se presume, con intención, libertad y discernimiento¹².

Veamos la disposición legal en cuestión:

"Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de este, podrá el lesionado, dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario. El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación."

Nos abocaremos, en este momento, a desgranar cada palabra o frase compuesta del articulado transcrito a fin de no dejar resquicio alguno en cuanto a la interpretación que -según quien suscribe este artículo- debe dársele.

Negocios contractuales que admiten la procedencia de la invocación de la lesión

En primer lugar, podemos afirmar que la lesión es aplicable a todo tipo de contrato, y en principio, a aquellos que tengan la característica de ser bilaterales y al mismo tiempo onerosos. Nos adelantamos en asegurar y advertir que no únicamente a estos contratos se aplica la figura estudiada. En líneas generales, aunque con excepciones, podemos afirmar que se destaca y hace notar un factor común en los contratos en los cuales la lesión puede invocarse: la onerosidad.

Sabido es que los contratos onerosos son aquellos en los que *"la prestación de una de las partes se da en razón de la contraprestación que promete o ejecuta la otra, aunque puede suceder que el designado para recibirlo sea un tercero nombrado al efecto. (...). Podemos citar, como ejemplo de contrato oneroso, la locación de obra."*¹³

La ventaja en el marco de la lesión, punto que estudiaremos seguidamente, es considerada siempre en función a la onerosidad del contrato.

En cuanto a la característica de la bilateralidad, resulta que estos son aquellos contratos *"que engendran obligaciones recíprocas, como ocurre en la compraventa, la permuta, la locación"*.¹⁴

¹² Código Civil y Comercial Paraguayo, art. 277.

¹³ Alberto G. Spota, *Contratos - Instituciones del Derecho Civil* (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2009) 2da. Edición, Tomo I, 305.

¹⁴ Guillermo A. Borda, *Manual de Derecho Civil - Contratos*, (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2012), 22da. Edición, 17.

Ahora bien, se descartan los actos jurídicos gratuitos debido a que “como aquí no hay dos prestaciones -aun cuando puede haber dos partes-, no podría darse la desproporción entre las ventajas que reciben las partes (...)”.¹⁵

Resulta razonable descartar a los actos jurídicos de orden gratuito, ya que el Art. 671 exige, dicho de alguna forma, la contrastación de dos prestaciones, vale decir, de dos obligaciones que pesan sobre los contratantes, y un intercambio de ellas entre quienes forman parte del contrato en particular.

Al ser puesta una prestación encima de la otra, se deberá notar “manifiestamente” que una de ellas es injustificada y desproporcionada en relación a la otra. Este acto sería imposible en un negocio jurídico gratuito pues no existe otra prestación con respecto a la cual realizar el análisis pertinente.

Otro contrato al cual es aplicable la lesión es el aleatorio, aunque se discuta en materia legislativa en distintas latitudes.¹⁶ Convenientemente, la interpretación de la doctrina tanto paraguaya¹⁷ como, en general, la argentina¹⁸ -la más próxima y cuyos comentarios a la legislación son aplicables pues las disposiciones son muy similares- aseguran que la “lesión” puede ser invocada también en los contratos aleatorios.

Especial referencia en este trabajo tendrá la lesión aplicada al contrato de transacción, pues resulta, quizás, uno de los casos más difíciles de resolver.

Los elementos para la verificación de la lesión.

El elemento de la “ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada” obtenida por una parte

El Código Civil y Comercial concibe a la lesión con elementos subjetivos y objetivos.

El elemento comentado es la ventaja manifiestamente injustificada y desproporcionada.

Nosotros nos apartamos de la idea de que éste sea un elemento exclusivamente objetivo y adscribimos a la tesis de BREBBIA quien sostiene que el carácter objetivo de la desproporción es, en realidad, objetivo-subjetivo.

Comenta el mencionado autor que:

“La tarea del juez, sin embargo, no se termina allí (en la demostración de una desproporción evidente o manifiesta); debe todavía indagar si esa desproporción o ventaja tiene justificación, lo que obliga a realizar una investigación

¹⁵ Roberto Brebbia, Hechos y Actos Jurídicos, 254.

¹⁶ Por ejemplo, el Código Civil Italiano de 1942 dispone: “(...). Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori (...)”, es decir, niega la procedencia de la invocación de la lesión a los contratos que son de orden aleatorio.

¹⁷ Marcelino Gauto Bejarano, El acto jurídico (Asunción, Paraguay: Intercontinental Editora, 2012), 610-611.

¹⁸ Por citar algunos, Roberto Brebbia, Hechos y Actos Jurídicos, 251 y Santos Cifuentes, Negocio Jurídico (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2004), 590. Se opone, sin embargo, Ricardo Luis Lorenzetti, Trato de los Contratos (Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni), 240. Este renombrado autor y actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia Argentina, sostiene, al comentar la venta aleatoria, que “por ser aleatorio, no se concibe que este contrato sea resuelto por vicio de la lesión (...)”, de lo que se deduce que la lesión no es aplicable a los contratos aleatorios.

complementaria de índole subjetiva, consistente en analizar los móviles compartidos por las partes (causa-fin subjetiva del negocio), pues puede ocurrir que la ventaja desproporcionada obedezca a móviles legítimos y hasta altruistas, a cuyo efecto corresponde recordar que las prestaciones de carácter patrimonial pueden estar creadas para satisfacer intereses puramente morales, que se hace necesario tener en cuenta para decidir si la ventaja, aparentemente desproporcionada, encuentra explicación racional y al mismo tiempo, legítima. En otros términos, debe entrarse a juzgar su causa.”¹⁹

Resulta absolutamente razonable lo señalado por BREBBIA pues, si no invocamos ni probamos que la “causa” del negocio jurídico en cuestión, en realidad, no tenía la finalidad verdadera (la justificación) de ser desproporcionada, sencillamente la lesión no podría proceder para anular o variar un acto jurídico. He allí la dificultad de su presentación, argumentación y prueba, que ya habíamos adelantado en su momento.

Se debe ser preciso al demostrar que la desproporción manifiesta no tiene causal alguna de justificación, extremo que, necesariamente nos conduce al campo de la subjetividad. Ya no se trata de analizar de manera objetiva, solamente, si existe una “desproporción manifiesta” sino indagar más allá e ir a la causa del negocio en cuestión.

Con relación a las disposiciones que se refieren a la ventaja desproporcionada que debe ser manifiesta, nuestro Código Civil y Comercial no contiene una normativa que indique un cálculo aritmético (la mitad, una parte) como era aquella figura en el Derecho Romano que hemos visto.

Se limita, simplemente, a establecer que se debe tratar de una desproporción manifiesta. La doctrina comprende que la desproporción manifiesta (evidente) se entiende que es “*un desequilibrio de las prestaciones indudable, incuestionable, que no necesita ser probado, acreditado*”.²⁰

Resulta así, que esta desproporción debe resultar de una ventaja que se obtenga en función a las prestaciones que han sido otorgadas y recibidas, respectivamente, conforme a la propia letra de nuestro Código Civil y Comercial. El objeto sobre el cual recae, entonces, el análisis de la desproporción deberá ser, necesariamente, las prestaciones del contrato. De ahí que en los contratos gratuitos no es posible hacer tal análisis, según lo hemos visto con anterioridad.

La notable desproporción tiene, además, un efecto sumamente importante: hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario, conforme nuestra legislación.

Los elementos subjetivos. Necesidad, ligereza o inexperiencia.

El desafío principal en este punto del desarrollo del trabajo surge paten-

¹⁹ Roberto Brebbia, *Hechos y Actos Jurídicos*, 237.

²⁰ Santos Cifuentes, *Negocio Jurídico ...*, 481.

te pues se trata de una presentación, evaluación y juzgamiento absolutamente subjetivo dependiendo del caso en concreto.

Nos animaremos, sin embargo, a determinar, apoyándonos en el lenguaje y la doctrina, con una interpretación sistémica, en qué consiste la “necesidad”, la “ligereza” o la “inexperiencia”.

La necesidad

Nuestro articulado comentado dispone que para que exista el perfeccionamiento de la lesión se debe “explotar” la *necesidad* de la parte que sufre la desventaja manifiestamente injustificada y desproporcionada.

Es decir, se introduce el elemento subjetivo de la *necesidad* en el marco en un concepto entendido globalmente, y con el cual comparte también un elemento objetivo según hemos visto.

El primer inconveniente que se presenta al abordar -pero, se aclara, no solamente la situación de *necesidad*, sino que además también la *ligereza* o *inexperiencia*- este concepto es aquél relativo a si estas expresiones dispuestas por el Código Civil y Comercial como “situaciones” subjetivas para la configuración de la lesión son meramente enunciativas o taxativas.

Bastante discusión hubo al respecto en doctrina comparada entre quienes adscribían la tesis de que es un *numerus clausus*²¹ y los que sostenían que se trata de una naturaleza meramente enunciativa²².

Particularmente, y de entrada, sostenemos que se trata de una decisión interpretativa jurisprudencial. No obstante, para definir una u otra tesis resulta extremadamente relevante recordar que nos encontramos ante la intención de anular o modificar un acto jurídico, de ahí que cobra trascendencia el acto jurídico como expresión de la persona en su vida civil.

Resultará del rigorismo o flexibilidad de quien interprete la legislación en cuestión, la definición de este punto.

A nuestro criterio, y en línea de las ideas más actuales, consideramos prudencial determinar que la enumeración es simplemente enunciativa, es decir, no taxativa, y que se podría argumentar otra situación para la procedencia de la lesión.

Sin embargo, no dejamos de ser conscientes que es posible que dentro de la amplia interpretación de los conceptos ante los que estamos, se podría incluir

²¹ Roberto Brebbia, *Hechos y Actos Jurídicos*, 244; Juan Garibotto, *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión* (Buenos Aires, Argentina: Depalma), 198; Fernando López de Zavalía, *Teoría general de los contratos* (Buenos Aires, Argentina: V.P. de Zavalía), 392.

²² Por referencia y por todos, véase Eduardo Zannoni, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea) 321.

diversas situaciones, y assimilarlas con la necesidad, la ligereza o la inexperiencia. Dependerá, también, de la creatividad del abogado.

Volviendo al punto que tratamos en este apartado, resulta necesario definir a la *necesidad*.

Sostiene BREBBIA que “en el estado de necesidad, el sujeto obra coaccionado por las circunstancias exteriores que lo circundan, que -igual a lo que ocurre con la violencia moral- limitan o anulan su poder de decisión, afectando, en consecuencia, uno de los elementos internos del acto voluntario: la libertad”.²³

Vale decir, en este punto se impone una la revisión, el estudio y la consideración de circunstancias que, no se producen por parte del co-contratante que quita ventaja desproporcionada e injustificada -pues, allí, claramente podríamos encontrarnos ante la situación del *dolo* como vicio del acto jurídico- sino son la *realidad* de la persona o el sujeto lesionado.

La *realidad* que le acompaña, y como ejemplificar resulta sumamente sencillo: pobreza, situación de apuro por venta de un inmueble por haber contraído deudas que se ejecutan y apremian su pago, entre otros.

Como dice SANTOS CIFUENTES, no es necesario que se produzca una situación de necesidad que tenga cariz de “extrema” sino que, una dificultad económica significativa.²⁴

Siempre, como vemos, se trata de una cuestión económica, o que se relacione con ella, ya que dentro del concepto de *ligereza* podríamos incluir los problemas o inconvenientes mentales, tales como enajenación mental, depresión, entre otros. La necesidad, se refiere, a nuestro criterio, a una cuestión de orden patrimonial o económico.

Ligereza

La *ligereza* es otra situación planteada por el Art. 671 que establece a la lesión en nuestro Código Civil y Comercial.

BREBBIA nos explica que se trata, nada más y nada menos, que la *debilidad mental* y que por ella la *ligereza* se entiende “el caso en el que el lesionado ha obrado bajo un estado psíquico deficiente que puede quedar subsumido en la expresión debilidad mental; tal como suele ocurrir en el supuesto de los actos realizados por los inhabilitados (...) y en los supuestos de debilidad mental o confusión psíquica accidental”.²⁵

Por ejemplo, el caso de aquellos que son declarados incapaces de hecho,

²³ Roberto Brebbia, Hechos y Actos Jurídicos, 246.

²⁴ Santos Cifuentes, Negocio Jurídico, 602.

²⁵ Roberto Brebbia, Hechos y Actos Jurídicos, 248.

sobre la base del Art. 73 del Código Civil y Comercial, representan los “ligeros” con los que, si se contrata y se obtiene una ventaja patrimonialmente excesiva, injustificada, se podrá también demandar la nulidad por lesión.

Naturalmente se puede invocar, en estos caso, además, el Art. 357 literal a) del Código Civil y Comercial, que se refiere a la nulidad de los actos cuando lo realiza un incapaz por falta de discernimiento.

En un caso en particular²⁶ en el que se invocó el Art. 671 del Código Civil y Comercial, se determinó la nulidad de un acto jurídico realizado por una persona que se hallaba en el estado de “deterioro mental” -sin que haya sido declarada como tal al momento de la realización del acto-, usando también como base el Art. 84 del mismo cuerpo legal.

Así, la *ligereza*, concluimos, tiene una directa relación con lo relativo al estado mental de la persona.

En un caso²⁷ en el que se confirmó la sentencia definitiva que rechazaba la demanda de nulidad por lesión en relación un acto jurídico de compraventa de inmueble y reconocimiento de derechos de condómino, se definió, en sentido negativo que no se puede decir que existe ligereza si es que *la misma parte actora participó activamente de las negociaciones y ofreció a la parte demandada un borrador del acuerdo elaborado con su abogado* y que, además, este marido era de profesión abogado.

Inexperiencia

Calificada doctrina sostiene que la inexperiencia “*se produce cuando, por falta de los conocimientos que se adquieren por el uso y la práctica, no se pueden apreciar con justeza las características y circunstancias más relevantes del negocio que se realiza.*”²⁸

Conveniente es la definición tomada, pues vemos nuevamente como circunstancias externas, que rodean al sujeto lesionado, pero que se internalizan en él, son las causas por las cuales se puede invocar a la inexperiencia. Y decimos que se tratan de circunstancias externas, pues es una en la que se encuentra el lesionado, pero que se transmite a su interior para afectar así el conocimiento para la realización del acto jurídico.

Pensemos en el caso de un joven de 20 años, estudiante de la carrera de filosofía, que hereda de sus padres -por causa de muerte- mil cabezas de ganado vacuno, que en el mercado tienen un valor de 4.000 U\$D (cuatro mil dólares americanos).

²⁶ Justo Pastor Coronel Salomón c/ Jorgelina Elizabeth Sosa s/ Nulidad de Acto Jurídico, Acuerdo y Sentencia Nro. 54 (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala, 13 de noviembre, 2019).

²⁷ Marta Carmen Fallabella de Tessari c/ Memorial S.A. Administración y Mandatos y Gregorio Mateo Balmelli s/ Nulidad de Acto Jurídico, Acuerdo y Sentencia Nro. 34 (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Quinta Sala, 28 de abril, 2021)

²⁸ Roberto Brebbia, Hechos y Actos Jurídicos, 249-250.

El vecino de la propiedad donde se encuentran estos ganados vacunos es un estanciero conocedor de los precios y un asiduo comprador, en remate, de animales para su crianza y engorde. Éste sujeto, le ofrece la compra de las mil cabezas de ganado vacuno por 200 USD (doscientos dólares cada una), y el joven, desconocedor de los precios de mercado, sin tener necesidad económica alguna pues posee ahorros depositados de cuyos intereses vive, vende los animales a ese precio.

Nos encontramos ante un acto anulable por "lesión" debido a que la inexperiencia del joven de 20 años le llevó a disponer de su patrimonio, y a que el ganadero haya sacado una ventaja de nada más y nada menos que 3.800.000 USD (tres millones ochocientos mil dólares).

Vale decir que, "*la falta de conocimientos adecuados que caracteriza a la inexperiencia hará incurrir al inexperto, muy habitualmente, en error espontáneo o provocado*".²⁹

En el mismo caso comentado³⁰ se sostuvo por el Tribunal que no podemos hablar de *inexperiencia*, por ejemplo, de una persona que fue administradora del condominio en cuestión.

El contrato de transacción

Habiendo ya visto y desarrollado todos los elementos subjetivos y objetivos de la lesión, resulta ahora estudiar el caso particular de esta figura aplicada al contrato de transacción pues, como pudimos hacer notar, es aplicable a todo tipo de contrato cuando es bilateral y oneroso, en principio.

Así las cosas, por el contrato de transacción, que se encuentra legalmente definido en el Art. 1495 del Código Civil y Comercial, *las partes, mediante concesiones recíprocas, ponen fin a un litigio o lo previenen. Por medio de ella se pueden crear, modificar o extinguir, además, relaciones jurídicas diversas de las que fueron objeto del litigio o motivo de la controversia.*

El punto focal de esta figura es que existen concesiones recíprocas y ponen, así, fin a un litigio o previenen que pueda surgir.

La doctrina paraguaya³¹, sin dudas, sostiene que "*la equivalencia*

²⁹ Ibid., 250.

³⁰ Marta Carmen Fallabella de Tessari c/ Memorial S.A. Administración y Mandatos y Gregorio Mateo Balmelli s/ Nulidad de Acto Jurídico, Acuerdo y Sentencia Nro. 34.

³¹ Marcelino Gauto Bejarano, El acto jurídico, 613-614.

entre las respectivas prestaciones no es propia de la especial naturaleza de la transacción, y que la medida de los sacrificios de quienes otorgan la transacción se origina en sus intereses subjetivos, los cuales difícilmente pueden ser dimensionados para contrastarlos y juzgar que se produjo una injusta desproporción”.

Vale decir, la transacción es eminentemente “desproporcional” pues no resulta una equivalencia de dicho contrato, pues su propia forma en la que se halla establecido y los términos de como el mismo se manifiesta y perfecciona.

No es, conforme a la doctrina, aplicable a un acto jurídico de contrato de transacción, la figura de la lesión, pues se parte de la base de que existe una falta de equivalencia en las prestaciones que reciben cada una de las partes, y nosotros agregamos que es claro, pues se reciben las prestaciones en estas condiciones a fin de que se cubran otros intereses patrimoniales.

En otras palabras: lo dispuesto en la transacción no necesariamente impacta en lo específicamente se negocia en él, sino que puede responder a otras motivaciones.

La jurisprudencia también se halla en la misma línea, y en un caso se ha sostiene que:

*“En cuanto a la transacción, no caben hesitaciones de que en este tipo de contratos no cabe la lesión como vicio configurativo de la nulidad del acto por cuanto que en ellos se prescinde del principio de equivalencia del valor de las prestaciones; esto es, del carácter conmutativo que por lo general tienen los contratos bilaterales”.*³²

Cabe mencionar que la doctrina argentina dice que la aplicación a la transacción es una cuestión controvertida y que, actualmente, se halla en pleno avance la aplicación de la lesión a la transacción³³.

Dice TOBÍAS que *“son los casos en que -además de la existencia de los elementos subjetivos- la evidente inequivalencia excede evaluaciones subjetivas “razonables” y que, por sus características, la concesión o sacrificio se presenta como manifiestamente desproporcionada con el derecho de que la persona es titular además de incompatible, por su magnitud con la concesión de la otra parte”.*³⁴

³² Marta Carmen Fallabella de Tessari c/ Memorial S.A. Administración y Mandatos y Gregorio Mateo Balmelli s/ Nulidad de Acto Jurídico, Acuerdo y Sentencia Nro. 34.

³³ José W. Tobías, Comentario al Art. 332 del Código Civil y Comercial Argentino, en Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético, director general Jorge H. Alterini, Director del Tomo José W. Tobías, Coordinador Ignacio E. Alterini (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2019) 3ra. Edición, 823.

³⁴ Ibid., 824.

Nosotros no adscribimos a esta tesis pues de la misma resulta desvirtuar, en absoluto, la naturaleza del contrato de transacción.

Así, *con mayor razón*, resulta inaplicable la figura de la lesión a las transacciones que se hallan homologadas judicialmente que no han sido impugnadas, máxime si la parte que alega la lesión fue asesorada por su propio abogado, y esto en razón de que ha contado con guía legal pertinente, y principalmente, porque la resolución ha pasado en autoridad de cosa juzgada, no pudiéndose modificar el sentido de la misma de ninguna manera, *so pena* de afectar la seguridad jurídica en el tráfico civil y comercial.

Conclusión

El instituto de la lesión, tan antiguo como el propio Derecho Romano, se halla en plena vigencia y apogeo, y con mayor razón en la presente época, en la que las contrataciones han aumentado de sobremanera, en razón del crecimiento demográfico y la facilidad del acceso al comercio y la vida civil.

Es de especial atención sus elementos objetivos y subjetivos, y quien lo plantee, así como quien lo resuelva, deberá tener sumamente claro los mismos. Debe tenerse en cuenta que la actividad probatoria debe ser plena, y no puede basarse en meros indicios, pues lo que realmente -y se reitera- se pretende es restarle validez al acto jurídico, por medio de la nulidad, que siempre es *ultima ratio*, o bien, su modificación. Además, ser sumamente cuidadosos en el estudio de los contratos a los cuales es aplicable.

Esperamos que este trabajo ayude a la aplicación práctica del instituto de la lesión, tanto para la promoción de demandas, sus contestaciones, así como para la resolución de los casos judiciales.

BIBLIOGRAFÍA

- José Ortega y Gasset, *La Rebelión de las Masas* (Barcelona, España: Austral Editora, 2022) 11ma. Impresión
- Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Ciudad del Cabo, Sudáfrica: Juta & Co. Ltd., 1992)
- Alberto Martínez Simón, “La lesión, vicio de los actos jurídicos”, *Revista Jurídica de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”*, N° 18 (2009): 114-115, <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Alberto-Martinez-Simon-LaLesi%C3%B3n.pdf>
- Alessandro Piccirillo, *Rescissione – Novissimo Digesto Italiano* (Turín, Italia: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1957),
- Roberto Brebbia, *Hechos y Actos Jurídicos* (Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1995) T. II
- Andreas Von Tuhr, *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán* (Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1947) vol. 1.2
- Alberto G. Spota, *Contratos – Instituciones del Derecho Civil* (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2009) 2da. Edición, Tomo I
- Guillermo A. Borda, *Manual de Derecho Civil – Contratos*, (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2012), 22da. Edición
- Marcelino Gauto Bejarano, *El acto jurídico* (Asunción, Paraguay: Intercontinental Editora, 2012),
- Santos Cifuentes, *Negocio Jurídico* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2004)
- Ricardo Luis Lorenzetti, *Trato de los Contratos* (Santa Fe, Argentina: Rubinzal Culzoni)
- Juan Garibotto, *El consentimiento en los contratos y la teoría de la lesión* (Buenos Aires, Argentina: Depalma),
- Fernando López de Zavalía, *Teoría general de los contratos* (Buenos Aires, Argentina: V.P. de Zavalía)
- José W. Tobías, Comentario al Art. 332 del Código Civil y Comercial Argentino, en *Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético*, director general Jorge H. Alterini, Director del Tomo José W. Tobías, Coordinador Ignacio E. Alterini (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2019) 3ra. Edición
- Jurisprudencia
- Justo Pastor Coronel Salomón c/ Jorgelina Elizabeth Sosa s/ Nulidad de Acto Jurídico, Acuerdo y Sentencia Nro. 54 (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala, 13 de noviembre, 2019).
- Marta Carmen Fallabella de Tessari c/ Memorial S.A. Administración y Mandatos y Gregorio Mateo Balmelli s/ Nulidad de Acto Jurídico, Acuerdo y Sentencia Nro. 34 (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Quinta Sala, 28 de abril, 2021)



revistajurídica

MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS



¿MEDIACIÓN VS. ABOGACÍA? *EL ROL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN*

Daniel Fernando Martínez Zampa¹

RESUMEN: Desde hace tiempo en los países de Latinoamérica se viene impulsando la mediación como una forma de gestionar los conflictos. En este camino, mucho esfuerzo se ha realizado por difundirla e instalarla en los diferentes ámbitos y como parte del trabajo dentro de la abogacía. Ello ha llevado a contar con colegas que la apoyan abiertamente, otros la miran con recelo e incluso la atacan ya que en ocasiones se la ve como una amenaza al trabajo profesional. Además, a pesar de los desarrollos, aún hoy hay colegas que consultan sobre cómo actuar o su rol en las mediaciones, pensando que este es similar al juicio. El propósito de este trabajo es aclarar qué es la mediación, sus posibilidades y límites, los discursos que sobre la misma circulan, sus resistencias, para pensar cuál es el rol del abogado en la mediación y el aporte de la misma a nuestro trabajo.

PALABRAS CLAVE: Mediación, conflicto, abogacía, rol abogado.

ABSTRACT: For some time now, mediation has been promoted in Latin American countries as a way of managing conflicts. In this way much effort has been made to disseminate and even attack it as it sometimes has been seen as a threat to legal work. Moreover, despite the developments, there are still colleagues today who ask about how to act or their role in mediations, thinking that this is similar to the trial. The purpose of this paper is to clarify what mediation is, its possibilities and limits, the discourses that circulate about it, its resistances, in order to think about the lawyer's role in mediation and its contribution to our work install it in different areas and as part of the work within the legal profession. This has led to having colleagues who openly support it, others who look at it with suspicion and its contribution to our work.

KEYWORDS: Mediation, conflict, advocacy, lawyer's role.

¿De qué hablamos cuando hablamos de mediación?

La mediación como un método RAD/RAC

Como primer paso para este trabajo, es necesario ubicar a la mediación dentro de lo que llamamos métodos "alternativos" o "adecuados" de resolución de disputas o conflictos (MARC/ RAD/ RAC), entendidos estos como formas en las que podemos llegar a la solución de un conflicto con valor jurídico sin pasar necesariamente con los Tribunales.

Como primera cuestión prefiero la expresión "Adecuada" a "Alternativa", ya que nos lleva a pensar que para cada tipo de conflicto puede existir una forma más apropiada de gestionarlo. Podemos incluir estos métodos también dentro de los "Equivalentes jurisdiccionales", esto son, actos que no emanan de la jurisdicción de los tribunales, resolviendo un conflicto jurídico y con efectos equiva-

¹ Magíster en Administración y Resolución de Conflictos por la Universidad Nacional del Nordeste. Abogado por la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (1989). Profesor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional del Nordeste. Especialista en Responsabilidad Civil. Mediador Familiar Matriculado. Coordinador de www.todosobremediacion.com.ar.

lentes a una sentencia.

En este espacio, junto con la mediación, se encuentran la negociación, la conciliación, el arbitraje y otras formas no tan difundidas como las fórmulas MED/ARB, ARB/MED, entre otras.

Hablamos de **negociación** como método en el que las partes, sin intervención de terceros, intentan llegar a un acuerdo que pueda ser aceptado mutuamente.

Cuando las partes no pueden por sí solas encontrar una solución puede intervenir un tercero en calidad de mediador, conciliador o árbitro.

En la **mediación** -como desarrollaremos más adelante- el tercero sin facultad de decisión ayuda a las partes a analizar el conflicto y evaluar posibles soluciones. Algunos países utilizan los términos **mediación y conciliación como sinónimos**, otros hablan del primero en ámbitos extrajudiciales y del segundo en el judicial. En Argentina, la diferencia entre ambos es que, en la **conciliación** el tercero que está desde un lugar de autoridad -como el juez- y puede proponer fórmulas de arreglo que las partes pueden o no aceptar.

Por su parte, en el arbitraje, el tercero impone una solución con el valor de sentencia, en base al derecho o como amigable componedor.

Existen además fórmulas mixtas -no tan usadas en nuestros medios- como la Med-Arb donde las partes pueden, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo por sí mismos, acordar que el tema sea sometido a Arbitraje. Otra fórmula es la del Arb-Med, donde el árbitro da su laudo en un sobre cerrado y las partes pueden continuar negociando y, en caso de no llegar a un acuerdo ya tienen la decisión con fuerza de laudo. Integra además este campo la facilitación, la previa evaluación neutral, el mini juicio, entre otros.

La mediación en sentido estricto

El término mediación tiene diferentes acepciones que remiten a dispositivos diversos que contienen algunos elementos comunes -como la intervención de un tercero para facilitar el camino de la búsqueda de consensos- pero también refieren a espacios y características diferentes.

Entre esas características que diferencian un espacio de otro encontramos la posición en la que se encuentra ese tercero -esto es, si el tercero posee poder sólo sobre el procedimiento o también posee poder sobre las partes. En la mediación propiamente dicha el mediador, desde un lugar neutral, posee poder y control sobre el procedimiento, es responsable de la creación del espacio que pueda ser facilitador para que las partes logren poner en palabras el conflicto y evaluar si podrán transitar juntas el camino hacia la búsqueda de consenso.

La participación, el protagonismo de las partes, la no delegación de poder en terceros ajenos al marco del conflicto y la toma de decisiones autónomas son los pilares sobre los que se asienta la mediación.

Existen casos donde las partes refieren haber transitado un proceso de mediación o alguien sostiene haber “mediado” en un conflicto entre terceros, pero es el caso que quien actuó como mediador lo hizo desde un lugar de poder sobre las partes en tanto si estas no llegaban a un acuerdo el tercero tenía poder de decisión, como en la conciliación en Argentina.

En ocasiones, desde nuestro rol profesional manifestamos haber “mediado” un conflicto antes de iniciar un juicio, cuando lo que en un sentido estricto realizamos es negociar con la otra parte, aplicando algunas herramientas también de la mediación, a veces cartas documentos e intimaciones de por medio que aumentan la intensidad del conflicto.

Por su parte, desde los tribunales los jueces manifiestan “mediar” cuando están desde un lugar de poder. Si bien en estas intervenciones se aplican las herramientas de mediación consideramos que constituyen un espacio distinto de la mediación propiamente dicha donde el mediador carece de poder sobre las partes. Estas intervenciones en algunas situaciones son eficaces y en otras el lugar de poder que ocupa el tercero puede ser un obstáculo para avanzar y que las partes puedan expresar sus reales preocupaciones o sus intereses o sentir afectada su autonomía de decidir.

Insistimos que no son las condiciones personales o la habilidad de este tercero lo que determina que las partes puedan avanzar o no en la búsqueda de soluciones sino el propio espacio de poder en que está instalado o cómo las partes han representado a ese tercero.

Reservamos el término mediación en un sentido estricto entonces para este dispositivo donde el mediador, actúa con poder sobre el procedimiento, pero no sobre las partes.

“El dispositivo de la mediación otorga la palabra a los sujetos que padecen y el mediador escucha, desde una posición neutral sus relatos (verdades que en tanto sujetos se constituyen en verdades subjetivas) para evaluar (este es el saber del mediador) si podrán diseñar estrategias consensuadas y conseguir aquello que dicen necesitar y acompañarlas en ese proceso sosteniendo su conflicto”².

Este tercero-mediador es un profesional que debe contar con una formación específica para conducir el proceso, absteniéndose de conducir a las partes y operar desde un lugar neutral en la creación de un espacio que les permita hablar del conflicto, hacer manifiesto lo latente, compartir las mutuas percepciones, ver más allá de la disputa y acompañarlas en el camino de diseño de

² Aréchaga Patricia, Brandoni Florencia, Finkelstein Andrea, Acerca de la Clínica de la Mediación. Relato de Casos. (Buenos Aires, Argentina: Librería Histórica, 2004), 25

estrategias para superarlo. El mediador no da respuesta al conflicto, no da soluciones, sino que es responsable de sostener un espacio para que el conflicto sea elaborado constructivamente, abordando el conflicto de manera que las partes puedan reconocerlo, reformularlo, resolverlo. La mediación propiamente dicha debe ser conducida por un profesional especialmente formado para ello.

Actualmente las pautas de formación del mediador en Argentina las da el Ministerio de Justicia de la Nación a través de la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, en otros a través de las leyes o acordadas de las Cortes.

En la República del Paraguay el art. 65 de la Ley 1879/02 establece que “El mediador deberá ser persona de reconocida honorabilidad, capacitación e imparcialidad y su labor será la de dirigir libremente el trámite de la mediación, guiado por los principios de imparcialidad, equidad y justicia. Como requisito previo al ejercicio de sus funciones el mediador deberá participar de un curso de capacitación especial dictado por un Centro de Mediación”³.

Actividades e Instancias de Mediación

Una dificultad que se presenta es el uso casi “indiscriminado” del término “mediación”, refiriéndose a intervenciones en ocasiones realizadas por quienes no tienen una formación específica, lo que lleva a las personas a la creencia de haber transitado la misma y la desechan como segunda posibilidad. En tal sentido considero que debemos distinguir entre: APLICAR HERRAMIENTAS de la mediación y TRANSITARLA.

APLICAR LAS HERRAMIENTAS DE MEDIACIÓN que implica utilizar los recursos que nos brinda la negociación, mediación y conciliación (escucha, parafraseo, preguntas, detección de los intereses, etc..) en el trabajo cotidiano. En este campo ellos nos abren nuevas formas de entender los conflictos y pensar posibles estrategias de gestión.

TRANSITAR LA MEDIACIÓN se refiere a un proceso propiamente dicho dirigido por un mediador formado para ello.

Las resistencias a la mediación.

Cuando hablamos de estos temas aún existen resistencias entre colegas y jueces y considero que muchas de ellas provienen de los discursos que los propios mediadores hemos construido. Pensaba cuántas veces hemos escuchado frases tales como: “La culpa de la alta litigiosidad la tienen los abogados”, “Los abogados sólo quieren el litigio”, “La justicia no sirve”, “la mediación disminuirá las causas ante la justicia”.

Aquí cabe la reflexión que no podemos justificar la necesidad de una ins-

³ Ley de Arbitraje y Mediación N° 1879/2002, art. 65.

titución endilgando culpas a los abogados o la justicia. Durante años los abogados hemos usado la herramienta que nos han enseñado y hecho hincapié en la facultad: el procedimiento judicial. Las formaciones tradicionales de nuestras universidades se centraban en el proceso como forma de dirimir las diferencias. Afortunadamente hoy ya forma parte de la currícula de grado los temas relacionados con los métodos alternativos/ade cuados de resolución de conflictos.

Así también, tampoco es válido el argumento que la Justicia no sirve, los jueces seguirán siendo necesarios para aquellas causas que su intervención sea indispensable y en las que las partes no puedan encontrar ellas mismas un camino para solucionarlas y... si ello permite “descongestionar” la justicia... bienvenido sea.

El rol del abogado frente a los conflictos.

Cuando un caso llega a nuestro estudio buscamos subsumir la cuestión en las normas, traducir esa cuestión (daño, dolor, reconocimiento) en un reclamo, lo que deja fuera el aspecto humano del conflicto, el sufrimiento que ello produce en quienes lo padecen.

En una ocasión una cliente me contaba su caso, y, al terminar, inmediatamente- tal como hacemos habitualmente- le dije... “Acá Ud. tiene derecho a iniciar un juicio solicitando una reparación”, a lo que me contestó: “Yo sólo quiero una disculpa”, lo que me llevó a pensar que en ocasiones las respuestas que podemos dar desde el derecho no satisfacen plenamente los intereses de las partes.

Esto nos lleva a pensar que detrás de todo conflicto jurídico hay un conflicto HUMANO que lo trasciende y que, cuando una persona llega a nuestro estudio, busca alivio a su sufrimiento o dolor, así como lo hacemos muchas veces con el médico – cuando lo consultamos buscamos que nos alivie el dolor o la enfermedad lo más rápido posible y al menor costo.

Así también, nos lleva a pensar en aquellos casos donde aun obteniendo una sentencia favorable, no satisface a las partes ya sea por el tiempo transcurrido, los trámites de ejecución o consecuencias sobre la relación.

Creo que en estos momentos debemos tener una nueva mirada del rol del abogado como operadores de conflictos, lo que nos lleva a la necesidad de ampliar nuestra caja de recursos y conocer sobre las diferentes formas de abordaje de conflictos, analizándolos a fin de definir la estrategia más adecuada al momento de intervenir, buscando soluciones más efectivas para nuestros clientes y, a la par, dejando los tribunales para aquellos casos que lo ameriten.

Los límites de la mediación.

Del mismo modo, se hace necesario reconocer cuáles son los límites de

la mediación, cuándo recomendarla o no. El principio es que todo lo que puede ser objeto de transacción podría ser mediable. Igualmente, se sostiene que sería apropiada cuando se busca preservar las relaciones más allá del conflicto, existen intereses comunes, las partes buscan formas de encontrar una solución más rápida. Por ejemplo: situaciones familiares (separaciones, división de bienes, plan de parentalidad, alimentos, sucesiones, empresas de familia), cuestiones con proveedores habituales.

En cuanto a los límites, a los que pueden darse en las legislaciones en particular, cuestiones en las que sea necesaria la intervención del juez, orden público o cuestiones de violencia se pueden sumar aquellos propios de las partes del conflicto como ser la intensidad en el conflicto o el vínculo o cuando pretendan probar la verdad de los hechos u obtener como resultado algún castigo. Hoy encontramos que las legislaciones permiten aún la mediación en ciertos casos penales, desde una mirada de las prácticas restaurativas.

El rol de los abogados en la mediación

Frente a todo esto surge la pregunta si ahora los abogados debemos ser mediadores o nuestro trabajo se verá afectado por ella. Definitivamente no todos los abogados ahora deberán “ser mediadores”, ni todos los mediadores son abogados. Sí consideramos necesario **conocer** sobre los diferentes métodos RAD.

“**Conocer**” sobre mediación implica tener herramientas para poder evaluar si un caso es mediable o no a fin de asesorar sobre su conveniencia ANTES; y si se determina que es conveniente una mediación, “durante” la misma acompañar a las partes participando directamente a las reuniones. Ahora bien, nuestro trabajo en la mediación difiere del proceso judicial ya que los protagonistas son las partes y nosotros estamos para asesorarlas desde lo jurídico.

Un error frecuente en las audiencias de mediación es la de querer negar todo lo que la otra parte plantea como su fuera la negativa que hacemos al contestar una demanda o nos queremos centrar en las pruebas. Sin embargo, en ella no trabajamos desde las verdades de las partes, en las que no se presentan pruebas como en el proceso judicial. Por otra parte, por la confidencialidad, nada de lo que se dice en mediación puede ser utilizado en un posible juicio posterior en caso de no llegar a un acuerdo.

Una vez concluida la misma se abre un nuevo lugar para el profesional del derecho participando en la redacción y confección en detalle los acuerdos, revisando los mismos, solicitando en su caso, la homologación judicial o la ejecución de los mismos si no se cumplieran, así como continuar con las cuestiones pendientes que requieran ser resueltas por los tribunales o los caminos legales existentes si no se llegara a un acuerdo.

Esto nos abre las posibilidades como profesionales de brindar a nuestros

clientes una solución más rápida, con un cliente satisfecho, contar con un acuerdo con mayores posibilidades de cumplimiento (especialmente en temas de familia, cobro de pesos, etc.), descongestionar el estudio para ocuparnos de casos que realmente lo requieran (¿cuánto tiempo nos llevan los recursos e incidentes que sólo dilatan el proceso?)

Conclusión

A manera de conclusión podemos señalar que los métodos RAD se presentan como una posibilidad de ampliar la caja de herramientas y estrategias dentro del ejercicio profesional. Que ellos no excluyen el proceso tradicional, sino que lo liberan para aquellos casos que realmente ameriten una intervención del juez.

La realidad de nuestros despachos hoy nos lleva a la necesidad de contar con herramientas para analizar los casos de nuestros clientes desde una mirada humana, intentando comprender las necesidades que subyacen muchas veces a un pedido concreto.

Para ello se requiere una nueva escucha, identificación de intereses, evaluación de posibles necesidades, herramientas que nos proveen los procesos RAD. Los profesionales del campo de la abogacía tenemos en la mediación un rol importante antes, durante y después. No se trata de buscar falsos antagonismos sino de pensar qué pueden aportar estos métodos a nuestro trabajo cotidiano, pensando en una nueva mirada del trabajo profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aréchaga Patricia, Brandoni Florencia, Finkelstein Andrea, *Acerca de la Clínica de la Mediación. Relato de Casos.* (Buenos Aires, Argentina: Librería Histórica, 2004), 25.
- Ley de Arbitraje y Mediación N° 1879/2002, art. 65.
- Daniel Martínez Zampa, "DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE MEDIACIÓN?". *Todo sobre mediación*, 06 de marzo, 2023. <https://todosobremediacion.com.ar/de-que-hablamos-cuando-hablamos-de-mediacion/>.

NOCIONES GENERALES DEL ARBITRAJE: EL JUICIO PRIVADO*

Gianella Colman¹

“Atena, - (...) Yo voy a escoger los jueces entre los ciudadanos más dignos y volveré con ellos. Ellos juzgarán el caso con conocimiento de causa, y emitirán su fallo fieles a la ley de su conciencia”.

Esquilo. Las Euménides.²

RESUMEN: El propósito de este trabajo es abordar las nociones generales del medio alternativo de solución de conflictos más frecuentado y debatido actualmente: el arbitraje. Primeramente, se inicia con una breve introducción de los orígenes y el concepto de arbitraje. Seguidamente, se explorará las cuestiones que pueden someterse a arbitraje y las disposiciones normativas en el país de este método de resolución de controversias. También, se señalará nociones sobre el fin de la discusión: el laudo arbitral. Finalmente, se abordará sobre su importancia en el planteamiento y aplicación de este en los vínculos contractuales de los particulares, para salvaguardar los intereses de los que desean solucionar sus divergencias mediante esta herramienta. En consecuencia, el lector se adentrará en un panorama general sobre el arbitraje, y, descubrirá la importancia de la utilización de esta vía para someter la resolución de las controversias emergidas de sus relaciones jurídicas para, siempre que sea posible, evitar caer en un proceso moroso y estresante ante el Poder Judicial de Paraguay.

PALABRAS CLAVES: arbitraje, controversias, Paraguay, Poder Judicial.

ABSTRACT: The main purpose of this article is to provide a general overview of the most widely used and currently debated method of alternative dispute resolution: arbitration. Firstly, it begins with a brief introduction to the concept of arbitration and its roots. Subsequently, matters that can be submitted to arbitration as well as the legal regulation of this dispute-resolution mechanism in Paraguay are exposed. Furthermore, notions about the end of the discussion will be pointed out: the arbitration award. Lastly, the importance of arbitration regarding its layout and its use in individual contractual relationships, in order individuals to preserve the interests of those who submit their disputes to arbitration are approached. Consequently, the reader will get a general outline over arbitration and will discover the importance of choosing to submit to this method any resolution arising from their legal relationships in order to avoid falling into a lengthy and stressful process before the Paraguayan Judiciary as far as possible.

KEYWORDS: arbitration, disputes, Paraguay, Judicial Authority.

¹ Estudiante de sexto año de la carrera de derecho de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Paralegal en FERRERE, en el Departamento Laboral y Migratorio.

² Citado en Mario Castillo Freyre, Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia. Vol. I., (Lima, Perú: Editorial Palestra, 2007).

Breve Introducción

El propósito de este trabajo es el estudio de los conceptos generales del arbitraje – uno de los medios de solución de controversias más conocidos en la actualidad – para fomentar la aplicación y utilización de esta alternativa viable y segura para resolver los conflictos – siempre que sea posible y se ajuste a los requisitos impuestos – y dirimir las disputas mediante este instrumento.

El arbitraje es conocido como el juicio privado para algunos autores, ya que es la forma para solucionar los asuntos controvertidos que emergen de una relación jurídica, sin acudir al Poder Judicial. Para que se active este mecanismo de resolución de conflictos, debe mediar un contrato escrito entre las partes donde las mismas acuerden que en caso de que surgieren inconvenientes del vínculo contractual, someterán a un tercero para que administre la justicia permitida. De esta forma, ventilan sus cuestiones sometiéndolas a la actuación de los árbitros y a una decisión que será finalmente impuesta de carácter obligatorio para las partes.

Bien es conocido que los tribunales, actualmente, se encuentran abarrotados por personas que solicitan la conclusión de sus disputas, y los funcionarios del Poder Judicial se encuentran con sobrecarga laboral – por ello, las controversias que se encuentran sometidas a los juzgados no son dirimidas en tiempo, forma y plazo estimados.

Otro rasgo característico y no menos importante sobre esta cuestión, es la corrupción que impera en esta institución. Lastimosamente, al ingresar un problema en los tribunales, no se tiene una garantía de que realmente la divergencia será concluida de manera leal y honesta. Sin embargo, la idea de obtener un resultado correcto e íntegro, sin considerar al proceso una insoportable carga, no está tan lejos como parece. Si bien existía la creencia de antaño de que solamente el Poder Judicial puede asegurar una expedita administración de justicia, hoy en día, existen nuevos paradigmas que llegaron para asentarse y asegurar la tranquilidad de aquellos que precisan que sus divergencias sean solucionadas de manera rápida, eficaz y satisfactoria.

En esta línea de entendimiento, el arbitraje otorga a las personas la oportunidad de acceder a un resultado pronto y justo, luego de un proceso breve, sin concurrir a los desgastes físicos, mentales y emocionales causados por el mal funcionamiento del sistema judicial. En este trabajo, se busca que el lector comprenda los alcances básicos que se desprende de la buena y correcta utilización del arbitraje, considerado hoy en día como una idea innovadora, sugerente y poderosa para la reforma de la justicia.

Orígenes del Arbitraje.

El arbitraje cobra protagonismo desde las inscripciones babilónicas³. En los

³ George Muller Stadt, Historia del derecho internacional público, trad. Del alemán por Francisco F. Jardón Santa Eulalia, ed.

relatos bíblicos y las Leyes de Partidas expresaban: “*Contiendas tienen entre sí los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores, y la carta de avenencia llámenla compromiso*”.

Luego, la Ley del Talión se concentró en la utilización desmedida de la fuerza, y, posteriormente, añaden la autocomposición y la heterocomposición para poder abarcar los intereses de la controversia suscitada entre las partes. En este tenor, la heterocomposición se resalta de este avance, en el sentido de que nace el proceso judicial como hoy lo entendemos ⁴, así como también surge la oportunidad de asignar a un tercero diferente de la persona propiciada por el Estado (el juez) para dirimir el conflicto planteado.

Así también, en el Derecho Romano, se contempló al arbitraje como un sistema organizado para impartir solución pacífica a las controversias surgidas entre familiares o entre familias, mediante la decisión de terceros imparciales, los cuales, una vez conocidas las causas del conflicto, decían la última palabra.⁵

En este sentido, surgió como consecuencia de la necesidad imperante de las personas que tenían de que un tercero solucione sus controversias. Por ello, las partes intervinientes elegían un tercero imparcial investido de *auctoritas*, a fin de que tome una decisión que sería obedecida por los sujetos involucrados.

Aproximaciones al concepto de “Arbitraje”.

El arbitraje proviene de la siguiente etimología: *adbiter*, formada por la proposición *ad-* y *arbiter*, que significa “tercero que se dirige a dos litigantes para entender su controversia.”⁶

Ante todo, se infiere que es una institución práctica que sirve para mitigar y descongestionar la sobrecarga laboral de los juzgados y tribunales, a los efectos de dar la oportunidad a los particulares que sometan su controversia de manera voluntaria, para que un tercero la sustancie.

Su base se sitúa en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado «convenio arbitral», confían la solución de un litigio a un tercero imparcial (árbitro) elegido, directa o indirectamente por ellas mismas. El arbitraje, se basa en el derecho de defensa de las partes y en el principio de igualdad. Las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes.⁷

Aguilar, Madrid, 1961, p. 22. También: Humberto Briseño Sierra, Arbitraje nacional e internacional, en Ponencias Generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rosario, 1983, p. 27.

⁴ Osvaldo Alfredo Gozaíni, Derecho Procesal Civil, t. Teoría general del derecho procesal (vol. 1). (Buenos Aires, Argentina: ed. Ediar, 1992) capítulo III.

⁵ Fernando Vargas, “Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil”. (tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, 1964), 16.

⁶ Osvaldo Alfredo Gozaíni, Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos. (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1995) 115.

⁷ Mario Castillo Freyre, Diccionario Terminológico del Arbitraje Comercial e Internacional (Lima, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012), 94.

Dicho, en otros términos, el origen del convenio es la autonomía de la voluntad, entendida como “*aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades*”⁸.

Las personas que desean solucionar su conflicto mediante este mecanismo lo hacen con el interés de no someter el mismo a los tribunales judiciales e invertir a uno o más terceros denominados “árbitros” (*Árbitro es la persona encargada de dirimir una controversia jurídica o litigio entre dos o más personas que deciden nombrarle tercero independiente encargado de resolver el conflicto. El árbitro, a su vez, se verá limitado por lo pactado entre las partes para dictar el laudo arbitral. Deberá hacerlo conforme a la legislación que hayan elegido las partes, o incluso basándose en la simple equidad, si así se ha pactado.*)⁹ imparciales (*falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud.*)¹⁰ con la autoridad para decidir sobre la divergencia.

En consecuencia y en vista de lo referido, el convenio de arbitraje es un acto jurídicamente complejo que se configura inicialmente como un contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales; por consiguiente, entraña una naturaleza híbrida, integrada por elementos dispares de no menor dispar eficacia.¹¹

Por ende, las partes intervinientes, bajo su propia voluntad, acuerdan en el marco de una serie de reglas y requerimientos, que sus intereses sean sometidos a arbitraje. En este acuerdo, se pacta un número de cláusulas, plazos y condiciones para determinar la clase de arbitraje que se desarrollará, a la luz de las exigencias que expresa la ley. Se determina, además, las formas de designación de los árbitros, las facultades especiales de éstos, la renuncia expresa a la apelación o anulación de ésta, así como las garantías y requisitos para solicitar la anulación del laudo, el plazo en que debe ser dictado, entre otras cuestiones.

El requisito donde parte el acuerdo arbitral es la voluntad de las partes. Es fruto de ella, y se materializa cuando ejercen su facultad de convenir – gracias a la autonomía de la voluntad – a adicionar la cláusula arbitral en sus contratos. Esto, conjetura una presunción de que la intención común de las partes ha sido establecer esta vía y proporcionar un camino alternativo eficaz y seguro, para que, en caso de que surjan divergencias del vínculo contractual, puedan resolver bajo este mecanismo que han pactado.

Cuando las partes voluntariamente suscriben la cláusula arbitral en su texto contractual son plenamente conscientes de que reconocen el poder y la competencia para otorgarle a un particular, un tercero, de la decisión que tomará para resolver un eventual conflicto que pudiere surgir de esta relación. Por ende, hacen renuncia expresa a la posibilidad de que el Estado será el encargado de

⁸ Fernando de Castro, *El negocio jurídico* (Madrid, España: Editorial Civitas, 1967), 12.

⁹ Mario Castillo Freyre, *Diccionario Terminológico del Arbitraje Comercial e Internacional* (Lima, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012) 269.

¹⁰ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. (España, Madrid: vigésima segunda edición, tomo 6, 2001), 848.

¹¹ E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. (Madrid, España: 1997), 28 y 44-46.

decidir, es decir, disponen no hacer uso del aparato de justicia estatal mediante los jueces o magistrados.

En síntesis, la esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.¹² Sin embargo, es importante traer a colación que el referido principio de libertad está limitado en tanto y en cuanto el objeto a arbitrar no se encuentre dentro de las restricciones establecidas por ley.

Cuestiones que pueden someterse a arbitrar.

Según el artículo 2° de la Ley N°1.879 “De Arbitraje y Mediación” se desprende lo siguiente: *“Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público. El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado.”*

De lo referido se infiere que, existe arbitrabilidad (Arbitrabilidad es la susceptibilidad del objeto de las pretensiones de las partes de ser resuelto en un arbitraje)¹³ siempre y cuando sea una controversia con objeto de contenido patrimonial y transigible, y que no existiese una sentencia definitiva y estuviese firme y ejecutoriada. También, se destaca la expresa prohibición sobre las cuestiones en las cuales participa el Ministerio Público, es decir, que afecta el orden público.

A partir de dicha disposición legal, se comprende las materias arbitrales, y las que no deben ser sometidas a este mecanismo por su propio interés, como las de orden social público, a ser, las referentes a la familia, niñez, entre otras cuestiones. Por otro lado, en materia penal tampoco es posible sugerir un arbitraje para pactar de que en caso de incurrirse en un hecho punible sean los árbitros quienes decidan, empero, es posible que los daños y perjuicios emergentes del hecho punible sean sometidos a un tercero en un proceso arbitral, lo cual, para nada contradice lo sustentado ya que legalmente se ha establecido que de un hecho punible emergen dos tipos de acciones, una penal y una civil emergente de la primera.¹⁴

Para concluir el planteamiento, se declaran también inarbitrables todas las cuestiones sobre las que hubiesen recaído resolución judicial firme y definitiva, es decir, dicha resolución tiene calidad de cosa juzgada material.¹⁵

¹² Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1995) 126.

¹³ Mario Castillo Freyre, *Diccionario Terminológico del Arbitraje Comercial e Internacional* (Lima, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012), 86.

¹⁴ Dora M., “Materias sometidas a arbitraje.” *Revista Boliviana de Derecho*, no. 3 (2007):81-102. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539903006>.

¹⁵ *Ibid.*

Disposiciones normativas.

Es importante acotar que, si bien las partes determinan la decisión de renunciar a la posibilidad de someter sus controversias a los tribunales de la justicia estatal, esto no conlleva la privación de las garantías contempladas en la Constitución Nacional – en esencia, el artículo 248¹⁶ de la Constitución Nacional, donde se hace mención expresa a la posibilidad de la aplicación del arbitraje como un mecanismo válido para solucionar los conflictos que emergen de las relaciones jurídicas (privadas) de los particulares.

A lo largo del texto de la carta magna del Paraguay se desprenden disposiciones que, amparan la utilización del arbitraje – no en la mayoría referido de manera expresa, ya que este mecanismo forma parte del conjunto de métodos alternativos de resolución de disputas.

Primeramente, en el artículo 47 de la Constitución Nacional¹⁷ se contempla la imperante necesidad de que todos los ciudadanos paraguayos y habitantes de la república, tengan la posibilidad de un acceso justo y eficaz a la justicia, en pie de igualdad y que en caso de que existan obstáculos o trabas que impidieren lo mencionado, el Estado será el responsable de destruir o eliminar todo aquello que impida la igualdad de oportunidades para dirimir sus contiendas y llegar a la justicia anhelada.

El referido artículo expresa la importancia de que exista para los ciudadanos, una administración de justicia expedita, pronta, honesta y satisfactoria. No obstante a lo que reza la carta magna, vemos a diario *“diligencias interminables, juicios casi infinitos, una vida de litigios llevados con ignorancia, estupidez, malicia y venalidad de la inmensa mayoría de aquellos que constitucionalmente están llamados a representar al pueblo a la hora de hacer cumplir las leyes y determinar quién tiene derecho y quién no en un conflicto”*.¹⁸

Todas estas observaciones se relacionan también con el artículo 247¹⁹ del mismo texto jurídico, en el cual, se observa que el Poder Judicial es el encargado de cumplir y hacer cumplir la justicia. En contraste a lo consagrado, bien se sabe que no todo se realiza tal y como se encuentra establecido. Sin embargo, este mecanismo ingresa para demostrar que es un instrumento valioso para formular

¹⁶ “Art. 248. Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativas. (negrita propia) Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley.”

¹⁷ Art. 47. De las garantías de la igualdad. El Estado garantizará a todos los habitantes de la República: 1) la igualdad para el acceso a la justicia, a cuyo efecto allanará los obstáculos que la impidiesen; 2) la igualdad ante las leyes..”

¹⁸ Mario Castillo Freyre, Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia. Vol. I., (Lima, Perú: Editorial Palestra, 2007), 18.

¹⁹ Art. 247. De la función y de la composición. El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley.

soluciones a los sujetos involucrados en un conflicto derivado de una relación jurídica y para reformar la morosa justicia.

Con referencia a la Ley N°1.879/02 “De Mediación y Arbitraje”, establece los delineamientos jurídicos de estos procesos. En primer lugar, el artículo 1^o²⁰, establece el ámbito de aplicación de la norma, en el artículo 2^o²¹ reza sobre el objeto de arbitraje. Luego, en el artículo 34²² sobre la transacción y el acuerdo conciliatorio.

Como resultado, cabe recalcar que el arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de la justicia²³. Conviene subrayar que, dicha decisión se origina en la voluntad de las partes, y así pactan que someterán su conflicto a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva de unas personas (árbitros) que los asisten y colaboran en sus procesos, frente a una normativa que establece y cuida que los intereses aclamados por las partes en el procedimiento y concluyan de manera satisfactoria y se dé por terminado el proceso arbitral.

Nociones sobre el fin de la discusión: el laudo arbitral.

En lo que toca a una definición propiamente del laudo, ni el Convenio de Nueva York, ni la Ley Modelo UNCITRAL – textos jurídicos importantes en materia de arbitraje, ni la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje se define al laudo.

El laudo es una decisión de los árbitros²⁴. En esencia, es lo que pone fin al proceso. En este sentido, es la decisión que toman en cuanto a la cuestión planteada, al objeto de disputa, al fondo del objeto arbitrable.

Las partes, originan el convenio arbitral desde su compromiso voluntario a someter la controversia a éste. En el convenio que realizan, pueden optar por una modalidad procedimental – la cual obliga a los árbitros a seguirle. Si bien existe la tipología de los laudos (laudo final; laudo parcial; laudo interlocutorio o provisional; laudo en rebeldía; y laudo por acuerdo de las partes), en el presente trabajo sólo se abordará sobre el laudo final.

²⁰ “Art. 1°. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará al arbitraje privado, nacional e internacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados suscritos y ratificados por la República del Paraguay.”

²¹ “Art. 2°. Objeto de arbitraje. Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público. El Estado, las entidades descentralizadas, las autárquicas y las empresas públicas, así como las Municipalidades, podrán someter al arbitraje sus diferencias con los particulares, sean nacionales o extranjeros, siempre que surjan de actos jurídicos o contratos regidos por el derecho privado”.

²² “Art. 34. Transacción y acuerdo conciliatorio. Si durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción o a un acuerdo conciliatorio que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará un laudo o sentencia arbitral, en el que los homologará. El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio. Las transacciones y acuerdos conciliatorios homologados por un tribunal arbitral tendrán autoridad de cosa juzgada.”

²³ Mario Castillo Freyre, Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia. Vol. I., (Lima, Perú: Editorial Palestra, 2007), 49.

²⁴ Mario Castillo Freyre, Diccionario Terminológico del Arbitraje Comercial e Internacional (Lima, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012), 700.

Este es entendido como la decisión final que pone fin al procedimiento arbitral, resolviendo la cuestión de la materia, y dictando una decisión de forma definitiva. El árbitro o los árbitros designados, luego del proceso convenido, dictan el laudo sobre el fondo del asunto y produce los efectos de cosa juzgada, así como también constituye un título ejecutivo.

El acto final practicado por los árbitros es dirimir el conflicto, en el cual debe comprender todas las cuestiones propuestas y sometidas por las partes a su análisis y resolución. Llegada a la recta final, emitido el laudo, ya no hay obligaciones por cumplir por parte de los árbitros. Es el instrumento jurídico por el cual se expresa de manera definitiva la decisión de los árbitros sobre la controversia sometida, los derechos cuestionados y la materia objeto de arbitraje. Cierra un ciclo jurídico en el que por la vía privada se ha buscado la solución pacífica de un conflicto de intereses²⁵.

Importancia de la utilización del arbitraje.

Teniendo en cuenta los resultados del sistema judicial actual – que demuestran importantes errores, se debe acudir a una alternativa que brinde seguridad jurídica y configure una respuesta real a los enésimos fracasos que han sido producidos por la sobrecarga laboral y la corrupción imperante en el Poder Judicial.

Hoy en día nadie escapa de la crisis que sufre el sistema judicial. Si bien la intención y el objetivo que quiere lograrse al suscribir un contrato es su cumplimiento real y efectivo, hay que tener en consideración las posibles situaciones contrarias que pudieren surgir a partir de un conflicto de intereses entre las partes intervinientes.

Hoy debe apreciarse y reconocerse al arbitraje como un medio alternativo en las situaciones que, según la ley lo admita, sea el mecanismo adecuado para resolver la disputa. Resulta mucho más favorable para los sujetos involucrados someter a arbitraje su controversia antes de que al sistema judicial, por el simple hecho que bien se conoce hoy: existen altas posibilidades de obtener un resultado desalentador, luego de un proceso largo, excesivamente oneroso y probablemente, negativo.

De manera puntual, es importante resaltar que se debe utilizar de buena manera al arbitraje. Este mecanismo, se erige como herramienta en la auténtica consolidación de un desarrollo y avance en la resolución alternativa de disputas.

Para observar los beneficios y los objetivos trazados por los movimientos de R.A.D., entre ellos se encuentran los siguientes, tal como lo enseñan Sander, Goldberg y Green²⁶:

- Mitigar la congestión de los tribunales, así como también reducir el costo

²⁵ Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez, Kunze. Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia. (vol. I) (Lima, Perú: Biblioteca Nacional del Perú n.º:2006-10393), 239

²⁶ Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, Mediación para resolver conflictos, (Buenos aires, Argentina: editorial AdHoc, 2013), 26 y ss.

y la demora en la resolución de los conflictos;

- Incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos;
- Facilitar el acceso a la justicia;
- Suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas.

Estos beneficios son convenientes para los ciudadanos paraguayos. Por ello es por lo que, se debe fomentar la enseñanza y el interés por los instrumentos alternativos para resolver controversias, descongestionar el Poder Judicial y empezar a utilizar estos medios o vías para tener más oportunidades de ser partícipe de un proceso pronto y justo.

Implementar cláusulas arbitrales en los contratos constituye un importante progreso para construir una nueva sociedad. Es el paso necesario que deben tomar las personas para poder observar un cambio significativo en la reforma de la justicia.

Conclusión

El propósito de este trabajo es dar un panorama amplio de los conceptos básicos del arbitraje al lector. Si bien existen muchas más cuestiones que configuran temas importantes dentro del arbitraje, es recomendable que se inicie por los rasgos más generales e ir implantando así el interés de la comunidad jurídica en conocer el procedimiento arbitral y todo lo que implica de la mano de los autores e investigadores en la materia.

Es fundamental concluir con la idea de que es una herramienta valiosa para las controversias que emergen de las relaciones jurídicas para poder colaborar con la mitigación de la congestión de los tribunales y juzgados del Poder Judicial, así como también obtener beneficios a la hora de acceder a una administración de justicia pronta y eficaz.

En miras de la necesidad de reducir la onerosidad que conlleva los procesos de solución de conflictos ante el sistema judicial; de ser partícipes de un proceso sin demoras, desgastes físicos y emocionales; así como de desarrollar una estrategia para dirimir conflictos; es necesario acudir al arbitraje.

Considero que la implementación del arbitraje en los vínculos jurídicos es altamente efectiva y beneficiosa para las partes intervinientes. Al ser dirigido por expertos, como en nuestro país, se asegura la resolución de controversias de manera satisfactoria y segura, y por, sobre todo, célere y eficiente.

Mantengo firme la postura de que configura la alternativa viable para nuestros días. Al permitir que las partes concuerden conforme a sus necesidades, el procedimiento se estructure eficientemente – atendiendo oportunamente los intereses de las partes intervinientes, con garantía en la ejecución, acordando

distintos aspectos del proceso, cuidando los factores confidenciales de las disputas, también se asegura la resolución justa de los expertos en la materia – los árbitros.

BIBLIOGRAFÍA

- Castillo Freyre, Mario. 2007. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. Vol. I. Lima, Perú: Editorial Palestra.
- Castillo Freyre, Mario. 2012. *Diccionario Terminológico del Arbitraje Comercial e Internacional*. Lima, Perú: Estudio Mario Castillo Freyre
- Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992.
- Briseño Sierra, Humberto. 1983. *Arbitraje nacional e internacional*, en *Ponencias Generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Rosario, Argentina
- De Castro, Fernando. 1967. *El negocio jurídico*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Dora M., "Materias sometidas a arbitraje." *Revista Boliviana de Derecho*, no. 3 (2007):81-102. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539903006>
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. 1992. *Derecho Procesal Civil. Teoría general del derecho procesal (vol. 1)*. Buenos Aires, Argentina: ed. Ediar.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. 1995. *Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Highton, Elena I. y Gladys S. Álvarez. 2013. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Argentina: editorial AdHoc.
- Iriberry, E. Artuch. 1997. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid, España.
- Muller Stadt, George. 1961. *Historia del derecho internacional público*, trad. Del alemán por Francisco F. Jardón Santa Eulalia. Madrid, España: ed. Aguilar.
- Real Academia Española. 2001. *Diccionario de la Lengua Española*. España, Madrid: vigésima segunda edición.
- Vargas, Fernando. 1964. "Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil" (tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Ley N°1.879/02 "De Mediación y Arbitraje".

LOS MASC, UNA ALTERNATIVA EFECTIVA PARA LA SITUACIÓN DE LA JUSTICIA ACTUAL Y LA MEDIACIÓN COMO UNA SOLUCIÓN INMEDIATA

Fiorella Arrúa Largo¹

“En un conflicto, la mejor victoria es aquella en la que ganan todos” – Salomón.

RESUMEN: Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) se presentan en la actualidad como una alternativa a la justicia actual, monótona y tradicional, un poco desfasada en el tiempo para ciertos procesos, con algunos jueces que con el pasar del tiempo perdieron su credibilidad y por qué no decir con procesos que terminan afectando al actor y demandado, víctima o victimario, querellante y querrellado de una forma no beneficiosa. Desde mi punto de vista, si se implementaran de manera obligatoria para los procesos privados, se solucionarían muchas controversias de manera más rápida, los particulares saldrían beneficiados económicamente y la resolución se basaría específicamente atendiendo a los intereses. El particular, a la larga termina con más problemas al iniciar un proceso judicial, por todo lo que este implica, que no habiendo iniciado uno. Además, mirando desde el punto de vista del Poder Judicial, los Medios Alternativos podrían funcionar como filtro para que a este lleguen sólo los casos que no pueden ser resueltos por la negociación entre las partes, mediadores, conciliadores o en muchos casos árbitros. Mantienen también la cuestión más privada, por eso, estos medios son utilizados normalmente por empresas que no quieren dañar o ensuciar su reputación o nombre y por particulares que prefieren solucionar los conflictos de una manera más rápida y efectiva.

PALABRAS CLAVES. Alternativos- conflictos - litigios - negociación - mediación- conciliación - arbitraje - Poder Judicial- sistema.

ABSTRACT: The Alternative conflict resolution is currently presented as an alternative to the contemporary justice, monotonous and traditional, relatively outdated in time and even perhaps overwhelmed by the amount of cases that end up affecting the actor and defendant, victim or perpetrator, plaintiff and defendant in an unhelpful way. The processes are lengthened when they could have ended sooner if an alternative conflict resolution is used. From my point of view, if it were implemented on a mandatory basis for private processes, many disputes would be resolved more quickly, individuals would benefit economically and avoid greater conflicts or enlarge the problem with their counterparty. Our judicial system is currently saturated, with so many unfinished cases that cannot advance for human or procedural reasons: rigorous processes with deadlines to meet, lawyers who delay trials, high costs of fees, fees, procedures, etc. The individual, in the long run, ends up with more problems than when he initiated the judicial process, for all that this implies. In addition, looking from the point of view of the Judiciary, the Alternative Dispute Resolutions offers an aid to decongest the system, acting as a filter so that only cases that cannot be resolved by negotiation between the parties, mediators, conciliators, or in many cases arbitrators reach it. They also keep the issue much more private, so these media are usually used by companies that do not want to damage their reputation or name.

KEYWORDS: Alternative - conflicts - disputes - negotiation - mediation - conciliation- arbitration.

¹ Estudiante de 5to curso de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción". Secretaria de Comunicación y Mercadeo del CEDUC (2022-2023).

Breve introducción

Con el pasar del tiempo, se fueron buscando nuevas formas y maneras de resolver los conflictos entre las personas, formándose así, los denominados “*Medios Alternativos de Solución de Conflictos*” que tienen como principal objetivo ayudar a las personas con soluciones más rápidas, de una manera sana, menos conflictiva y más efectiva, descongestionando también como consecuencia el Poder Judicial, sirviendo como filtro para determinar los casos que sin remedio tienen que pasar por un proceso en tribunales, facilitando también el acceso a la justicia para todos.

Ahora bien, entendemos que estos medios son posibles de emplearse en situaciones en las que la ley no los prohíba y las partes estén de acuerdo, sea así incluyendo a una tercera persona como el mediador y conciliador, por sus propios medios en el caso de la negociación, o sometiendo la cuestión a árbitros.

Estos medios son aplicables a temas del derecho que abarquen cuestiones particulares, no así temas que comprendan cuestiones de orden público, que necesariamente tienen que ser interventores los órganos del estado, o los casos que estén especificados en los distintos códigos, que ya cuenten con procedimientos establecidos y que no sean posibles de otras alternativas.

Los MASC se clasifican en distintos métodos que vamos a exponer, todos compartiendo el mismo objetivo de encontrar soluciones rápidas, basándose en los principios de subsidiariedad, flexibilidad y simplicidad para los particulares.

Los MASC y sus objetivos

Tienen como objetivo principal mitigar la congestión de los tribunales, incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos y por sobre todo facilitar el acceso a la justicia, buscando de esta forma principalmente el bienestar pleno del particular que se encuentra en la disputa.²

Como dice el Manual de Mediación de la Corte Suprema de Justicia, estos medios se basan en el principio de subsidiariedad atendiendo a que “los conflictos deberán ser tratados, primero, al más bajo nivel, en la mayor medida posible en forma descentralizada, y luego, cuando sea absolutamente necesario, al más alto nivel. Si el sistema es la sociedad en su conjunto, el más alto nivel está en la administración de justicia. Allí se recibirá el conflicto después de haberse intentado otros métodos, salvo que intereses superiores así no lo señalen”.³

Por un lado, se encuentra un particular queriendo solucionar un conflicto y por otro, un sistema ahogado que no encuentra escapatoria para salir a flote,

² Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Manual de Mediación (Asunción, Paraguay: Corte Suprema de Justicia del Paraguay, 2007), 7.

³ Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Manual de Mediación (Asunción, Paraguay: Corte Suprema de Justicia del Paraguay, 2007), 6.

pudiendo implementar diversas alternativas para mitigar casos que no necesariamente tienen que llegar a estrados judiciales.

Tipos de medios

Negociación

Cómo MASC la negociación cumple un papel fundamental, dado que es una figura que vemos en nuestro día a día como algo habitual. Para que exista una negociación tienen que existir principalmente dos personas (como mínimo) con intereses contrapuestos que estén dispuestas a ceder cuestiones beneficiosas para cada uno, a fin de llegar a un punto medio de acuerdo pacífico y privado entre ellos.

En la negociación se destacan las siguientes características:

- Voluntariedad: las partes deben decidir voluntariamente someterse a la negociación.
- Flexibilidad: las partes pueden acordar lo que consideren necesario para lograr llegar a un acuerdo.
- Economía: al no incluir a terceros en la disputa, el principio de economía se remarca, las partes no tienen que pagar honorarios, ellos solos encuentran la salida al conflicto.
- Rapidez: teniendo en cuenta que los procesos judiciales pueden durar años, la negociación puede terminar en días o máximo semanas.⁴

Entonces, si el tiempo en nuestro día a día es clave ¿Por qué no disminuir las horas en una discusión y presentar una solución más rápida?

Conciliación

En segundo lugar, encontramos a la conciliación, este MASC es un mecanismo por el medio del cual un tercero, facilita la comunicación entre las partes, teniendo la potestad de formular propuestas con el objetivo de encontrar un punto de solución a la cuestión problemática. En la conciliación también la decisión pertenece a los involucrados, pero el conciliador puede realizar propuestas de posibles soluciones.

Características: un tercero que puede formular propuestas de soluciones, intereses contrapuestos y voluntad de las partes.

Mediación

La Ley N° 1879/02 de Arbitraje y Mediación en su Art. 53 define la Mediación como el mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador.⁵

⁴ Rodrigo Gómez Osuna, "El Proceso Judicial en crisis, la Negociación como alternativa", Revista Jurídica de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", N° 27 (2018): 605-617.

⁵ Ley N°1879/02

Podemos decir que, encontramos a la mediación como una segunda alternativa, se da cuando no se puede encontrar una solución únicamente entre las partes y se llega a un acuerdo de invitar a la discusión a una tercera persona⁶ neutral que actúa como mediador de la cuestión a fin de encontrar una solución amistosa. La decisión sigue siendo de las partes, el mediador se limita a escuchar.

“Es un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador.”⁷

Tiene una ventaja particular, las partes tienen la posibilidad de elegir al tercer mediador, por lo que mantiene la cuestión mucho más privada.

La mediación en Paraguay actualmente es uno de los MASC más utilizados, debido a que ciertos procesos empezaron a implementar las audiencias para que las partes primero intenten llegar a un acuerdo amistoso antes de seguir con el juicio.

Este método nace en América latina, específicamente en Paraguay, ya que tiene sus orígenes en la cultura guaraní que se caracterizaba por utilizar la persuasión como medio de solución de controversias, teniendo como último recurso la guerra. Los guaraníes practicaban la democracia con estos medios por medio del Ruvicha que hacía de Jefe ejecutivo.

En Latinoamérica, era un medio utilizado constantemente por nuestros antepasados para evitar las sangrientas guerras.⁸

Características: las partes, un tercero que se limita a escuchar (el tercero es elegido por las partes), intereses contrapuestos y voluntad de las partes.

Diferencias entre los tres métodos

La negociación no necesita de terceros, son las partes que por voluntad propia buscan solucionar el conflicto por sus propios medios. Ambas ceden partes de sus intereses y apuntan a llegar a un puerto seguro.

En la mediación sin embargo se invita a un tercero que es elegido de mutuo acuerdo por las partes para que sea el encargado de facilitar la comunicación, se limita a mediar y participar, pero no puede dar opiniones o brindar propuestas.

Sin embargo, en la conciliación a diferencia de la mediación, existe un tercero que se encarga de aparte de facilitar la comunicación, realizar propuestas

⁶ Rodrigo Gómez Osuna, “El Proceso Judicial en crisis, la Negociación como alternativa”, Revista Jurídica de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, N° 27 (2018): 605-617.

⁷ Horacio Antonio Pettit, Diccionario Jurídico, (Asunción, Paraguay: Intercontinental Editora, 2015), 233.

⁸ Corte Suprema de Justicia del Paraguay, Manual de Mediación (Asunción, Paraguay: Corte Suprema de Justicia del Paraguay, 2007), 11.

para llegar a solucionar el conflicto de una manera más rápida y efectiva.

A su vez estos medios, a diferencia de la tradicional disputa en tribunales, tienen beneficios en cuanto a la economía, el tiempo, privacidad de la cuestión y por sobre todo que las partes tienen control de la situación no arriesgándose de esta forma a llegar a un todo-nada que podría resultar de una disputa judicial.

Escuelas de mediación

A lo largo de la historia, se fueron desarrollando distintas escuelas que buscaron implementar la mediación de manera efectiva como un Medio Alternativo de Solución de Conflictos, con distintas características y enfoques cada una. Tres de las principales son: la escuela Tradicional-lineal de Harvard, que es representada por Ury y Fisher, la escuela Transformativa que es representada por Folger y Bush y la escuela circular narrativa, representada por Sara Cobb.

1. Escuela Tradicional- lineal de Harvard, representada por Ury y Fisher

Es lineal porque parte de la “causalidad lineal” del conflicto, pero no así de los aspectos relacionados a las partes. Se centra en el pacto inicial realizado por las partes, de donde partió o inició el conflicto. Su objetivo principal es encontrar un acuerdo.

Esta escuela proviene del Derecho y la Economía. Se caracteriza por prestar mucha atención a la comunicación verbal entre las partes y se enfoca en disminuir las diferencias y resaltar las semejanzas de las partes que se encuentran en la disputa.

Su objetivo es plantear semejanzas pasivas entre las partes, indagar sobre alternativas para implementar una solución, encontrar una comunicación acertada y manifestar soluciones que sean factibles atendiendo a la situación en que se encuentran.⁹

2. La escuela Transformativa, representada por Folger y Bush

A diferencia de la escuela Tradicional-lineal, la escuela transformativa se centra exclusivamente en la relación entre las partes, dejando de lado el pacto inicial o el fin de llegar a un acuerdo, aunque entendemos que es su objetivo final, pero sostiene que esto va a ser fruto o consecuencia de la nueva situación entre las partes.

No se enfoca en la resolución de conflictos, sino en la “transformación racional”. Su principal objetivo es modificar la relación entre las personas en con-

⁹ María del Castillo Falcón Caro, “Mediación: Las Escuelas Tradicionales y el Método Integrador”, (2014), consultado en fecha 30 de mayo, 2023, <https://www.castillofalcon.com/las-tres-escuelas-tradicionales-de-la-mediación-y-el-metodo-integrador/#->

troversia. Sostiene que, el cambio en la relación entre ellos es fundamental para el mejor manejo de las controversias.

Tiene características distintas a la escuela representada por Ury y Fisher, aumenta el protagonismo de las partes -“empowerment”-, reconoce la responsabilidad de las mismas, analiza el conflicto inherente al ser humano y se enfoca en transformar la situación. Esta escuela se fortalece en la hipótesis humanista en psicología.¹⁰

3. La escuela circular, representada por Sara Cobb

Podemos decir que la escuela circular es una especie de mezcla entre las encuestas expuestas anteriormente, se enfoca en la solución del conflicto como en la relación de las partes. Busca el intercambio de información entre ellos, y mediante eso encontrar un acuerdo. Esta teoría se utiliza mayormente en los acuerdos, ya que tiene como objetivo principal promover la reflexión, para mediante eso encontrar la solución adecuada. El Modelo se basa en tres principios fundamentales, como lo son: La coherencia, el cierre narrativo y la interdependencia narrativa.¹¹

La aplicación de los MASC en Paraguay

Podemos decir que, en nuestro país, los MASC nacen por una verdadera necesidad. La Mediación como alternativa se forma con la acordada de la CSJ N°198/00 por la cual se crea el servicio de mediación del Poder Judicial¹² y en 2002 se promulga la ley N°1879 de Arbitraje y Mediación, ambas abrieron las puertas a un mundo un poco desconocido para nuestro país, dejando al arbitrio de las personas los MASC para implementarlos en sus litigios.

En la actualidad, si bien algunos fueros plantean la mediación como una salida, no obligan a las partes a utilizarlas antes de llegar a estrados judiciales.

La ley N° 1879/02 especifica que los asuntos mediables podrán ser todos los que deriven de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica, o se vinculen a ella, siempre que dichos asuntos sean susceptibles de transacción, conciliación o arbitraje, en esto engloba a los fueros civil y comercial, laboral, incluso niñez y adolescencia (que en la actualidad se derivan siempre las cuestiones a mediación y depende de las partes acudir a la audiencia o renunciar) y penal, principalmente cuando se trate de cuestiones que abarque el patrimonio de los particulares.¹³

La audiencia de mediación se puede realizar en cualquier momento, incluso

¹⁰ La fábrica del mediador “El MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH Y FOLGER”, (2013), consultado en fecha 30 de mayo, 2023, <http://arojis.blogspot.com/2013/02/el-modelo-transformativo-de-bush-y.html>

¹¹ Christian Suarez Henriquez, “Modelo negociador narrativo: Modelos conjuntos de mediación”, consultado en fecha 30 de mayo, 2023. https://ipseds.ulpgc.es/IPSE-ds-Vol_10_2017/IPSE-ds-10-3.pdf

¹² Acordada N° 198/00, Corte Suprema de Justicia de la República del Paraguay.

¹³ Ley N° 1879/02.

luego de iniciada la demanda, siempre que no exista una Sentencia Definitiva ya dictada, cuando ésta implique cosa juzgada. Y el acuerdo de la mediación cuando sea homologado por el juez adquiere carácter de cosa juzgada, pero no obstante OBLIGA a las partes desde el momento que estas las suscriban con el mediador.

La Corte Suprema de Justicia pone a disposición de la ciudadanía la Dirección de Mediación, donde las partes podrán solicitar el servicio extrajudicialmente o los jueces podrán solicitar la misma en el marco de un juicio por medio de un auto interlocutorio. Esta oficina presta sus servicios para los casos que sean derivados por los juzgados adheridos al sistema de mediación en el marco de la voluntariedad de las partes involucradas.

En Paraguay, ¿Cuál es el fin de la mediación?

La ley N° 1879/02 define en su Art. 53 el fin inmediato de la mediación como “un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias”¹⁴. Por todo lo expuesto, podemos concluir que la mediación tiene su vista puesta en el futuro, se centra en las relaciones personales, busca reestructurar la relación, terminar con la fórmula ganador- ganador y brindar soluciones eficientes. Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, podrían funcionar como un mecanismo EFECTIVO e INMEDIATO para la situación de nuestra justicia actual.

¹⁴ Ley N° 1879/02

BIBLIOGRAFÍA

- Acordada N°198/00, Corte Suprema de Justicia de la República de Paraguay
- María del Castillo Falcón Caro, "Mediación: Las Escuelas Tradicionales y el Método Integrador", (2014), consultado en fecha 30 de mayo, 2023. <https://www.castillofalcon.com/las-tres-escuelas-tradicionales-de-la-mediación-y-el-metodo-integrador/#->
- Corte Suprema de Justicia del Paraguay. 2007. Manual de Mediación. Asunción, Paraguay: Corte Suprema de Justicia del Paraguay.
- Ley N° 1879/02
- Rodrigo Gómez Osuna, "El Proceso Judicial en crisis, la Negociación como alternativa", Revista Jurídica de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", N° 27 (2018): 605-617.
- Horacio Antonio Pettit, 2015. Diccionario Jurídico. Asunción, Paraguay: Intercontinental Editora.
- La fábrica del mediador "El MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH Y FOLGER", (2013), consultado en fecha 30 de mayo, 2023, <http://arojis.blogspot.com/2013/02/el-modelo-transformativo-de-bush-y.html>
- Christian Suarez Henríquez, Modelo negociador narrativo: Modelos conjuntos de mediación, consultado en fecha 30 de mayo, 2023. https://ipseds.ulpgc.es/IPSE-ds-Vol_10_2017/IPSE-ds-10-3.pdf



revistajurídica

DERECHO LABORAL



EL PANORAMA ACTUAL DE LA SEGURIDAD LABORAL EN PARAGUAY

Martín F. Argüello Cardozo¹

“Una máquina puede hacer el trabajo de 50 hombres corrientes. Pero no existe ninguna máquina que pueda hacer el trabajo de un hombre extraordinario” - Elbert G. Hubbard

RESUMEN: En el presente artículo el tema central será la “Seguridad Laboral en Paraguay”. Se define como: Conjunto de medidas y acciones destinadas a garantizar la integridad física, mental y social del trabajador, así como prevenir los riesgos laborales y proteger su salud en el entorno laboral. Una de las causas de los incumplimientos es simplemente el desconocimiento de la ley, aunque nadie puede alegarlo, esta es la realidad del país. Otra causa implica los costos de realizar todos los cambios y exigencias del Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social que, viendo desde un punto de vista económico, las multas del ente regulador son de menor costo que implementarlas. Otra problemática se evidencia con la falta de seguridad en varias empresas y la poca importancia que le dan los trabajadores a los protocolos de seguridad, que cada día van en aumento. Los controles del MTESS no son de los más rigurosos, entonces las empresas y/o entidades no están al día con las exigencias. Por lo tanto, es importante plasmar de forma integrada toda la normativa que gira en torno a esta cuestión facilitando una mayor comprensión de la misma. Es importante resaltar también, que en las últimas 9 ediciones de la revista jurídica solamente se escribió un artículo referente al derecho laboral, específicamente en la edición N° 21, por Matías Chaves Ayala en su obra “Teletrabajo en Paraguay: estado actual y perspectivas futuras”. Desde aquí se insta al lector a tomar interés en esta rama tan importante no solamente del derecho sino de la sociedad en su totalidad.

PALABRAS EN CLAVE: Seguridad Laboral; Riesgo Laboral; Sistema Nacional de Prevención De Riesgos Laborales; Código del Trabajo; Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTESS); Comisión Interna de Prevención de Accidentes (CIPA); Idiosincrasia.

ABSTRACT: The main theme of this investigation will be “Work Safety in Paraguay.” Work Safety can be defined as: a set of measures and actions with the purpose of guaranteeing the physical, mental, and social integrity of workers, as well as preventing work hazards and protecting their health in the work environment. One of the reasons for non-compliance is simply a lack of knowledge of the law, although no one can claim this, this is the reality present in the country. Another reason is the expense implied when implementing all the changes and demands by the Ministry that, from an economic POV, the fines by the authorities would be a lesser expense than the implementation of such. Another problem becomes evident with the lack of security in multiple enterprises and the little importance that workers give to the protocols of occupational safety. The controls done by the Ministry are not rigorous thus the enterprises and/or entities are not up to date with the demands. Therefore, it is important to reflect all the norms regarding this matter in an integral way, facilitating a better comprehension of it. It is also relevant to highlight that in the last 9 editions of this legal magazine only one article was written regarding labor law, specifically in the 21st issue by Matías Chaves Ayala in his work “Telecommuting in Paraguay: actual status and future perspectives.” From here it is urged to the readers of this issue to take an interest in this important branch not only of law but also of society.

¹ Estudiante de Segundo Año de la Carrera de Derecho “Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción”, Egresado del Colegio Internacional Promoción 2021, Diplomado Técnico en Salud y Seguridad Ocupacional, en curso. Procurador del Estudio Jurídico Irún & Villamayor Asesores Laborales de Empresas.

KEYWORDS: Work Safety; Work Hazard; National System for Prevention of Work Hazards; Labor Code; Ministry of Work, Labor, and Social Security (MTESS, for its acronym in Spanish); Internal Committee of Accident Prevention (CIPA, for its acronym in Spanish); Idiosyncrasy.

Seguridad Laboral

Las leyes de seguridad laboral están expuestas tanto en la constitución nacional, a lo largo del capítulo VIII de la misma; en el código del trabajo y está reglamentada en el Reglamento General técnico de Seguridad, Higiene y Medicina en el Trabajo, hacia donde se dirigirá el mayor enfoque de la investigación.

La Ley N° 5.804 establece el Sistema Nacional de Prevención de Riesgos Laborales la cual tiene como objeto reglamentar la aplicación de lo previsto en el código del trabajo relativo a la seguridad, higiene y comodidad, mediante la implementación del mismo sistema.

En este trabajo se pretende analizar e interpretar profundamente las normativas, leyes y regulaciones respecto a la seguridad laboral en el Paraguay para poder entender de donde surge esta problemática de incumplimientos a lo largo del país y, potencialmente, brindar soluciones a las mismas.

No todos los trabajos tienen el mismo nivel de riesgo, sin embargo, no existe riesgo ocupacional “cero” ya que los accidentes pueden ocurrir en cualquier momento y sin aviso, no obstante, se pueden prevenir.

La Real Academia Española define a la salud laboral como: “*Conjunto de disposiciones y elementos normativos relacionados con la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y, en general, con cuantos otros aspectos están implicados en la mejora de la seguridad y bienestar en el medio ambiente laboral*”².

Todos los ciudadanos merecen un trabajo digno, justo y remunerado, el trabajo es la base de una sociedad productiva, para conseguirla se deben de respetar y cumplir los códigos y leyes del trabajo estipulados en los ordenamientos jurídicos del país.

Normas reguladoras de la seguridad ocupacional

En el art. 86 de la Constitución Nacional estipula que: “*Todos los habitantes de la república tienen el derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas*”³. La última parte es en la que se realiza mayor acentuación y es de interés a este trabajo.

En el código del trabajo, sancionado por el congreso de la nación y según la Ley N° 213/1993, en el título V llamado “De la Seguridad, Higiene y Comodidad

² Real Academia Española. “Real Academia Española.” Consultado 22 de mayo, 2023 <https://dpej.rae.es>. s.f. <https://dpej.rae.es/lema/salud-laboral>

³ Constitución Nacional del Paraguay. 1992. (Asunción, Paraguay). Capítulo VIII sección 1, De los derechos laborales. Art. 86. “Del derecho al trabajo”. 18

en el Trabajo”, el mismo dispone en el **art. 272** que “El trabajador tiene derecho a una protección eficaz en materia de salud, seguridad e higiene en el trabajo.” Tiene total validez constitucional el presente artículo ya que coincide con el artículo constitucional presentado anteriormente.

Art. 273 del Código del trabajo: Este artículo comenta sobre la política de prevención de riesgos ocupacionales y cita: “... se desarrollará a través de la seguridad, higiene y medicina del trabajo, entendida como conjunto de técnicas, estudios y acciones ambientales, materiales, organizativas y personales destinadas a evitar daños o alteración de la integridad física, funcional o psicológica de los trabajadores”⁴. A su vez lo establecido en este código, el 28 de julio de 1992 a través del decreto N° 14.390, el entonces presidente de la República del Paraguay Andrés Rodríguez aprueba el **Reglamento General Técnico de Seguridad, Higiene y Medicina en el Trabajo**, considerando que al dotar a la nación con el presente texto se logrará la disminución de los riesgos de acciones y enfermedades profesionales. También tiene el carácter de regular aspectos relativos a las condiciones y requisitos técnicos mínimos obligatorios que se requiere cumplir en todo establecimiento o centro de trabajo del país; son de orden público cuyo dictado y aplicación corresponden, obviamente, al estado.

El Sistema Nacional de Prevención de Riesgos Laborales es el conjunto de normas y procedimientos destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de entidades públicas y privadas, de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan.

En la fecha del 15 de diciembre del año 2017, la ley N° 5.804 , que establece el Sistema Nacional de prevención de Riesgos Laborales, fue promulgada con efecto reglamentario a partir de 120 (ciento veinte) días de la misma promulgación, firmada por el entonces presidente de la República Horacio Manuel Cartes Jara y el antiguo ministro del Trabajo, Empleo y Seguridad Social Cirilo Guillermo Sosa Flores, con el objeto de reglamentar la aplicación de lo previsto en el Código del Trabajo relativo a la seguridad, higiene y comodidad en el trabajo, mediante la implementación del Sistema Nacional de Prevención de Riesgos Laborales.

Dentro de los objetivos de dicho sistema están los de establecer actividades de promoción y prevención, compuestas a mejorar las condiciones de trabajo y salud de la población trabajadora, protegiéndola contra los riesgos derivados de la organización del trabajo; Reglamentar obligaciones frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, establecer el origen de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y el control de los agentes de riesgos ocupacionales.

Para mayor comprensión del tema, se realizó una entrevista con la Abogada María del Pilar Milleres, quien tiene años de experiencia en el fuero laboral tanto como abogada litigante como asesora jurídica de empresas. Se pasa a exponer

⁴ Irún Grau, Joaquín T., “ Legislación del Trabajo”, Edit. Intercontinental, Asunción, Paraguay, S.A., 27ª Edición. 100

la siguiente entrevista:

-Si puede la Dra. dar una breve introducción de quién es y su formación como profesional

Dijo: Mi nombre es María del Pilar Milleres, soy abogada, tengo 45 años, egresada de la Universidad Católica, me gusta ejercer en el derecho laboral, es un fuero muy tranquilo y muy agradable porque sentís que podés ayudar a las personas.

-¿Cómo ve el panorama de seguridad ocupacional en el Paraguay?

Dijo: Me gusta bastante tu pregunta Martín, porque esto está vigente desde el año 1992, sin embargo, la gente empezó a tenerlo más en cuenta luego de los sucesos del Ycua Bolaños, se empezó a por fin entender quiénes son los responsables de tener en consideración el cuidado de los trabajadores y hoy en día ya, tanto la documentación laboral de las empresas, como que ya son más conscientes y después de tanto tiempo que pasó del Ycua Bolaños, también está entrando en la piel del empleador la importancia de cuidar la seguridad ocupacional de sus trabajadores.

-¿Cree que las normas vigentes son suficientes? ¿O es pertinente una actualización en las normativas?

Dijo: El Reglamento General Técnico de Seguridad, Higiene y Medicina en el Trabajo contiene normas específicas, genéricas pero no están tan aterrizadas al Paraguay, entonces sí sería bueno un documento que sea de un contenido similar, pero me parece a mí, más aterrizado a nuestra realidad, por ejemplo, hay normativas en cuanto a calderas que tiene mucha inversión seguir lo que pide la normativa, pero sí hay empresas que invierten en eso, sobre todo las que cuentan con capital extranjero, como las multinacionales si lo pueden hacer aunque a la industria nacional le cuesta más cumplir.

-¿Qué impacto considera que tuvo el accidente del supermercado Ycua bolaños en el ámbito?

Dijo: Para mí, generó una toma de conciencia, porque como decía al comenzar, parecía un accesorio, *Qué le vamos a dar seguridad a nuestros trabajadores, tienen que producir nomás*⁵, hoy en día se tiene muy en cuenta la parte psicológica, la parte del entorno laboral, que sea seguro, porque el problema del Ycua Bolaños fue ese, era un entorno laboral que no era seguro para los trabajadores ni mucho menos para los usuarios del supermercado que fue una tragedia tan grande y tan triste.

-¿El empleado paraguayo da importancia a su seguridad en el trabajo?

Dijo: El trabajador paraguayo, una vez que se lo capacita y se le hace la inducción al puesto, ahí el creo que recién llega a entender o tomar conciencia del hecho que al trabajo al que se va a incorporar conlleva sus riesgos, no es solamente que el empleador le dote de equipo de protección individual, para que el mismo minimice sus riesgos mientras trabaja, si no que él asuma que tiene que cumplir su trabajo de manera segura y con prudencia, utilizando los equipos de

⁵ Haciendo referencia al pensamiento generalizado del empleador de esa época.

protección individual para protegerse a él y a sus compañeros, recién hacen el “clic” cuando se les explica la gravedad del asunto. Hay algunos que son más *cachafa*⁶ y aunque se les de la bota de protección, dicen que tienen calor, se niegan a usarlas, están en zapatillas o inclusive descalzos, hay que estar persiguiéndoles, controlándoles, pero finalmente suelen terminar usándolas.

Factores de Riesgo en el Trabajo

Los trabajadores y empleados a lo largo de todas las empresas del mundo están expuestos a todo tipo de riesgos tanto físicos o que perturben a la salud mental. Dentro de estos riesgos existen los llamados Factores de Riesgo, que están a lo largo de distintos lugares del trabajo, pueden existir en equipos, maquinaria, sustancias, movimientos repetitivos, acciones humanas, etc. Una vez más se acude a la RAE para una definición, en este caso la de factor de riesgo, que lo define como: *Característica, circunstancia, condición, situación, conducta o elemento que aumenta la probabilidad de que se produzca el consumo problemático o abuso de sustancias o conductas excesivas con riesgo de generar adicciones.*

Tipos de Factores de Riesgo

La compiladora María Teresa Saldívar⁷ clasifica en 7 grandes los tipos factores de riesgo en el trabajo:

Condiciones Medioambientales

Se refiere a las condiciones que se dan en una habitación o recinto cerrado y que determinan su idoneidad para ser ocupado por personas durante estancias largas de tiempo sin menoscabo de su salud y con un adecuado nivel de confort. Los parámetros son:

- Temperatura
- Humedad
- Corrientes de aire
- Ruido
- Iluminación y entorno
- Calidad del aire interior

Las condiciones medioambientales las subdivide en los siguientes:

Físicos

Se refiere a factores que dependen de las propiedades físicas del cuerpo, como la luz, la temperatura, la vibración y otros. Son los que actúan y en última instancia alteran el cuerpo y/o los órganos del trabajador según la correlación de tiempo e intensidad que tengan con él.

Químicos

⁶ Persona descuidada o desaliñada.

⁷ María Teresa Saldívar, Colección Seguridad y Salud en el Trabajo en Paraguay- Riesgos Sicosociales (Asunción Paraguay: Intercontinental Editora, 2017), 18-21.

Esto se refiere a la exposición no controlada a agentes químicos que pueden tener efectos negativos para la salud, incluida la aparición de enfermedades que ingresan al cuerpo por inhalación o por contacto directo. Una explosión o un incendio como resultado de esto podría provocar lesiones graves.

Biológicos

Aparecen en elementos orgánicos, como hongos, virus, bacterias, parásitos, etc. Pueden provocar enfermedades infecciosas, reacciones alérgicas y envenenamiento. Otro factor de riesgo es la falta de buenos hábitos de higiene.

Ergonómicos

Analizan cómo el cuerpo humano puede adaptarse al trabajo o sus componentes, como herramientas, máquinas o equipos, así como las fuerzas que actúan sobre ellos y que pueden provocar daños físicos por movimientos involuntarios o posturas corporales incorrectas.

Psicosociales

Son las que hacen mención a la salud mental o emocional del trabajador, están arraigadas a situaciones mentales como: Sentimientos de ansiedad, depresión, falta de motivación o entusiasmo e inclusive la pérdida de la personalidad o de la identidad. También se puede referir a las conductas de tipo cognitiva, como la ausencia de habilidad para la concentración, toma de decisiones y creatividad. Sin embargo, estas situaciones son casualmente desestimadas y denominadas como "estrés" no siendo tratadas de manera adecuada, pueden afectar a la conducta del sujeto que lleva a desquites en otros campos, como abuso de sustancias estupefacientes, consumo de alcohol y tabaco, violencia de todo tipo, etc.

Mecánicos

Presencia los factores referentes a máquinas, herramientas o equipos que pueden ocasionar accidentes en el lugar de trabajo por falta de mantenimiento correctivo/ preventivo, falta de herramientas/ elementos en la zona del trabajo.

Arquitectónico o Locativo

Características del ámbito del diseño, construcción, mantenimiento y deterioro de la arquitectura de las instalaciones del local que pueden ocasionar incomodidades o lesiones en el desarrollo del trabajo. Engloba la falta de orden o aseo, superficies deslizantes, pisos, escaleras y andamios, en mal estado.

Eléctricos

Como el nombre lo indica, hace énfasis en sistemas eléctricos de máquinas, herramientas, equipos e instalaciones locativas en general. Conducen energía eléctrica que puede causar daños a las personas del trabajo.

Incendios o explosiones

Refiere a la instalación de sistemas de detección y alarmas de incendio con sus respectivos sistemas hidráulicos para un combate del mismo, incluye rutas de evacuación con señalizaciones en casos de emergencia.

Accidente Laboral

El accidente de trabajo es todo suceso repentino que sobrevenga con causa o por ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una incapacidad o la muerte. Se considera también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador o durante la ejecución de una orden bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Se contemplan además como accidentes de trabajo los de trayecto o *in itinere*⁸.

No se considerará accidente laboral si existe dolo, imprudencia o fuerza mayor extraña en el desarrollo de la labor por parte del trabajador. Una enfermedad sufrida previamente por el trabajador y agravada por un acontecimiento ocurrido en su lugar de trabajo, o como consecuencia de su trabajo, es tenida en cuenta como accidente laboral.

Comisión interna de prevención de accidentes (CIPA)

El funcionamiento de las CIPA es de carácter obligatorio, desde la entrada en vigor de la ley N° 5.804/17, en todas empresas ya sea industrial, comercial o de servicios que tenga trabajadores dependientes superando o igualando la centena, se insta a los responsables de las entidades a adaptarse a la exigencia mencionada ya que armar tal comisión puede coadyuvar a prevenir lamentables accidentes o deslindar responsabilidades a las entidades empleadoras.

“Las empresas que posean cien (100) o más trabajadores a su cargo están obligados a organizar y poner en funcionamiento comisiones con la finalidad de atender a la prevención de accidentes, enfermedades profesionales y la seguridad del trabajo. Las Comisiones Internas de Prevención de Accidentes se constituirán en número igual de representantes de empleadores y trabajadores”⁹.

Conformes a las exigencias establecidas, se debe de seguir una serie de requisitos para el reconocimiento con poder legal de la CIPA. Primero, se debe remitir una nota de solicitud de reconocimiento de la comisión dirigida a la dirección de salud y seguridad ocupacional del ministerio de trabajo, empleo y seguridad social, luego se debe elaborar un acta de constitución de dicha comisión, para convocar a los empleados a través de un circular para todo el personal, luego se elabora un acta de elección de representantes de los empleados que se realizará a través del sufragio, se comunica a través de una nota el resultado de dicha elección de representantes y ya dentro de la CIPA se crea un reglamento interno para la misma.

A continuación, un modelo de las exigencias anteriormente mencionadas:

⁸ Significa “En el itinerario” se refiere al accidente que sufre un trabajador en el trayecto entre el trabajo o lugar donde desempeña sus funciones, y su lugar de residencia, tanto de ida como de vuelta.

⁹ Joaquín T. Irún Grau “De las Comisiones Internas de Prevención de Accidentes (CIPA)” Reglamento General Técnico de Seguridad, Higiene y Medicina en el Trabajo. Capítulo XIV. Decreto 14390/92, Art 284, 246-247.

SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO

Señor/a

Dirección de Salud y Seguridad Ocupacional
Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Presente:

Tenemos el agrado de dirigirnos al Señor/a Director/a a los efectos de solicitar RECONOCIMIENTO DE LA COMISIÓN INTERNA DE PREVENCIÓN DE ACCIDENTES (CIPA) conformada en nuestra empresa conforme la documentación que se acompaña

Hemos dado cumplimiento a la Legislación Nacional en el área de Seguridad, Higiene y Salud Ocupacional, conforme a lo establecido en el CAPITULO XIV DE LA COMISIONES INTERNAS DE PREVENCIÓN DE ACCIDENTES (CIPA), Artículos 286 al 288 del Decreto 14390/92 «Reglamento General Técnico" de Seguridad, Higiene y Medicina en el Trabajo.

Por ello, le solicitamos ordene imprimir los trámites pertinentes a fin de Reconocimiento solicitado.

Esperando una respuesta favorable a la petición, le saludo muy

Atentamente.

10

Esta comisión tendrá atribuciones y deberes como las de:

- Investigar el origen y causas de los posibles accidentes ocurridos.
- Proponer y recomendar medidas de prevención al empleador
- Colaborar con los Servicios de Seguridad médica e higiene de la empresa, en el caso que los hubiere.
- Inspeccionar periódicamente las instalaciones de la empresa.
- Organizar e instruir equipos encargados del servicio de prevención, combate al fuego y primeros auxilios.
- Proponer medidas de acción disciplinaria para los que infringieren normas y reglamentos
- Realizar reuniones, charlas, entre otros medios, sobre la prevención de accidentes.
- Remitir mensualmente la documentación referente a sus actividades.

Las obligaciones del empleador respectivas a la mencionada comisión son las siguientes:

¹⁰ Irún Grau, Joaquín T, Comisión Interna de Prevención de Accidentes, (Asunción, Paraguay: Edit. Intercontinental S.A.), 39.

- Dar apoyo completo a la comisión, concediendo a sus representantes todo lo necesario para el desempeño de sus atribuciones
- Dar inmediato cumplimiento a las disposiciones recomendadas y aprobadas por la CIPA

Se realizó una entrevista con el Abg. Cirilo Benítez, Gerente de Seguridad Corporativa de todo el grupo DEKALPAR, está encargado de todo lo que tiene que ver con seguridad y salud del personal a lo largo del grupo.

-Si puede por favor dar una introducción de quién es y su formación como profesional

Dijo: Soy Cirilo Benítez, abogado de profesión especialista en derecho laboral, realicé una maestría en seguridad laboral y salud ocupacional, también tengo especializaciones relativas al medio ambiente en la American University de Washington D.C., desde el año 2009 estoy en el rubro de los agronegocios. Mi función actual es la de Gerente de la Seguridad Corporativa del grupo DEKALPAR, está bajo mi dirección todo lo que es seguridad de activos, personas, la seguridad laboral y salud ocupacional.

-¿Cómo uno identifica los riesgos que pueden conllevar ciertos tipos de trabajo?

Dijo: La seguridad laboral y salud ocupacional justamente son para eso, doctrinariamente se define como, Conjunto de actividades multidisciplinarias destinada a identificar, evaluar, eliminar o minimizar los riesgos de origen físico, químico y/o biológico a los cuales el colaborador pueda estar sometido durante el ejercicio de sus funciones a fin de prever a que no le ocurra un accidente o tenga enfermedades laborales. Para implementar ese proceso el grupo donde estoy dividimos en 5 secciones: Seguridad industrial, seguridad laboral, la higiene industrial, medicina laboral, ergonomía laboral y la sociología laboral. Los riesgos se identifican en la seguridad laboral, tratamos de identificar los riesgos en su propio origen, se hacen una serie de evaluaciones porque normalmente los riesgos son de origen físicos, químicos y biológicos. Se tienen que establecer parámetros y cronogramas de trabajo.

-¿Cuáles son sus procedimientos a la hora de que se les realice una inspección por el MTESS?

Dijo: Nuestro sistema de gestión ya tiene un procedimiento diseñado ante estas situaciones, el encargado de seguridad laboral y salud ocupacional junto con los encargados de recursos humanos acercan todos los documentos que el ministerio exige en el momento, que tenemos registrado totalmente las capacitaciones, entrega de equipos de protección, de uniformes, mantenimientos de maquinarias y de prevención contra incendios, el aseo e higiene de los puestos de trabajo, todos nuestros colaboradores cuentan con seguro social. Aquí son bienvenidos los inspectores ya que contamos con todos los requisitos al día, aunque siempre hay hallazgos, como el uso incorrecto de tapabocas, protección de oídos, equipamientos, etc. Nosotros vemos estas ocurrencias como una forma de mejorar la compañía, hasta hoy día no recibimos multas por el MTESS en

ninguna de las empresas del grupo.

Veo que el este ente regulador está un poco flaco en este sentido, no tiene la capacidad en personal de inspectores, o inclusive el inspector no está muy bien formado, vienen con actitudes desfavorables. Hay empresas, especialmente las nacionales, que prefieren por cuestiones económicas, ir pagando las multas por incumplimiento que estar al día con las exigencias o en algunos casos, tranzar con los propios inspectores, volviéndolo así una cuestión comercial. Creo que el Ministerio debería de tener más personal en este sentido, y a su vez más personal capacitado con fiscalizaciones.

-¿Cuál es el proceso recomendado, en su opinión, ante cualquier accidente en el lugar de trabajo?

Dijo: Mi política de trabajo es directamente que no ocurran estos accidentes, pero en un eventual caso que ocurra un accidente tiene que estar establecido el personal brigadista, nosotros contamos con los mismos a lo largo de todo el grupo, deben de tener claro lo que tienen que hacer. Primero es salvar la vida del colaborador, asistir a la familia, proteger a la empresa y su reputación, por sobre todo recibir el apoyo del escalón superior siempre. Se debe actuar lo más rápido posible, con la prioridad primordial de salvar la vida del accidentado y la asistencia inmediata a la familia, algo muy importante también es tener establecido todo, como un protocolo de emergencia ante estos casos y eso se logra a través de la evaluación de riesgos.

-¿Cómo son los manejos de los productos químicos tóxicos de manera segura para evitar cualquier daño a quien los maneja?

Dijo: Cada riesgo tiene su prevención, estos productos tienen ya en su etiqueta los posibles riesgos y cómo tratar con dicho producto, pero puede ocurrir que el colaborador no los lee, entonces ahí es donde vuelve a entrar la capacitación a los mismos para evitar estos problemas. Tenemos supervisores en todas las líneas de producción, que monitorean con un protocolo de alto, donde si se detecta un riesgo o una maquinaria que no está en estado óptimo se detiene la línea para poner en condiciones de vuelta lo que haga falta y continuar con la producción del día.

-¿El trabajador paraguayo, en su experiencia, da importancia a la seguridad ocupacional?

Dijo: En mi opinión, sí le da importancia cuando tiene una experiencia laboral anterior, hay accidentes que asustan y crean conciencia entre los trabajadores, ver a un compañero accidentado y no poder ayudarlo impacta a los colaboradores creando un ambiente de concientización. Se recalca otra vez la importancia de la capacitación que es la primera actividad que realizamos con el colaborador nuevo antes de comenzar sus trabajos. También la constante supervisión en las líneas de trabajo, donde se pueden encontrar hallazgos.

-¿Cuál es una medida de seguridad, que a primeras vista puede parecer exagerada, pero es de vital importancia?

Dijo: Una medida de seguridad nunca es exagerada, aunque a simple vista puede ser la forma de comunicar las medidas de seguridad. No hace falta hacerle tener miedo al colaborador en cuanto al riesgo al cual va a estar expuesto, si no explicarle bien cuales son las medidas de prevención que tiene que cumplir para eliminar el riesgo. Nosotros en vez de sancionar al colaborador por incumplimientos de los riesgos, intentamos concientizarlo, explicarle que al final del día es su integridad física la que corre peligro para que los mismos no cometan estas acciones de vuelta.

-¿Cree que las leyes y normas que rigen en el Paraguay (sobre seguridad ocupacional) son suficientes, o hace falta una actualización de las mismas?

Dijo: Son suficientes, estamos cubiertos desde la Constitución Nacional, en el Código del Trabajo, en la ley 14.390/92 y la 5.804/17, en el código penal en sus artículos 203 al 205 y todo eso lo hacemos entender al empresario, a que se expone a él y a su empresa. La forma de su aplicación es donde veo más fallos, especialmente en los entes reguladores haciendo énfasis en el MTESS.

Inspecciones del MTESS

El MTESS tiene la facultad de realizar periódicamente inspecciones sobre la seguridad e higiene en el trabajo sobre cualquier empresa y entidad del país. La Ley N° 5115/13 en su Art. 16, fija la competencia de la Dirección General de Inspección y Fiscalización, parte del MTESS, en los siguientes términos:

“A este órgano le compete la inspección, vigilancia y fiscalización de los establecimientos industriales, comerciales, mineros, obrajeros, agrícolas y ganaderos, así como las oficinas prestadoras de servicios a fin de velar por el cumplimiento de la legislación laboral y de seguridad social en todo el territorio nacional, relativas a las condiciones de trabajo, la salud y seguridad ocupacional, a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y a la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluidas las normas laborales que protegen especialmente a mujeres, niños, niñas y adolescentes, en coordinación con los otros órganos del Ministerio”.¹¹

“Esta Dirección tendrá por objeto ejercer potestades de policía administrativa del Ministerio, y en tal carácter le corresponde no solo el fin jurídico político-laboral, sino también política-social de promover la colaboración de empleadores y trabajadores en el cumplimiento de los contratos colectivos, las leyes y los reglamentos del trabajo”.¹²

En el 1er. Semestre del año 2021, la Dirección General de Inspección y Fiscalización dentro del marco del Plan de Gestión Anual ha realizado 94 fiscalizaciones a Empresas, 450 notificaciones a empresas para el control preventivo del cumplimiento de las normas legales vigentes y 969 verificaciones del cumplimiento del protocolo sanitario y las disposiciones sanitarias vigentes en el marco de la Pandemia declarada en todo el territorio paraguayo como consecuencia

¹¹ Ley N° 5115 /2013, Crea el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Art. 16

¹² Ley N° 5115 /2013, Crea el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Art. 17

del COVID-19.¹³

Para su mayor comprensión, se realizó una entrevista con el Abg. Alberto Osorio, con años de experiencia en el derecho laboral y también como parte del mismo ente que realiza las inspecciones, el MTESS.

-Si podría Dr. dar una breve introducción de quién es usted y su formación como profesional

Dijo: Me llamo Alberto Osorio Vázquez, soy abogado, tengo una formación profesional también de notariado egresado de la Universidad Nacional de Asunción, tengo un masterado en Derecho Laboral hecho en Italia y en Costa Rica. Tengo también varios estudios de Magíster en España, en Barcelona específicamente.

Ejercí la profesión casi 15 (Quince) años, luego fui convocado al Ministerio del Trabajo donde estuve casi 25(veinticinco) años, estuve 12 (Doce) años en la Dirección General del Trabajo, 1 (un) año como viceministro y de ahí fui convocado por el estudio jurídico Irún y Villamayor a quien prestó servicios con ya casi 12 (Doce) años de antigüedad.

-¿Tiene conocimiento de cuántos inspectores del MTESS hay actualmente en el Paraguay?

Dijo: Actualmente se puede decir que la cantidad de inspectores que hay en el país ocasiona, en primer lugar, un déficit, tiene una debilidad en cuanto se refiere a la cantidad de inspectores, para abarcar las inspecciones laborales tanto en higiene y seguridad ocupacional como en inspección del trabajo. En el país no existen más de cuarenta inspectores, en todas las regionales que están hacia el interior del país y la casa matriz, que está acá en Asunción.

-¿Cuál es la causa de este número bajo de inspectores en el país?

Dijo: Digamos que en primer lugar son razones presupuestarias, pero consideramos que simplemente es una falta de política del estado, al no tener una política de estado en una circunstancia de esta naturaleza, diríamos que no le da la importancia necesaria a una estructura para mí muy importante que se debería tener mayor cantidad de inspectores para mejorar el servicio de la inspección y salvaguardar los derechos y obligaciones tanto de los empleadores como de los trabajadores.

-¿Cómo uno llega a trabajar de inspector para el MTESS?

Dijo: Actualmente, yo creo que tiene un fin más político que otra cosa, hay que ser realistas, los nombramientos vienen a través de amigos, de recomendaciones y muy pocos vienen por la preparación y elaboración que tienen los mismos. Siempre fue una discusión si los inspectores deberían ser solamente abogados o no, esa siempre fue la discusión ambigua y bizantina dentro del ámbito de la práctica, evidentemente cualquiera puede serlo, con cualquier tipo de formación y la diferencia que había anteriormente, recuerdo que en mi época cuando era director del trabajo, había una institución donde prácticamente se

¹³ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. "Viceministerio del Trabajo." Consultado 26 de agosto, 2023 <https://www.mtess.gov.py/viceministerio-de-trabajo/DGIF>.

enseñaba y salían casi todos los inspectores del trabajo. Actualmente esa institución dejó de existir.

-¿Hay un procedimiento específico para elegir a quien se realizará la inspección o es totalmente al azar?

Dijo: Las inspecciones según las disposiciones normativas laborales pueden ser tanto por vías de notas presentadas por los mismos trabajadores, pueden ser presentadas por gremios sindicales, por federaciones o confederaciones y en su defecto el estado dentro de su política tiene y puede realizar de oficio las inspecciones laborales a quien le parezca necesaria hacerlas.

-¿Cuáles son los objetivos de estas inspecciones?

Dijo: Los objetivos obviamente son el mejoramiento de las relaciones laborales entre trabajadores, empleadores y el estado tiene que velar por el cumplimiento de la normativa laboral, es el contralor máximo que tiene que velar por el cumplimiento de las leyes laborales dentro del país.

-En su opinión, ¿El MTESS tiene el suficiente poder para regular correctamente a las empresas del país sobre este aspecto, o surgen discrepancias con otros entes públicos?

Dijo: El MTESS como muchas entidades del país tiene debilidades y fortalezas, no tiene la estructura necesaria como para establecer la ambición que debería de tener un ministerio del trabajo y poder satisfacer las expectativas tanto de los sectores sociales que agrupan a este nivel y por ende entonces, resulta deficiente la prestación de servicios que ofrece el ministerio. También existe la falta de capacitación que tienen los funcionarios dentro del área como para establecer una mejor asistencia a los usuarios.

El Ministerio en capital y central quizás tiene mayor presencia, pero en el interior es casi nula la misma, por ende, las irregularidades del cumplimiento de las leyes laborales son bastante comunes. Por lo que entiendo en el departamento de cordillera, donde se encuentra una de las fábricas de ladrillos más grandes del país, solamente hay un inspector, con la ausencia de inspecciones adecuadas al trabajo de gran magnitud que se realiza en tales fábricas se puede llegar a situaciones y calidades no dignas de trabajo.

Se necesita mejorar en toda su estructura de capital y talento humano para mejorar los servicios y puedan alcanzar a todos la justicia laboral.

Derecho de los Empleadores – Art. 34 C.N.

Todo recinto privado es inviolable. Solo podrán ser allanados por orden judicial y con sujeción a la Ley. Excepcionalmente podrán serlo, además, en caso de flagrante delito o para impedir su inminente perpetración, o para evitar daños a la persona o a la propiedad.¹⁴

¹⁴ Constitución Nacional del Paraguay, art. 34.

En este artículo de la C.N. se explica claramente que sin orden judicial los inspectores del MTESS, no tienen la potestad de entrar a las instalaciones ni recintos privados de los empleadores para realizar sus trabajos.

Sin embargo, en el caso que la empresa deje entrar a los inspectores, los mismos deben de presentar una orden de inspección expedida por el MTESS, firmado por el /la ministro actual especificando que tipo de inspección se llevará a cabo y quienes la realizarán.

Actuaciones Inspectoras en caso de ingreso a la Empresa

Entrevistas. Observación de las condiciones materiales de trabajo.

Se entrevistan a los trabajadores sobre sus condiciones laborales en general.

Medios de prueba: (fotografías, obtener muestras, registro de entrada y salida)

Facultad de los inspectores de sacar fotografías, videos, obtener muestras, registrar entradas y salidas del predio, pedir documentos tales como planillas de IPS, etc.

Acta de Visita:

Los inspectores tienen el deber de al terminar su visita al predio de la empresa elaborar un acta de visita, donde se resume lo visto en puntos cumplidos y no cumplidos donde en los últimos se puede otorgar el recurso de subsanación.

Firma del Representante

Las empresas deben de tomar mucha precaución a la hora de firmar estas actas de visitas, ya que tienen fuerza de declaración jurada y en un posible conflicto judicial son muy difíciles de rebatirlas, los jefes/ empleados de Recursos Humanos, en el caso que los hubiere, pueden tener la facultad de firmar estas actas, pero se recomienda que se excusen de tal responsabilidad y los dejen para cargos de mayor jerarquía como directivos de la entidad que pueden asumir las posibles consecuencias.

Requerimiento de subsanación

La facultad de las empresas a solicitar o que se les otorgue un plazo no superior a 30 días donde pueden subsanar los errores que se percibieron durante la visita de los inspectores, se otorgan para faltas menores y de posible solución en el corto plazo. Los inspectores podrán volver a visitar la instalación para la verificación de las mismas.

Suspensión temporal de trabajos

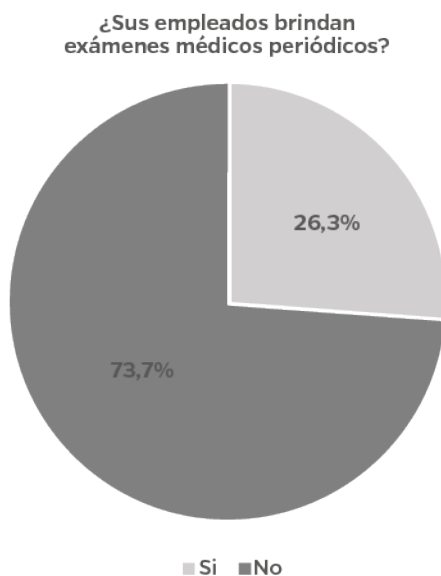
Los inspectores tienen la facultad de poder suspender temporalmente las actividades laborales de instalaciones si lo ven adecuado cuando existen riesgos

de seguridad y salud inminentes para los trabajadores hasta 30 días.

Dentro del marco de inspecciones, en la seguridad ocupacional, las principales medidas que revisan los inspectores son los siguientes:

- Evaluación de riesgos
- Exámenes médicos
- Ropas de trabajo
- Constitución de Organización de Salud Ocupacional
- CIPA
- Cursos de capacitación
- Profesionales en salud y SSO
- Subsanaciones (Posibilidad de enmienda de errores de la empresa como la de no cumplir con requisitos exigidos)

Se realizó una encuesta en formato digital, a través de la plataforma “Google Forms” con carácter totalmente anónimo, fue dirigida a trabajadores paraguayos en situación de dependencia laboral en naturalezas de trabajo de oficina, trabajos en industrias o de esfuerzo físico, profesoras en instituciones educativas, entre otros. A los efectos de analizar las condiciones relativas a la seguridad ocupacional de los encuestados. Se rescataron los porcentajes de las respuestas, si bien los encuestados son 56 (Cincuenta y seis) ya refleja de cierta forma el parámetro del tema en el país.



El artículo 275 del C.T., establece que *“El empleador deberá:*

*Disponer de examen médico, admisional y periódico, de cada trabajador, asumiendo el costo.....”*¹⁵

Hablando en realidades puras y duras, pocas son los empleadores que se

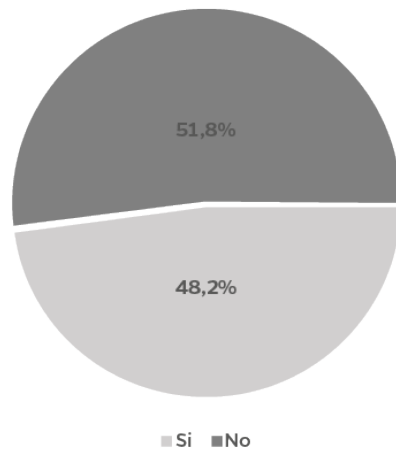
¹⁵ Joaquín T. Irún Grau “De la Seguridad, Higiene y Comodidad en el Trabajo” en Legislación del Trabajo, Título V, Ley N° 213/1993, Código del Trabajo (Asunción, Paraguay: Editorial Intercontinental, mayo 2022), 101.

acoplan al cumplimiento de la misma, dejando a sus empleados en desconocimiento de su situación con respecto a su salud actual.

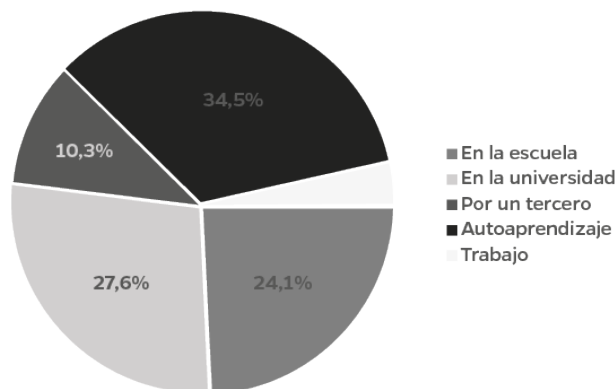


Como se refleja en el gráfico, los lugares de trabajo no cuentan con los medios suficientes para combatir y prevenir incendios, como en casos concretos acudir con servicios de primeros auxilios.¹⁶

¿Está familiarizado con las normativas y/o leyes que protegen sus derechos laborales?
56 respuestas



En caso de responder positivamente, ¿Dónde aprendió las mismas?
29 respuestas



Aquí se refleja claramente que existen numerosas personas que no conocen

¹⁶ Ver los Art. 39, 59, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 69. Del Reglamento General Técnico De Seguridad, Higiene y Medicina en el Trabajo y el Art. 170 del C.T.

sus derechos laborales. En tal sentido, el 51,8% de los encuestados no conocen sus derechos del ámbito laboral, dejando en evidencia la importancia de plasmar en las mentes de toda la ciudadanía que es lo que tanto el empleador y el estado les debe. En cambio, pocos han aprendido por enseñanzas en la escuela, más bien el enfoque va hacia aprendizajes en universidades/ estudios superiores o por motivación propia.

Tras conversar con los cuatro ejes de este ámbito, el ente regulador (MTESS), el empleador, los abogados representando la parte jurídica, y los trabajadores, se descubrió que las leyes de seguridad ocupacional son suficientes, en teoría, para evitar accidentes ocupacionales a lo largo de las entidades del país. No obstante, puede resultar beneficioso, una actualización de la norma, de manera más acomodada a la realidad del país y al cambio global que surge constantemente en el mundo laboral.

El problema nace desde la idiosincrasia del pueblo, tras varias pláticas con abogados expertos en el tema, que tienen amplia experiencia en el campo trabajando en las mismas instituciones como el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y en juzgados laborales de la nación, todos los consultados coinciden en que el problema surge del ámbito sociocultural del pueblo, no se le da la importancia necesaria a la seguridad, salud e higiene ocupacional. Esto se refleja en el MTESS, donde la falta de importancia al tema, lleva a falta de control que eso a su vez crea menor importancia al tema llevando así, a un círculo vicioso muy complicado de escapar.

La solución que se brinda desde este trabajo es la de, desde temprana edad insistir y plasmar las enseñanzas de los derechos y obligaciones laborales tanto de los colaboradores y trabajadores como los del mismo empleador, esto se podría realizar de manera más efectiva con el apoyo del Ministerio de Educación y Ciencias. El pueblo paraguayo merece trabajar con dignidad, seguridad y comodidad, la única manera de llegar a esos objetivos es cumplir con las normas y leyes establecidas por el estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabrera Velázquez, Lucrecio. 2022. *El Proceso Laboral Paraguayo*, Edit. Lexijuris, Segunda Edición. Asunción, Paraguay.
- Constitución de la República del Paraguay. 2014. *Constitución de la República del Paraguay*. Asunción: Ediciones Diógenes.
- Corte Suprema de Justicia. 2015. *Derecho Laboral, Aportes Doctrinarios*, Frigón S.A, Lambaré, Paraguay, Tomo 1.
- Gobierno de España. "Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado." 10 de noviembre de 1995. www.boe.es. <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>.
- Irún Grau, Joaquín T. 2021. *Síntesis del Régimen Laboral de la República del Paraguay*, Edit. Intercontinental S.A, Asunción, Paraguay.
- Irún Grau, Joaquín T. *Comisión Interna de Prevención de Accidentes*, Edit. Intercontinental S.A., Asunción, Paraguay.
- Irún Grau, Joaquín T. *Legislación del Trabajo*, Edit. Intercontinental, Asunción, Paraguay, S.A., 27ª Edición.
- Irún Grau, Joaquín T. 2022. *Reglamento General Técnico de Seguridad, Higiene y Medicina del Trabajo*. Asunción: Intercontinental Editora S.A.
- *Leyes Paraguayas*. "Biblioteca y Archivo Central del Congreso de la Nación." www.bacn.gov.py. Consultado el 24 de mayo, 2023. <https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/9127/ley-n-5804-establece-el-sistema-nacional-de-prevencion-de-riesgos-laborales>.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. "Resolución 203-18." www.mtess.gov.py. Consultado el 12 de junio de 2023. https://mtess.gov.py/application/files/9916/2160/2053/Resolucion_MTESS_N_203-18.pdf.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. "Resolución 47-16." www.mtess.gov.py. Consultado el 12 de junio, 2023. https://www.mtess.gov.py/application/files/2716/2160/5705/Resolucion_MTESS_N_47-16.pdf.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. "Resolución 56-17." www.mtess.gov.py. Consultado el 14 de junio de 2023. https://mtess.gov.py/application/files/7716/2160/5715/Resolucion_MTESS_N_56-17.pdf.
- Real Academia Española. "Diccionario panhispánico de dudas". Consultado el 31 de mayo, 2023. España: Prisa Ediciones.
- Real Academia Española. "Real Academia Española." Consultado 22 de mayo, 2023 <https://dpej.rae.es>. s.f. <https://dpej.rae.es/lema/salud-laboral>.
- Saldívar, María Teresa. 2017 "Seguridad y Salud en el Trabajo en Paraguay", Asunción: Intercontinental Editora S.A.
- Ley N° 5115 /2013, Crea el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. "Viceministerio del Trabajo." Consultado 26 de agosto, 2023 <https://www.mtess.gov.py/viceministerio-de-trabajo/DGIF>

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN EL DERECHO LABORAL

Aisa Berenice Barrios Casal¹

“El último grado de perversidad es hacer servir las leyes para la injusticia” Voltaire

RESUMEN: La intención del presente artículo es analizar el impacto de las personas jurídicas en calidad de empleadoras sobre los derechos del trabajador, dado que, se verifican en los vínculos laborales dos derechos que se contraponen, el primero de ellos, el privilegio otorgado por la ley a las sociedades, el cual es la independencia de patrimonios entre la persona jurídica y sus socios, y por el otro lado, el derecho del trabajador de hacer efectivos sus derechos. Sobre el punto, debe decirse que ante la limitación de responsabilidad de las mismas, se presenta la incertidumbre para el trabajador de quien es el responsable en los casos en que las sociedades abusen de su derecho y pretendan burlar sus obligaciones legales, y por ende, perjudicar a terceros. Debe recordarse que, entre estos sujetos existe una asimetría de tal magnitud, lo que ha tenido un fuerte impacto en materia laboral, llevándonos a la siguiente interrogante: ¿Cómo protege el Código Laboral al trabajador frente a este tipo de empleadores? Es por ello, que nos dedicaremos a profundizar la “teoría del levantamiento del velo societario” o “Disregard of the legal entity” el cual es utilizado como mecanismo legal que permite al juez levantar el velo de la persona jurídica, con el objetivo de indagar en el campo societario e imputar a los socios de la misma en caso de verificarse la utilización de la sociedad para actos ilícitos.

PALABRAS CLAVES: Velo societario - Derecho del Trabajador - Abuso del Derecho.

ABSTRACT: The intention of this article is to analyze the impact of legal entities as employers on the rights of the employee, given that in labor relations there are two conflicting rights, the first of them, the privilege granted by law to corporations, which is the independence of assets between the legal entity and its partners, and on the other hand, the right of the employee to enforce his rights. On this point, it must be said that in view of the limitation of liability of the same, there is uncertainty for the employee as to who is responsible in the cases in which the companies abuse their rights and try to circumvent their legal obligations, and therefore, harm third parties. It must be remembered that, among these subjects there is an asymmetry of such magnitude, which has had a strong impact on labor matters, leading us to the following question: How does the Labor Code protect the worker against this type of employers? For this reason, we will focus on the “theory of the lifting of the corporate veil” or “Disregard of the legal entity” which is used as a legal mechanism that allows the judge to lift the veil of the legal entity, in order to investigate in the corporate field and charge the partners of the same in case of verifying the use of the company for unlawful acts.

KEYWORDS: Corporate Veil - Worker’s Right - Abuse of Rights

Teoría del levantamiento del velo societario

Resulta que en la actualidad, cuando hablamos de personas jurídicas como

¹ Estudiante del 4º curso de Derecho en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.- Miembro suplente de la Revista Jurídica (2022-2023)

empleadoras, la mayoría de las veces el trabajador se encuentra ante la incertidumbre de quien es la persona que va a asumir la responsabilidad en caso de incumplimiento de una de sus obligaciones, razón por la cual, deviene necesario encontrar los mecanismos legales, con la finalidad de que el trabajador pueda hacer efectivos sus derechos.

En primer lugar, corresponde hacer unas precisiones conceptuales; en ese menester, la doctrina del *disregard of legal entity* en los Estados Unidos, considera que el control abusivo por parte de la persona jurídica da lugar a la desestimación de su personalidad, a fin de evitar que se convierta en un control absoluto y que las sociedades lo utilicen de manera fraudulenta para evadir la responsabilidad personal. No obstante, debe haber un nexo causal entre el control abusivo y el daño para poder penetrar la personalidad jurídica.

Así, entonces, la teoría del levantamiento del velo societario es un conjunto de remedios jurídicos mediante los cuales resulta posible prescindir de la forma de la sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada². Cabe destacar que, las situaciones que tornan necesaria la aplicación del levantamiento del velo societario son excepcionales, es por ello que se requiere que concurren dos presupuestos: fraude a la ley o el abuso del derecho.

Ahora bien, para evitar que las expresiones “fraude a la ley” o “abuso del derecho” caigan en la ambigüedad y puedan ser interpretadas rigurosamente por el juzgador, debe ser analizado conforme con nuestro ordenamiento jurídico; en ese sentido, debe decirse que, si bien, nuestro Código Civil en su art. 94³ considera el patrimonio de la persona jurídica distinta al de las personas físicas que la integran, no obstante, no puede pasarse por alto que, el mismo cuerpo normativo también prevé el supuesto del abuso del derecho en su art. 372 que reza: “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos...”. En cuanto al fraude, resulta necesario traer a colación la cita doctrinaria de Ricardo de Angel Yágüez que menciona: “...el fraude de ley civil lo que exige precisamente es la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad, violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan...”⁴. En ese orden de ideas, surge que ante la configu-

² Durand Vidarte Sandra, “Levantamiento del Velo Societario”. (Ensayo de Derecho Comercial I, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Chiclayo, Perú 2009. Pág. 6)

³ Código Civil Paraguayo, Ley 1883/84 art. 94: “Las personas jurídicas son sujetos de derecho distintos de sus miembros y sus patrimonios son independientes. Sus miembros no responden individual ni colectivamente de las obligaciones de la entidad, salvo las excepciones establecidas en este Código”

⁴ De Angel Yágüez, Ricardo. La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia, (Madrid, España, 2017) consultado el 27 de agosto de 2023, file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-LaDoctrinaDelLevantamientoDelVeloYLasSociedadesInt-941822.pdf

ración de los referidos presupuestos, el juez laboral tiene la potestad de indagar en las sociedades y penetrar en las situaciones en las cuales se desenvuelven las mismas dentro del vínculo laboral. Dicho de otra forma, cuando una sociedad constituye un recurso, como medio para infringir la ley, y por ende, vulnerar los derechos de terceros –en este caso, el trabajador–, debe decirse que, la sociedad es utilizada como una “pantalla”, lo cual permite que las personas físicas –en calidad de miembros de una sociedad– respondan legalmente, prescindiendo de la personalidad jurídica.⁵

De lo transcrito surge, que si hay un abuso del derecho o un fraude a la ley, el principio consagrado en el art. 94 del C.C. cede, y en consecuencia, se podrá responsabilizar a las personas físicas que se encuentren detrás. En el mismo sentido, Guillermo Borda señala que: *“...Pero este principio de la separación de personería, no debe llevarse a extremos de consumir el fraude a la ley o a los intereses de terceros...Esto fija los límites dentro de los cuales puede reconocerse vida propia a la persona colectiva; si se abusa de ella para alcanzar fines contrarios a la vida de la sociedad, es posible adoptar medidas respecto a los hombres o de las relaciones jurídicas encubiertas tras la máscara de la persona jurídica...”*⁶.

En ese orden de ideas, debe mencionarse que, los juzgadores también deben resguardar la seguridad jurídica de las sociedades, razón por la cual se requiere una disquisición sobre cada caso para que pueda configurarse el levantamiento del velo societario. Ahora bien, dado que no existe una fórmula exacta, por medio de la cual todos los jueces puedan aplicarla de manera uniforme, y por el contrario, deban detenerse a un análisis exhaustivo sobre si los hechos alegados son conforme con la realidad y no conformarse con la apariencia externa, resulta conveniente desarrollar en los siguientes párrafos lo recogido por parte de la jurisprudencia nacional. En ese orden de ideas, el Acuerdo y Sentencia n.º133 de fecha 10 de diciembre de 2012, del Tribunal de Apelación en lo Laboral Segunda Sala, en los autos: “Miryam Mabel Melgarejo Gimenez c/ Trovato C.I.S.A s/ retiro justificado y cobro de guaraníes en diversos conceptos”, señala de manera extensa los factores que fueron tomados como elementos de convicción. En primer lugar, los estatutos sociales, pues, del mismo pueden resultar datos relevantes como por ejemplo, que dos o más firmas que estén involucradas correspondan a los mismos propietarios, más aun si se revela que existe grado de parentesco entre los socios que lo conforman, puesto que eso significaría un dominio y control sobre la sociedad en su capital social como en su órgano de administración⁷, y a su vez, la similitud entre la composición accionarial entre las empresas demandadas. Asimismo, la coincidencia en el objeto principal y la ubicación del domicilio social, son hechos que generan indicios respecto de la existencia separada de las empresas involucradas.

⁵ Villegas, Carlos Gilberto. Tratado de las Sociedades. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 1995 pág. 49

⁶ Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Tomo I, pág. 555. Editorial: Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1965 4ta Edición

⁷ José Hurtado Cobles, “Sobre la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario en el ámbito laboral, consultado el 27 de agosto de 2023, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFID-2003-23-89A8CA62&dsID=PDF pág. 198

Otros factores de conexión que han sido tomados en cuenta en la resolución analizada para justificar la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo es el hecho de que el salario del trabajador haya sido abonado por otra empresa que no era la empleadora directa. En efecto, este tipo de circunstancias es valorado como intento de fraude, pues, se intenta burlar las obligaciones legales utilizando la figura de la persona jurídica, a través de actos simulados que como lógica consecuencia, tienen la finalidad de evitar que el trabajador cobre sus haberes. Sin embargo, la teoría del *disregard* encuentra sustento en nuestro ordenamiento positivo mediante la aplicación del principio protectorio de la Primacía de la Realidad en materia laboral, el cual es utilizado en casos de fraude laboral para evadir las responsabilidades legales, dado que tiene como finalidad de que prime la verdad de los hechos por sobre la ficción jurídica, es decir, evitar utilizar las figuras jurídicas como medio para disimular la realidad.⁸ Asimismo, el art. 25 del Código Laboral preceptúa: “Serán considerados como representantes del empleador y, en tal concepto, obligan a este en sus relaciones con los demás trabajadores: a) Los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco y, en general, las personas que ejerzan funciones de dirección o administración, con el asentimiento del empleador...”, de la norma transcrita surge con claridad que el juez laboral tiene la potestad de indagar la realidad dentro del campo societario, como de extender las consecuencias y responsabilidades legales a las personas físicas detrás de la sociedad.

Además, nuestra Constitución Nacional reconoce a los derechos del trabajador como una fuente protectora, pues, se ha determinado claramente que son irrenunciables⁹. La necesidad de proteger al trabajador se da en razón de que, es bien sabido que el empleador se encuentra en una posición superior ante los trabajadores, es por ello que dentro del análisis de la jurisprudencia, se observan los distintos principios protectorios –*in dubio pro operario*, principio de la primacía de la realidad, principio de la buena fe, entre otros– como herramienta para equiparar la posición débil del trabajador y poner a ambos en una relación equitativa. Por lo tanto, en respuesta a nuestra interrogante planteada líneas arriba, debe decirse que el hecho que la figura jurídica del levantamiento del velo societario no se encuentre regulado en nuestro ordenamiento, no obsta a la tutela efectiva de los derechos laborales, pues, acertadamente nuestro Código Laboral se ha referido a los principios protectores al establecer en su artículo 6: “**A falta de normas legales o contractuales de trabajo, exactamente aplicables al caso controvertido, se resolverá de acuerdo con la equidad, los principios generales del Derecho Laboral**, las disposiciones de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo aplicables al Paraguay, los principios del derecho común no contrarios a los del Derecho Laboral, la doctrina y jurisprudencia, la costumbre o el uso local”¹⁰. De esta manera, el legislador ha posibilitado el levantamiento del velo societario a través del proceso judicial, cuando se ha determinado un abuso de la ley para crear una situación aparente que impida el reconocimiento de los derechos citados.

⁸ Vázquez Vialard, Antonio. Derecho del trabajo y de la seguridad social. Tomo 1, pág. 138; editorial Astrea, Buenos Aires, 1982

⁹ Constitución Nacional del Paraguay, art. 86: “...La ley protegerá el trabajo en todas sus formas, y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables...”

¹⁰ Código del Trabajo del Paraguay, art. 6

En síntesis, doctrinariamente se ha considerado que las consecuencias judiciales podrían ser las siguientes: “1) Se negará protección jurídica a quien ejerciere abusivamente su derecho y se rechazará su demanda. 2) Se intimará al autor de la conducta abusiva al cese de ella. Esta situación planteada por la doctrina, es la de más difícil concepción, por la naturaleza de derechos en los cuales normalmente tiene aplicación el Instituto. 3) Quien ejerció abusivamente su derecho, será responsable de los daños y perjuicios. Esta es la consecuencia natural de la aplicación de la Teoría - hecha norma hoy- del Abuso del Derecho, ya que la misma disposición positiva apunta a indicar un caso de responsabilidad objetiva y una consecuente obligación indemnizatoria ante la producción de los supuestos previstos en la Ley”¹¹.

De hecho, de esta manera fue incluida doctrinariamente en el momento que esta institución jurídica fue difundida por Latinoamérica, ejemplo de ello es la legislación ecuatoriana, que en su Ley de Compañías, prevé las causas del levantamiento del velo societario en su art. 17 que dispone: “Por los fraudes, abusos o vías de hecho que se cometan a nombre de compañías y otras personas naturales o jurídicas, serán personal y solidariamente responsables: 1. Quienes los ordenaren o ejecutaren, sin perjuicio de la responsabilidad que a dichas personas pueda afectar; 2. Los que obtuvieren provecho, hasta lo que valga éste; y, 3. Los tenedores de los bienes para el efecto de la restitución...”¹². Es decir, no cabe sino concluir, que la potestad del órgano jurisdiccional nace cuando la persona jurídica ha sido utilizada para una finalidad ilegítima, a fin de burlar las obligaciones laborales.

Conclusión

En definitiva, no es un trabajo exhaustivo en razón a que se trata de una figura jurídica amplia, que puede ser abarcada desde distintos aspectos, sin embargo, el presente trabajo tiene como propósito esbozar la situación real en la cual se encuentra el trabajador cuando su patronal pretende evadir sus obligaciones detrás de la fachada societaria. Y, conforme con lo expuesto, es claro que el principio general de que la persona jurídica tiene un patrimonio independiente al de los socios o accionistas, no es absoluto, en razón a los supuestos en que las mismas se constituyen con fines fraudulentos que intenten frustrar los derechos de terceros. Específicamente, en materia laboral afecta a los derechos de los trabajadores, pues, con base al análisis y a las conclusiones llegadas precedentemente, las empresas -en su calidad de patronal- a través de la simulación de actos jurídicos, pretenden esconder su patrimonio y así burlar los derechos de los acreedores. Si bien es cierto, nuestro ordenamiento jurídico no prevé la figura del corrimiento del velo societario, no puede desconocerse que ha sido incorporado doctrinariamente dentro de nuestro sistema judicial, lo cual ha generado un arduo trabajo para el juzgador, pues, con la intención de proteger los derechos del trabajador, tendrá que ponderar en cada caso la concurrencia de varios factores para determinar la inoponibilidad de la persona jurídica, puesto

¹¹ Pablo Costantini, “Doctrina del levantamiento del velo societario”, Revista jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción, (2015) pág. 577

¹² Ley de Compañías de Ecuador, art. 17

que no existe una fórmula precisa. Es por ello, que no se niega la personalidad jurídica en forma absoluta, sino que debe ser utilizada por los tribunales en forma restringida, debe ser negada en el caso concreto por falta de adecuación a la realidad.

Por lo tanto, se busca aplicar el principio de la primacía de la realidad en estos casos, para que la jurisdicción laboral pueda extender las consecuencias a las personas físicas que están detrás de una sociedad en los casos que se configuren acciones fraudulentas de las empresas respecto a sus obligaciones legales.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Nacional del Paraguay, 1992
- Código del Trabajo del Paraguay, Ley n.º213/93
- Código Civil del Paraguay, Ley 1883/85,
- Dobson Alvarez, Juan., M. 1985. *El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)*. Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- Pablo Costantini, "Doctrina del levantamiento del velo societario", *Revista jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Asunción*, (2015), 577.
- Vázquez Vialard, Antonio. 1982. *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Tomo 1,; editorial Astrea, Buenos Aires.
- Borda, Guillermo. 1965. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General, Tomo I, 4ta Edición*. Buenos Aires, Argentina: Editorial: Perrot.
- Miryam Mabel Mélgarejo Giménez c/ TROVATO C.I.S.A. y responsables s/ retiro justificado y cobro de guaraníes en diversos conceptos, Acuerdo y Sentencia n.º133 (Tribunal de Apelación del Trabajo, Segunda Sala, 10 de diciembre de 2012)
- María Verónica Galvis Bailón, "El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales y el levantamiento del velo societario", *Tesis previa a la obtención del título de abogado de los Tribunales de Justicia del Ecuador, Universidad del Azuay*, 2010
- Villegas, Carlos Gilberto. 1995. *Tratado de las Sociedades*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile..
- De Angel Yáguez, Ricardo. *La doctrina del «levantamiento del velo» de la persona jurídica en la jurisprudencia*, (Madrid, España, 2017) file:///C:/Users/DELL/Downloads/Dialnet-LaDoctrinaDelLevantamientoDelVeloYLasSociedadesInt-941822.pdf

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL TRABAJO Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Rafael A. Leiva Falcón¹

RESUMEN: El tema de la inteligencia artificial y su injerencia en el trabajo es una cuestión que aún no fue abordada a profundidad por la comunidad jurídica paraguaya, a pesar del innegable miedo generalizado que existe en las personas de ser reemplazadas en sus trabajos por máquinas inteligentes, ocasionando que las personas queden sin sustento económico para su supervivencia y la de su familia. Este ensayo aborda esa cuestión, con una actitud optimista y mirando a los dispositivos de inteligencia artificial más como herramientas que como competencia. Por otro lado, el ensayo advierte que el reemplazo de las personas en tareas laborales no es la única forma en que la inteligencia artificial podría tener incidencia en las relaciones laborales, sino que, también, puede participar en procesos de selección de recursos humanos, así como en la asignación automatizada de tareas, el control y supervisión de los trabajadores, llegando hasta la posibilidad de aplicar sanciones de forma automática. Finalmente, propone una solución legislativa a la laguna legal respecto al tema e insta a los colegas a abordarlo.

PALABRAS CLAVES: Trabajo, inteligencia artificial, algoritmos, decisiones automatizadas.

ABSTRACT: The issue of artificial intelligence and its interference in labor matter is a topic that has not yet been addressed in depth by the Paraguayan legal community, despite the undeniable and widespread fear of people in being replaced in their jobs by intelligent machines, leaving people without economic sustenance for their survival and for their families. This essay addresses that question, with an optimistic view and looking at AI devices as tools rather than competition. On the other hand, the essay warns that the replacement of people in work tasks is not the only way in which artificial intelligence could have an impact on labor relations, but that it can also be part in human resource selection processes, as well as in the automated assignment of tasks, control and supervision of workers, and even the possibility of applying sanctions automatically. Finally, the essay proposes a legislative solution to the legal loophole regarding the matter and urges colleagues to broach the subject.

KEYWORDS: Work, artificial intelligence, algorithms, automatic decisions.

Sumario

1. Inteligencia artificial, más cerca de lo que pensamos. 2. Inteligencia artificial y algoritmos. 3. Trabajo vs. Inteligencia Artificial. 4. Modos en que puede influir la inteligencia artificial en el trabajo. 4.1. En la etapa precontractual. 4.2. En la etapa contractual. 4.3. En el ámbito disciplinario. 5. Conclusiones.

Inteligencia artificial, más cerca de lo que pensamos.

Sin lugar a dudas, la inteligencia artificial (IA) se encuentra profundamente inmersa en las actividades cotidiana de las personas, tanto en el plano personal como en el social, y tal es así que, muchas veces, ni siquiera es posible darse

¹ Abogado por la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción (2017). Director de la Revista Jurídica N° 25, año 2016. Relator de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Especialista en Derecho del Trabajo Facultad FOTRIEM (2021). Especialización en Problemas actuales del Derecho del Trabajo y Economía Digital - Universidad de Salamanca (2023). email: rafaleiva93@gmail.com

cuenta de que se está utilizando inteligencia artificial para llevar a cabo tareas de lo más simples, causando así un impacto trascendental en la forma de desenvolverse en la sociedad, que lleva, inclusive, a un estado de dependencia de las funciones de la IA en el día a día.

Un ejemplo básico de esto, se da al escribir un mensaje de texto en un teléfono inteligente con pantalla táctil, cosa que, en realidad, no es del todo sencillo, ya que al no contar con un teclado, se torna un poco complicado hallar el lugar exacto de las letras en la pantalla lisa y plana, sin embargo, gracias al texto predictivo del teléfono, los errores son corregidos de forma automática por el propio dispositivo, utilizando inteligencia artificial, la cual recoge datos que los propios usuarios le proporcionan, para luego ser almacenados y procesados por los algoritmos, cuya función es proponer estas predicciones de texto al usuario, las cuales surgen a partir de las palabras utilizadas con frecuencia, o bien, del diccionario del idioma en el que estemos escribiendo, que el propio dispositivo, a través de su interfaz, obtiene de internet.

Inteligencia artificial y algoritmos.

Con el ejemplo brindado, se puede llegar a una idea de cómo funciona la inteligencia artificial, pero ¿qué es, realmente? Para poder entender mejor, resulta útil recurrir a una definición brindada por la Comisión de Expertos de Alto Nivel (HLEG por sus siglas en inglés) de la Comisión Europea, que es la siguiente: *“sistemas de software (y posiblemente también de hardware) diseñados por humanos que, ante un objetivo complejo, actúan en la dimensión física o digital: Percibiendo su entorno, a través de la adquisición e interpretación de datos estructurados o no estructurados. Razonando sobre el conocimiento, procesando la información derivada de estos datos y decidiendo las mejores acciones para lograr el objetivo dado. Los sistemas de IA pueden usar reglas simbólicas o aprender un modelo numérico. También pueden adaptar su comportamiento al analizar cómo el medio ambiente se ve afectado por sus acciones previas.”*²

La definición es sumamente clara, pero para un mejor entendimiento, conviene desentrañarla en sus conceptos para poder aplicarla al plano que aborda este ensayo: primeramente, la definición habla de sistema o programa informático que pueden actuar, en base a las instrucciones dadas por el operador, de forma física o digital. Esto quiere decir que la percepción de información puede darse a través del entorno, es decir, recabando datos a través de receptores que podrían funcionar como sentidos, así como también puede darse a través de la carga de datos directamente al sistema informático. También, en esta definición se mencionan tres “etapas” de operación de la inteligencia artificial: la primera: adquisición e interpretación de datos, la segunda: el razonamiento y procesamiento de los mismos y, por último, la toma de una decisión de llevar a cabo determinadas acciones para lograr el objetivo planteado.

² Gobierno de España, Qué es la Inteligencia Artificial, <https://planderecuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-iaptr#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20Europea%20la%20define,datos%20estructurados%20o%20no%20estructurados>.

Entonces, para que un sistema de IA funcione correctamente, deben cumplirse las tres etapas mencionadas, siendo la segunda la más importante de todas, puesto que allí se encuentra la operación principal, realizada de forma automática, por el dispositivo de inteligencia artificial, partiendo de la premisa de que la primera y la tercera etapas pueden darse mediante la simple programación por parte de los operadores.

Esto es así porque el programador puede cargar datos al sistema del dispositivo -o bien, instruir al sistema cómo y de dónde debe obtener los datos- (primera etapa) y, en base tal información, ordenarle al dispositivo que procese dichos datos y llegue a una conclusión (tercera etapa), siendo la etapa del procesamiento de datos el verdadero trabajo a ser realizado por el sistema de inteligencia artificial.

De ahí que surge la pregunta lógica: ¿cómo es que la inteligencia artificial procesa esos datos para llegar a una decisión? Es allí donde entran los algoritmos, ya mencionados en el ejemplo brindado al principio. Entonces, ¿qué son los “algoritmos”? Últimamente, es frecuente oír este término al hablar de redes sociales y se lo relaciona con la capacidad que tienen las mismas de mostrar contenidos o publicidades de productos relacionados a búsquedas previas hechas en la misma aplicación de la red social o en otras similares. El mecanismo utilizado por las redes sociales para mostrarnos esa publicidad es el de los algoritmos, a los que el Profesor Baz Rodríguez define como “conjunto de instrucciones u operaciones matemáticas orientadas a obtener un cálculo o un resultado”³.

Es bastante recurrente preguntarse “¿cómo es que esta aplicación sabe que estoy necesitando esto?” y es porque las mismas poseen un sistema automatizado de recolección, almacenamiento y procesamiento de datos, los cuales son brindados a las redes sociales a través de cada acción realizada por los usuarios dentro de las mismas. Luego, esos datos se traducen a un lenguaje programático que lleva a la aplicación a tomar decisiones y llevar a cabo acciones de forma totalmente automática que, en este caso, es la de mostrar cierta clase de contenidos o propuestas comerciales que el sistema de algoritmos considera apropiado para un usuario determinado. Esto, se da a través de una suerte de “aprendizaje” de preferencias, luego de haber realizado búsquedas o haber interactuado con distintos tipos de contenidos.

Es exactamente esto lo que se explicaba en el ejemplo del principio, respecto al texto predictivo de los teléfonos inteligentes. Básicamente, los aparatos están aprendiendo cada día más de las personas, en su forma de escribir, los contenidos que consumen, hasta la forma en que hablan, a través de los comandos de voz. Todos estos implementos de la tecnología acompañan constantemente a las personas en sus quehaceres cotidianos, de forma hasta casi imperceptible, haciendo, de alguna forma, las vidas de los seres humanos mucho más sencilla.

³ Jesús Baz Rodríguez, “Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva”, Trabajo y Derecho, N° 89 (2022): 2

A pesar de todas las bondades que pudiera otorgar un sistema de IA, hay que tener en cuenta que sigue siendo una tecnología completamente falible, por lo cual, volviendo al ejemplo brindado al principio, siempre es necesario un control del usuario antes de enviar un mensaje cuyo texto pudo haber sido redactado de forma incorrecta por la inteligencia artificial. El caso del texto predictivo en el teléfono inteligente, resulta bastante útil para precisar la dinámica de la inteligencia artificial y los algoritmos, así como su incidencia en el trabajo, además de hacer notar, también, que la IA está presente desde hace ya bastante tiempo y no sólo en los últimos años, en que aparecieron plataformas capaces de realizar tareas de forma automática y con una precisión sorprendente –hasta aterradora, para algunos– lo cual ha ido ganando gran popularidad, en razón de que resulta increíble que una máquina pueda realizar determinadas funciones que requieren de gran esfuerzo intelectual.

Trabajo vs. Inteligencia Artificial.

Por todo lo dicho, es que mucha gente empieza a reflexionar y llegar a la conclusión de que la tecnología de la IA avanzará, cada vez más, hasta llegar al punto en que podrán reemplazar casi cualquier actividad humana, lo cual, a su vez, significa que se prescindirá de los humanos para realizar ciertas tareas. En palabras más sencillas, los trabajadores se ven amenazados de ser reemplazados por dispositivos con inteligencia artificial.

Y es que, mirando desde un punto de vista objetivo, es un temor completamente fundado, puesto que, hoy en día, es factible tener una conversación con una máquina, de hecho, mucha gente lo hace y lo utiliza para obtener información de cualquier área. En consecuencia, ¿cómo podríamos evitar que un trabajador sienta temor de que su trabajo pueda ser ejercido por una máquina? Esto, teniendo en consideración que las máquinas no cobran salario ni aguinaldo, no tienen vacaciones, no se cansan, pueden trabajar las veinticuatro horas, los siete días de la semana.

El miedo del trabajador, repetimos, está plenamente justificado, pues, en el hipotético caso de un trabajador se dedica exclusivamente a recibir y derivar llamadas telefónicas, podría decirse que es un trabajo mecánico, que no requiere de un gran y profundo razonamiento intelectual, por lo cual, es fácilmente reemplazable por un dispositivo con inteligencia artificial, que se encargue de realizar la misma tarea, a un precio mucho más barato para el empleador.

Sin embargo, no es la primera vez que ocurre una revolución de este tipo y la IA no es la primera herramienta que trae consigo esa sensación de “peligro” para los trabajadores, sino que, probablemente, lo mismo ocurrió cuando fue inventado el correo electrónico, momento en que los carteros y/o servicios de correspondencia también se vieron amenazados de perder sus trabajos a causa de que las personas empezaban a utilizar esta nueva herramienta digital, dejando de lado el uso de cartas físicas.

Igualmente, habrá ocurrido lo mismo cuando las personas dejaron de adquirir periódicos físicos, en razón de que podían acceder a ellos de forma digital, a través de internet y de la misma manera, en cualquier otro momento de la historia en que la máquina amenazó con reemplazar al trabajo del hombre.

A pesar de todos estos sucesos, las personas siempre han podido reinventarse y adaptarse a las nuevas tecnologías, cambiando sus hábitos y buscando nuevas oportunidades para ganarse la vida.

El ser humano es un animal de costumbres y va siempre acomodándose a las distintas situaciones y sopesando las adversidades que se le presentan en la vida en sociedad. De hecho, si se mirara hacia atrás y se analizara cómo era la vida hace cien años, probablemente sería imposible comprender cómo aquellas personas sobrevivían, sin tener las comodidades que hoy en día son de lo más común y sin muchos de los derechos que hoy parecen de los más básicos, pero que en aquel tiempo parecían inconcebibles.

Pues bien, a consideración del autor, lo mismo ocurre –o, mejor dicho, ocurrirá– con la inteligencia artificial y el trabajo, ya que, con suma seguridad, los trabajadores se reinventarán y encontrarán las maneras adecuadas de salir adelante y conseguir nuevas formas de ganarse la vida. Esto, asumiendo que ocurrirá el peor de los casos, el cual es el de la destitución de trabajadores por adquisición de tecnologías de inteligencia artificial en reemplazo de la mano de obra humana, cosa que tampoco es del todo probable que ocurra.

Ahora bien, como también se ha mencionado más arriba, la inteligencia artificial sigue siendo falible y, en la mayoría de los casos, aún se requiere del control o supervisión del ser humano antes de permitir que la máquina tome decisiones definitivas por sí misma.

Entonces, se puede poner como ejemplo a un trabajador que cumplía una determinada función en una empresa y que fuera reemplazada por un dispositivo de IA, ¿qué debería hacer el trabajador? Pues, tiene varias opciones, una de ellas, por ejemplo, sería fungir de programador, operador o supervisor de dicho dispositivo, para lo cual, obviamente, deberá capacitarse en el uso de la herramienta, pero seguirá realizando el trabajo en el área en que ya posee amplio conocimiento. Con esto, el trabajador estará utilizando la inteligencia artificial como herramienta, no como competencia.

Ésta es la forma en que debe ser vista la inteligencia artificial, como un progreso, como algo positivo que será favorable a todos, puesto que, efectivamente, servirá para simplificar en gran medida un sinnúmero de tareas, lo que significará, a su vez, que los talentos humanos puedan ser mejor utilizados para trabajos más complejos, dejando a las funciones más sencillas o mecánicas a cargo de dispositivos de IA. Esto, a su vez, podría servir para que los trabajadores no se conformen con realizar el mismo trabajo sencillo durante toda su vida, sino que los motivará a formarse, buscar nuevas oportunidades en funciones

más complejas, con un mayor grado de tecnicidad, lo que, a su vez, influirá en el desarrollo intelectual de todas las personas.

Además de todo esto, se debe recordar que será imposible que la máquina reemplace en un cien por ciento a la mano y al cerebro humano, por lo menos en un corto período de tiempo, puesto que, como ya se ha dicho, la inteligencia artificial es completamente falible y requiere siempre de la supervisión de seres humanos, por lo cual, al menos por el momento, el ingreso de esta tecnología no traerá consigo despidos masivos y pobreza extrema, sino que, simplemente, las funciones de determinados puestos de trabajo podrían llegar a cambiar en cierta medida y traerá como consecuencia, además, que los trabajadores deban capacitarse, formarse intelectualmente y dominar a la inteligencia artificial para utilizarla como herramienta.

Modos en que puede influir la inteligencia artificial en el trabajo.

El reemplazo a los trabajadores en sus funciones laborales específicas no es la única forma en que la inteligencia artificial podría afectarlos en el ámbito laboral, sino que puede incidir de otras distintas maneras.

El Profesor Baz Rodríguez, respecto a la inteligencia artificial en el ámbito del trabajo, expresa lo siguiente: *“Esta se proyecta ya sobre la práctica totalidad de las facetas que componen la autonomía organizativa del empleador en la gestión del trabajo por cuenta ajena (selección de trabajadores, asignación y planificación de tareas, tecnificación del ejercicio de los poderes de dirección, vigilancia y disciplina, etc.), dando lugar a la conocida premisa alegórica y personificadora —sólo admisible como metáfora divulgativa carente de rigor técnico-jurídico— del algoritmo como «jefe» o agente ejecutor de poderes delegados, que deja «en la sombra» a la figura del empleador como titular del poder-prerrogativa jurídica y responsable de su ejercicio”*⁴.

Y es que, categóricamente, la inteligencia artificial pasa a tomar un papel preponderante en el ámbito laboral de la empresa que la utiliza, especialmente en la toma de decisiones respecto a diversos aspectos concernientes a la administración del trabajo y de los trabajadores de tales empresas, en las diferentes etapas de una relación laboral, las cuales pueden ser:

En la etapa precontractual: la inteligencia artificial puede ser (y, de hecho, lo es en algunos casos) perfectamente utilizable en el proceso de selección de nuevos trabajadores en puestos vacantes dentro de una empresa.

Para las grandes firmas, con gran cantidad de empleados y puestos laborales, la selección de nuevos trabajadores puede llegar a constituir un problema, en atención a que reciben cientos y hasta miles de postulaciones para cubrir un solo puesto vacante. El control y análisis de dichas postulaciones toma excesivo tiempo a los encargados de realizar ese trabajo, con miras a conseguir designar

⁴ Ibid, 3

al mejor candidato. Entonces, se recurre a la inteligencia artificial como apoyo para esta exhaustiva tarea, para lo cual, se cargan en el sistema los datos de cada postulante, así como también, el perfil que la empresa está buscando o requiriendo.

Sobre el procesamiento de estos datos, el Profesor Baz Tejedor, enseña: *“... el análisis automatizado de la información o EP (data processing), sobre la que se produce la operación algorítmica que, partiendo de modelos y patrones, realiza inferencias e identifica correlaciones para su aplicación a una persona, respecto de la cual se evalúan sus características o patrones de comportamiento con el fin de asignarla a una determinada categoría, de tal modo que puedan llevarse a cabo predicciones, lejos de una lógica de la causalidad sino de la probabilidad, acerca de su capacidad para realizar una tarea, sus intereses o su comportamiento probable, quedando el trabajador, a partir de un eventual análisis de sus características de aptitud y actitud, sujeto a una predicción en torno a su comportamiento o estado futuros, al descubrirse información nueva u oculta”⁵.*

Aquí, entran a tallar varias cuestiones a tener en consideración y sobre las que cabe reflexionar. En primer lugar, un tema bastante conflictivo: el de la discriminación en la contratación de nuevos trabajadores, que puede darse por distintos motivos, pero los más recurrentes -e indignantes- son los de sexo o aspecto físico (cuando se exige “buena presencia”), sin perjuicio de que puedan existir muchos otros.

Si esta tarea ya es un problema cuando la decisión está a cargo de personas, ¿qué sería cuando la misma esté a cargo de una máquina? Pues, lo que hace la inteligencia artificial aquí es descartar a los perfiles que no reúnen requisitos básicos impuestos por la empresa. Se debe aclarar que la cuestión de la responsabilidad respecto a dicha discriminación no está en discusión, ya que, como se ha mencionado, la inteligencia artificial es sólo una herramienta utilizada por el empleador para realizar una tarea, por lo que la responsabilidad de la discriminación (en caso de darse) sigue recayendo sobre el empleador.

Sin embargo, el inconveniente en la utilización de sistemas de IA para esta función, se da cuando los perfiles son analizados en base a datos que posiblemente no den fe de que una persona sea apta o no para un puesto laboral, sino que se analizan únicamente los datos brindados y la selección se basa nada más que en predicciones, como dice el profesor Baz Tejedor en la última cita.

Sirve exponer como ejemplo un caso hipotético para ver una posible situación problemática en esta circunstancia: una persona se postula para un puesto de trabajo en una empresa, estando con creces calificada para ejercerlo. Para la postulación, debe enviar su *currículum vitae* a una dirección de correo electrónico determinada en formato PDF, sin embargo, lo hace en formato docx (formato de Microsoft Word) y, en consecuencia, el sistema de inteligencia artificial lo

⁵ José Antonio Baz Tejedor, “Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible”, Trabajo y Derecho, N° 11 (2020): 3-4

descarta sin siquiera empezar a considerarlo.

Esta situación lleva preguntarnos si es realmente fiable un sistema de éstos, por lo que la respuesta es, claramente, que no, sin embargo, este supuesto puede llegar a variar, debido a que, al fin y al cabo, el dispositivo –usualmente– es perfectamente configurable, sin embargo, riesgos como estos siempre están latentes.

Por tales motivos, se considera que siempre es necesaria la supervisión de seres humanos sobre estos procesos para evitar este tipo de situaciones, pero ello es exclusiva potestad de la empresa que utiliza a la inteligencia artificial como herramienta para el proceso de selección, por lo que tiene la potestad, también, de dejar que la decisión sea tomada exclusivamente por el dispositivo de IA.

Entonces, ¿debería prohibirse el uso de este sistema por ser arbitrario? En realidad, la arbitrariedad no pasa por la utilización de una herramienta para la selección de nuevos trabajadores, sino que, más bien, se encuentra en el ámbito de estudio de la igualdad laboral –en este caso, en el proceso de selección–, ya que, en la actualidad, la designación de nuevos trabajadores una potestad exclusiva del empleador, lo cual, a su vez, trae aparejada la facultad de utilizar cualquier herramienta para el efecto.

En estos mismos términos –y volviendo a la pregunta propuesta–, la prohibición del uso de la inteligencia artificial para este efecto implicaría vedar el uso de una herramienta que podría ser de gran utilidad para la selección de nuevos empleados, teniendo en consideración que el gran volumen de trabajo que podría acarrear el control de cientos o miles de postulaciones puede verse reducido en un 80% aproximadamente gracias a este sistema.

En la etapa contractual: durante la relación laboral, puede usarse la inteligencia artificial para asignar funciones a los trabajadores de forma automática, como, por ejemplo, la designación a un conductor de una plataforma digital de transporte de personas para realizar un viaje. Si bien, podría no ser el mejor ejemplo de todos, en razón de que existe discusión respecto a si estos trabajadores son considerados dependientes o no, es válido para explicar la incidencia de la inteligencia artificial en cuanto a la asignación de tareas, y no solamente ello, sino que, además, también establece la ruta que debe tomar y la remuneración que el trabajador obtendrá por ese viaje.

Esto, sin dudas, es dotar de bastante poder al sistema de inteligencia artificial, sin embargo, en casos como esos, es la única forma de cumplir con la demanda de dichas plataformas, además del hecho que los conductores conocen y aceptan esta condición, teniendo, también, la facultad de rechazar dichas asignaciones.

Por otro lado, si se toma como ejemplo a un abogado, trabajador de un es-

tudio jurídico, donde los casos son asignados por inteligencia artificial de acuerdo a ciertos parámetros de especialidad de cada profesional, la situación cambia bastante, puesto que, efectivamente, la inteligencia artificial está cumpliendo una función de “jefe”, desplazando así al ser humano del poder de dar directrices que tiene cualquier superior respecto a su inferior, más aún si se agrega la variable de que dichos trabajadores no tengan la facultad de rechazar o delegar tales casos, por obligación contractual y legal (Art. 65 inc. a)⁶.

Así como en el caso del proceso de selección, puede decirse que la utilización de un sistema de IA para la asignación de tareas a los trabajadores, es plenamente válida, pues, se trata de delegar el trabajo a una herramienta útil y efectiva para tal efecto, lo cual, visto desde la óptica del Art. 64 inc. a) del Código del Trabajo⁷, es aceptable y no existe inconveniente legal para que la empresa pueda implementar este mecanismo en el afán del cumplimiento efectivo y eficiente de sus faenas. Sin embargo, como es fácilmente perceptible, este sistema puede llegar a traer consecuencias molestas o hasta injustas a causa de las decisiones adoptadas, por lo que será requerida, obligatoriamente, la intervención del ser humano en carácter de supervisor.

La doctrina sigue enseñando: *“En cuanto a la dimensión más técnica relativa a los eventuales errores, esta tecnología operativa sobre macrodatos aumenta la probabilidad de encontrar correlaciones espurias o falsas entre variables, el denominado error por azar o relación entre variables en virtud de la pura coincidencia, que puede conllevar a adoptar decisiones erróneas”*⁸.

Esta cita es también aplicable a la etapa precontractual, tocada precedentemente, y refuerza la necesidad de control por parte del ser humano respecto a las decisiones adoptadas por la inteligencia artificial.

En el ámbito disciplinario: si bien, se puede incluir a este aspecto en la etapa contractual, es importante destacarla como una cuestión separada a ella, en razón de que puede acarrear, también, la terminación de un vínculo laboral.

La inteligencia artificial puede intervenir de forma directa en la toma de decisiones respecto a las sanciones aplicables a trabajadores por contravención a alguna norma de conducta interna de la empresa, establecido en el Reglamento Interno de Trabajo, o bien, por incumplimiento de lo estipulado en el contrato individual de trabajo. Esto se da a través del control automatizado a los trabajadores en cuanto a, por ejemplo, su permanencia en el lugar de trabajo, asistencia, puntualidad o cumplimiento de la tarea otorgada. La falta a cualquiera de estos indicadores por parte de los trabajadores puede derivar en su despido con justa causa, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 81 inc. m), p), q) y r) del Código del Trabajo.⁹

⁶ Artículo 65°.- Son obligaciones de los trabajadores: a) Realizar personalmente el trabajo contratado, bajo la dirección del empleador o sus representantes a cuya autoridad estarán sometidos en todo lo concerniente a la prestación estipulada.

⁷ Artículo 64°.- Los empleadores tienen los siguientes derechos: a) Organizar, dirigir y administrar el trabajo en sus establecimientos industriales, comerciales o en cualquier otro lugar

⁸ José Antonio Baz Tejedor, “Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible”, Trabajo y Derecho, N° 11 (2020): 5

⁹ **Artículo 81°.-** Son causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del empleador, las siguientes: m) El

Debe tenerse en cuenta que la sanción a ser impartida no debe ser, necesariamente, el despido, sino que puede ser una más leve, no obstante, lo importante a tener en cuenta es que existe la posibilidad de programar el dispositivo de inteligencia artificial para que, de forma automática, tome la decisión de imponer una sanción al trabajador en el momento en que incurra en alguna falta, incluyendo así la posibilidad de dar por terminada una relación de trabajo cuando se configure alguna de las causales del Art. 81 del Código del Trabajo.

Las faltas cometidas por los trabajadores pueden ser advertidas por el propio dispositivo de IA, a través de la recolección de datos que pueden ser brindados al sistema por medio de un programa informático que lo conecte, por ejemplo, con los relojes marcadores de entrada y salida, para obtener los datos de asistencia y puntualidad de los trabajadores.

No deja de ser una herramienta de control sumamente útil, pero nuevamente, teniendo en cuenta las posibilidades de error del sistema de inteligencia artificial, se debe tener especial atención en este aspecto, mucho más aún en cuanto la sanción impuesta de forma automática sea la de despido justificado, lo cual podría llevar a un gran perjuicio al trabajador si es que existe un error, así como también, para la empresa, en caso de que se plantee una demanda judicial en su contra y la pérdida a causa de un error.

Conclusiones.

En base a lo visto en las reflexiones anotadas a lo largo de este ensayo, se puede concluir, en primer lugar, que existe la temida posibilidad de que la inteligencia artificial reemplace a la persona humana en varias funciones, sin embargo, no la dejará sin trabajo, sino que la complementará y servirá de herramienta para realizar tareas de manera mucho más eficiente. Por otro lado, obligará a las personas a capacitarse y ejercer funciones más complejas.

Por otro lado, se puede afirmar que la inteligencia artificial sí tendrá incidencias en diversos factores del ámbito laboral, los cuales fueron vistos a lo largo del ensayo, sin perjuicio de que puedan ser más que los que fueron mencionados; y, tras haber visto lo que puede ocasionar la inteligencia artificial en las diferentes etapas de una relación de trabajo, se puede llegar a otra conclusión: es OBLIGATORIO que las decisiones a ser adoptadas por inteligencia artificial, respecto al trabajo, sea controlada, supervisada y sujeta a aprobación de una persona humana, con la finalidad de evitar cualquier tipo de inconvenientes que podrían derivar desde un pequeño error en el cómputo de algunos datos hasta

trabajo a desgano o disminución intencional en el rendimiento del trabajo y la incitación a otros trabajadores para el mismo fin p) La inasistencia del trabajador a las tareas contratadas durante tres días consecutivos o cuatro veces en el mes, siempre que se produjera sin permiso o sin causa justificada; q) El abandono del trabajo de parte del trabajador. Se entiende por abandono del trabajo: 1) la dejación o interrupción intempestiva e injustificada de las tareas; 2) la negativa de trabajar en las labores a que ha sido destinado; y, 3) la falta injustificada o sin aviso previo, de asistencia del trabajador que tenga a su cargo una faena o máquina, cuya paralización implique perturbación en el resto de la obra o industria. El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo quedará configurado, con la falta de justificación o silencio del trabajador, ante intimación hecha en forma fehaciente para que se reintegre al trabajo, en un plazo no menor de tres días; r) La falta reiterada de puntualidad del trabajador en el cumplimiento del horario de trabajo, después de haber sido apercibido por el empleador o sus delegados

el erróneo despido “justificado” de un trabajador.

Por este motivo, es imperiosa la creación de una ley que establezca los límites del uso de la inteligencia artificial por parte de los empleadores, en razón de que, hoy en día, no existe límite alguno para ellos en este aspecto. En ese sentido, se propone que la nueva ley contenga, principalmente, dos aspectos fundamentales:

En primer lugar, la obligatoriedad del consentimiento del trabajador respecto a la utilización de herramientas de inteligencia artificial por parte del empleador, quien deberá proveer información clara y precisa al trabajador respecto a la forma en que será utilizada dicha herramienta, así como los datos que utilizarán para el efecto y las decisiones que podrá tomar el dispositivo de forma automatizada. Así también, se deberá permitir al trabajador la posibilidad de negarse a someterse a dicho sistema, salvo que sea necesario para poder llevar a cabo el trabajo.

Esta norma, se daría tomando como inspiración principalmente dos normas europeas: por un lado, el Art. 22, apartados 1, 2 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, que establece lo siguiente: *“Artículo 22 Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles 1. Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. 2. El apartado 1 no se aplicará si la decisión: a) es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; b) está autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o c) se basa en el consentimiento explícito del interesado.”*

Y, por otro lado, el Real Decreto Ley N° 9/2021 del Reino de España¹⁰, que dispone: *“Artículo único. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue: Uno. Se introduce una nueva letra d) en el artículo 64.4, con la siguiente redacción: «d) Ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.»”*

¹⁰ Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, si bien, se trata de una norma dirigida a un grupo de trabajadores específico, es completamente aplicable a cualquier tipo de relación laboral en que se utilice inteligencia artificial y algoritmos para tomar decisiones.

En segundo lugar, la nueva ley debe establecer que el empleador esté obligado a observar, controlar, revisar, revocar y/o dar explicación respecto a una decisión adoptada por el sistema de inteligencia artificial, cuando el trabajador afectado lo solicite, sin perjuicio de que pueda hacerlo también por voluntad propia.

Para este efecto, también puede tenerse en consideración lo dispuesto en el Art. 22, apartados 3 del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, que establece lo siguiente: *“Artículo 22 Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles 3. En los casos a que se refiere el apartado 2, letras a) y c), el responsable del tratamiento adoptará las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, como mínimo el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.”*

Este ensayo constituye nada más una mínima aproximación a las varias y diversas formas en que la inteligencia artificial incide –o podría incidir– en el ámbito del trabajo en la República del Paraguay, así como también, las problemáticas que podría acarrear su utilización irresponsable.

Sobre el punto, es importante remarcar que nuestro país aún no cuenta con legislación que regule este aspecto y es por tal motivo que, sin dudas, es éste es el momento de debatir sobre el tema, con la finalidad de advertir sobre las debilidades y prevenir los posibles riesgos que podría traer consigo la aplicación descontrolada de estas nuevas tecnologías

Por tales motivos es que se hace una invitación a los lectores a abordar este tema, formulando debates y propuestas, con miras a avanzar hacia a una legislación completa, que otorgue seguridad jurídica, en pos de un mejor control y administración efectiva de la inteligencia artificial en el ámbito laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- Baz Rodríguez, Jesús, "Responsabilidad algorítmica y gobernanza de la inteligencia artificial en el ámbito sociolaboral. Entre la perspectiva y la prospectiva", *Trabajo y Derecho*, N° 89 (2022).
- Baz Tejedor, José Antonio, "Inteligencia artificial y privacidad del trabajador predecible", *Trabajo y Derecho*, N° 11 (2020).
- Código de Trabajo Ley N° 213/1999.
- Gobierno de España, Qué es la Inteligencia Artificial, <https://plande-recuperacion.gob.es/noticias/que-es-inteligencia-artificial-apr#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20Europea%20la%20define,datos%20estructurados%20o%20no%20estructurados>.
- Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales



revistajurídica

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO



100 AÑOS DEL PACTO GONDRA

Ignacio Cazaña Portella¹

RESUMEN: Este artículo destaca la trascendencia histórica que ha tenido el “Tratado para Evitar o Prevenir Conflictos entre los Estados Americanos”, más conocido como el “Pacto Gondra”, en honor a su impulsor, el diplomático paraguayo Manuel Gondra, en el desarrollo del Derecho Internacional y en la Historia Diplomática del Paraguay y de las Américas, aprovechando el centenario de la elaboración y adopción de este significativo instrumento. A tal efecto, se mencionan, entre otras cuestiones, los antecedentes de los mecanismos jurídicos de solución pacífica de controversias en la región, el contexto histórico de la Quinta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Santiago, Chile, en 1923, espacio donde se dio origen al citado documento, y la trayectoria intelectual, política y diplomática de Manuel Gondra, quien fue el Jefe de la Delegación del Paraguay en la citada conferencia panamericana. Igualmente, el artículo detalla las arduas negociaciones diplomáticas que fueron necesarias para dar origen al instrumento, resaltando la amplia y favorable recepción que obtuvo finalmente por los Estados y su importante legado en el proceso de desarrollo del Derecho Internacional sobre solución pacífica de controversias internacionales.

PALABRAS CLAVE: Pacto Gondra, Derecho Internacional, Historia Diplomática, Diplomacia, Paraguay, Conferencia Panamericana, Gondra.

ABSTRACT: This article highlights the historical significance that the “Treaty to Avoid or Prevent Conflicts between the American States”, better known as the “Gondra Pact”, in honor of its promoter, the Paraguayan diplomat Manuel Gondra, has had in the development of International Law and in the Diplomatic History of Paraguay and the Americas, on the occasion of the centenary of its elaboration and adoption. To this end, among other topics, the background of the legal mechanisms for the peaceful settlement of disputes in the region, the historical context of the Fifth International American Conference, held in Santiago, Chile, in 1923, where the document was made, and the intellectual, political, and diplomatic career of Manuel Gondra, who was the Head of the Paraguayan Delegation at the aforementioned Pan-American conference, are mentioned. Likewise, the article details the arduous diplomatic negotiations that were necessary to give rise to the instrument, highlighting the wide and favorable reception that it finally obtained by the States and its important legacy in the development of International Law on the peaceful settlement of international disputes.

KEYWORDS: Gondra Pact, International Law, Diplomatic History, Diplomacy, Paraguay, Panamerican Conference, Gondra.

Introducción

El 3 de mayo de 1923, durante la Quinta Conferencia Internacional Americana en Santiago de Chile, un hombre de cincuenta y un años, representando a la delegación del Paraguay, presentó una propuesta de tratado continental destinado a prevenir conflictos entre los Estados de la región. A pesar de sus problemas de salud, su voz resonó en la sala del Palacio del Congreso Nacional de Chile, donde se celebraba la conferencia panamericana. Tras su discurso, que se centró

¹ Abogado y notario por la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”; Magister en Derecho Internacional por la Universidad de Heidelberg (Alemania) y la Universidad de Chile (Chile). Miembro del Servicio Diplomático y Consular de la República del Paraguay, actualmente prestando funciones como Representante Alterno en la Misión Permanente del Paraguay ante la Organización de los Estados Americanos (OEA).

en la necesidad de un “desarme moral” en la región, la propuesta fue aprobada y suscrita por los diplomáticos presentes.

Esta propuesta, conocida como el “Tratado para Evitar o Prevenir Conflictos entre los Estados Americanos”, pasó a la historia como el “Pacto Gondra”, “Convención Gondra” o “Tratado Gondra”, en honor a Manuel Gondra, uno de los personajes más destacados de la historia paraguaya. Fue él quien impulsó la iniciativa y encabezó los esfuerzos de los delegados de la Quinta Conferencia para materializarla.

En el año 2023, se cumplen cien años de aquel hito jurídico y diplomático. Esta conmemoración nos insta a recordar la importancia y trascendencia histórica del Pacto Gondra en el contexto de los mecanismos de solución de controversias internacionales en el continente americano, así como a reconocer la figura del ilustre paraguayo que impulsó una de las mayores proezas en la historia diplomática del Paraguay e interamericana.

Antecedentes de la Quinta Conferencia Internacional Americana y de los Mecanismos de Solución de Controversias en la Región

Desde el proceso de Independencia de las naciones iberoamericanas en la primera mitad del siglo XIX se produjeron intentos de fortalecer la unión de las flamantes repúblicas para hacer frente a los diferentes problemas internos y amenazas externas. No obstante, con el fin del poder colonial y de la pertenencia a un mismo Imperio, en el caso de aquellas que se separaron de España, también se han reavivado las disputas entre ellas, principalmente las vinculadas a cuestiones de límites.

En tal sentido, en el Congreso de Panamá de 1826, convocado por Simón Bolívar, el primero de los encuentros entre representantes de las naciones americanas para discutir intereses comunes, hubo referencias a principios y mecanismos a ser observados por los Estados para la solución pacífica de las controversias que hubiese entre ellos². En los instrumentos resultantes de conferencias posteriores: los Congresos de Lima de 1847 y 1848³, de Santiago de 1856⁴, y de Lima de 1864 y 1865⁵ se volvieron a plantear principios y procedimientos relativos al arreglo pacífico de las disputas entre naciones contratantes. No obstante,

² El “Tratado de Unión, Liga y Confederación perpetua entre las Repúblicas de Colombia, Centro América, Perú y Estados Unidos Mexicanos”, del 15 de julio de 1826, obligaba a los Estados Parte a resolver “amigablemente entre sí”, todas sus diferencias, contemplando un recurso de conciliación ante la Asamblea General formada por dicho instrumento (artículo 16), la prohibición de declaración de guerra y de adopción de actos de represalias, sin llevar antes su causa apoyada en los documentos, a la decisión conciliatoria de la Asamblea General (artículo 17), y la decisión de expulsión de la nación que infringiera dichas normas (artículo 19). En el continente, la remisión de una disputa entre integrantes de sistema confederado al cuerpo asambleario común ya se encontraba previsto en los “Artículos de la Confederación” de los Estados Unidos de América, uno de los documentos fundacionales de dicho país, en cuyo artículo 9 se contempla que “El Congreso de los Estados Unidos juzgará en única instancia todas las disputas y diferencias suscitadas o que pudiere suscitarse en lo sucesivo entre dos o más Estados sobre límites, jurisdicción o cualquiera otra materia”.

³ El “Tratado de Confederación”, del 8 de febrero de 1848, contemplaba el principio de solución pacífica de controversias, con limitaciones (artículo 9), así como mecanismos para tal efecto como negociaciones directas, buenos oficios, arbitraje y fallo del Congreso de los Plenipotenciarios (artículo 10).

⁴ El “Tratado Continental”, firmado en Santiago de Chile el 15 de septiembre de 1856 entre Chile, Ecuador y Perú, establecía en su artículo 19 el principio de solución pacífica de las disputas entre las Partes.

⁵ El “Tratado sobre la Conservación de la Paz”, firmada en Lima el 23 de enero de 1865 entre Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Perú, y Venezuela, disponía la obligación de solución pacífica de las controversias, desarrollando un procedimiento arbitral con posibilidad de intervención del Congreso de Plenipotenciarios.

estos congresos, convocados con la intención de profundizar la unidad e integración de los países americanos, terminaron fracasando y arrastrando con ellos a sus respectivos instrumentos y procedimientos.

Así, durante el siglo XIX, los Estados del continente recurrieron a la vía armada para resolver sus disputas, especialmente las relacionadas con los límites, lo que en general beneficiaba al más poderoso de los Estados involucrados. Conflictos como la Guerra de la Triple Alianza, la intervención estadounidense de México, la Guerra del Pacífico, la Guerra del Cauca, la Guerra del Acre, y la Guerra del Brasil, tuvieron entre sus causas cuestiones de límites y resultaron en la pérdida de cientos de miles de vidas, elevados daños económicos y, por supuesto, cambios territoriales.

El deseo regional de consolidar la paz entre las naciones americanas tuvo que aguardar a que muchas disputas se resolvieran a través de cruentos y sangrientos conflictos, junto con la formación de sistemas de equilibrio de poder entre los países y el creciente papel de los Estados Unidos en los escenarios políticos y económicos del hemisferio.

De hecho, después de las guerras de la Triple Alianza (1864-1870) y del Pacífico (1879-1884), se comenzó a consolidar en América del Sur un sistema de balance de poderes en la región, conocido como el sistema de los "ABC", que abarcó desde la década de 1880 hasta la década de 1920, y estuvo marcado por el predominio de las tres potencias de la región: Argentina, Brasil y Chile⁶. El período se caracterizó por escasos conflictos armados en la región, en comparación con etapas anteriores, siendo la Guerra del Acre entre Bolivia y Brasil (1899-1904) el conflicto más destacable. Además, el período destacó por las tensiones y la carrera armamentística, especialmente naval, entre Argentina y Chile a fines de la década de 1890 e inicios de la década de 1900, que culminaron en la firma de los "Pactos de Mayo" en 1902, un tratado en el que ambas naciones buscaron establecer un equilibrio entre sus fuerzas mediante la limitación de sus respectivas armadas⁷.

Por otro lado, después de haber consolidado su expansión territorial desde la costa del Océano Atlántico hasta la costa del Océano Pacífico, Estados Unidos dirigió su atención e interés hacia el resto del continente, particularmente Centroamérica y el Caribe. De este modo, entre octubre de 1889 y abril de 1890 se llevó a cabo la Primera Conferencia Internacional Americana en Washington, bajo el liderazgo estadounidense. En ese momento, el interés de los países americanos se centraba en el mantenimiento de la paz en el continente y en avanzar en el desarrollo de relaciones comerciales⁸. La ley del Congreso de Estados Unidos de 1888 que autorizaba al presidente a invitar a los países americanos "a una conferencia a ser celebrada en Washington" expresaba el propósito de "dis-

⁶ Arie KACOWICZ, M. *Zones of Peace in the Third World. South America and West Africa in Comparative Perspective*. (State University of New York Press, Albany, NY, EE.UU., 1998), 72.

⁷ Robert N. BURR, *The Balance of Power in Nineteenth-Century South America: An Exploratory Essay*, en *Hispanic American Historical Review*, (Duke University Press, 1955) (Vol. 35, No. 1), 58-59.

⁸ L. S. ROWE, *The Pan American Union and The Pan American Conferences*. (Panamerican Union, Washington, D.C., EE.UU., 1940), 2.

cutir y recomendar la adopción por sus respectivos Gobiernos de algún plan de arbitraje para la resolución de los desacuerdos y las disputas que, en adelante, surgieren entre ellos”⁹.

En esta primera conferencia se acordaron 19 recomendaciones para que fueran consideradas por los gobiernos de los 18 Estados participantes, aunque ninguna de ellas implicaba un compromiso o requería ratificación. Entre estas recomendaciones se encontraba un “Plan de Arbitraje”, por el que las repúblicas americanas adoptaban el arbitraje como principio de Derecho Internacional Americano para resolver diferencias entre ellas, y su carácter obligatorio en cuestiones de privilegios diplomáticos y consulares, fronteras, territorios, indemnizaciones, derechos de navegación y validez y aplicación de tratados. La única excepción expresada era para aquellas cuestiones que puedan afectar la independencia de algunos de los Estados involucrados¹⁰.

Este plan, que fue reproducido en un tratado suscrito por algunos de los delegados de la conferencia, fue el primer instrumento a nivel continental que estableció la obligatoriedad del arbitraje para la solución pacífica de las controversias entre Estados americanos. No obstante, el instrumento fracasó en su propósito al no haber sido ratificado por ninguno de los países dentro del plazo convenido. Varios académicos coinciden en que esto se debió a las reservas de los países latinoamericanos hacia el sistema contemplado en el documento y a la influencia estadounidense sobre el mismo¹¹. Además, en esta conferencia se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, con una institución permanente: la Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas¹².

Tras el agrídulce resultado de la Conferencia de Washington, en la década siguiente continuaron los intercambios orientados a avanzar en la integración continental y en la búsqueda de establecer mecanismos de solución pacífica de las controversias. En la Segunda Conferencia Internacional Americana, celebrada entre 1901 y 1902 en la Ciudad de México, la delegación mexicana propuso, inspirada en la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales firmada en La Haya en 1899, un Tratado de Arbitraje Obligatorio que contenía disposiciones relativas al arbitraje, a los buenos oficios, la mediación y la investigación. Aunque este instrumento representó un avance significativo desde el punto de vista jurídico, su ambiciosa extensión impidió que fuera ampliamente aceptado por los Estados. Fue suscrito por nueve Estados, pero solo cinco lo ratificaron¹³.

⁹ Ley del Congreso de los Estados Unidos de América del 24 de mayo de 1889. (Act authorizing the President of the United States to arrange a conference between the United States of America and the Republics of Mexico, Central and South America, Haiti, San Domingo, and the Empire of Brazil).

¹⁰ First Pan American Conference, “Arbitration Plan”. The international conferences of American States, 1889-1928 : a collection of the conventions, recommendations, resolutions, reports, and motions adopted by the first six international convention of the American States, and documents relating to the organization of the conferences. Oxford University Press, Nueva York, NY, EE.UU., 1931., 40-42.

¹¹ Yepsaly HERNÁNDEZ NÚÑEZ, La confrontación de intereses nacionales y la discusión del arbitraje en la I Conferencia Internacional Americana. En Revista Politeia, 2013 (N° 50, vol. 36). Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela (UCV), 79-110., 82.

¹² Mark J, PETERSEN, The Southern Cone and the Origins of Pan America, 1888-1933. (University of Notre Dame Press, Notre Dame, IN, EE.UU., 2022),. 54-55.

¹³ Informe de la Delegación de México a la Octava Conferencia Internacional Americana reunida en Lima, Perú, del 9 al 27 de diciembre de 1938. Secretaría de Relaciones Exteriores. México, 1940., 208.

En 1906 se celebró la Tercera Conferencia Internacional Americana en Río de Janeiro, donde los países participantes reafirmaron el principio del arbitraje, pero se abstuvieron de elaborar otro instrumento sobre el tema, ya que consideraron que la Segunda Conferencia Internacional de La Haya, programada para el año siguiente, sería un lugar más apropiado para tales discusiones¹⁴. Del mismo modo, en la Cuarta Conferencia Interamericana, llevada a cabo en 1910 en Buenos Aires, no se llegó a un instrumento sobre arbitraje entre Estados, aunque se aprobó una convención sobre arbitraje obligatorio para reclamaciones pecuniarias interpuestas entre particulares¹⁵. El Programa de la Quinta Conferencia Internacional Americana, inicialmente prevista para el año 1914, tampoco contemplaba abordar el arbitraje ni otros mecanismos de solución pacífica de controversias¹⁶.

Contexto de la Quinta Conferencia Internacional Americana

La Cuarta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Buenos Aires en 1910, determinó que la V Conferencia se llevaría a cabo dentro de los cinco años siguientes, por convocatoria de la Junta de Gobierno de la Unión Panamericana¹⁷. Esta junta estaba integrada por representantes diplomáticos de varios países latinoamericanos designados en Washington con el Secretario de Estado de los Estados Unidos como presidente¹⁸. Durante la reunión ordinaria de la Junta de Gobierno de la Unión Panamericana el 12 de mayo de 1913, se seleccionó por unanimidad la ciudad de Santiago de Chile como sede de la Quinta Conferencia en 1914. Además, se designaron dos comisiones para redactar el programa y reglamento de las próximas reuniones¹⁹. Sin embargo, el estallido de la Primera Guerra Mundial, conocida en las décadas siguientes como la "Gran Guerra" o la "Guerra Mundial", impidió la organización de la conferencia. Igualmente, el inestable contexto mundial que siguió al fin del conflicto también dificultó la convocatoria anticipada de la conferencia. No fue hasta 1922 que las invitaciones fueron emitidas por el Gobierno de Chile y, en diciembre de ese año, la Junta de Gobierno de la Unión Panamericana en Washington aprobó el programa del evento²⁰.

Como se puede imaginar, el mundo de la Cuarta Conferencia Panamericana de 1910 era muy diferente al mundo de la Quinta Conferencia de 1923. Aunque la región americana no estuvo directamente involucrada en la contienda, a excepción de la participación de Canadá como parte del Imperio Británico y

¹⁴ Mark J. PETERSEN, *The Southern Cone and the Origins of Pan America, 1888-1933*. (University of Norte Dame Press, Notre Dame, IN, EE.UU., 2022), 94.

¹⁵ Uldaricio FIGUEROA PLA, *Manual de organismos internacionales*. (Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile - Andrés Bello, 1989), 458.

¹⁶ Programa y Reglamento de la Quinta Conferencia Internacional Americana que se reunirá en Santiago de Chile en Septiembre de 1914. Consejo Directivo de la unión Panamericana, Washington, DC, EE.UU., 1914.

¹⁷ Cuarta Conferencia Internacional Americana: Diario de Sesiones. Est. Gráfico de A. de Martino, Buenos Aires, Argentina, 1911, 585.

¹⁸ Fifth Pan American Conference at Santiago, Chile, March 25, 1923 and Former Conferences. Chilean-American Association New York, NY, EE.UU., 1923, 3.

¹⁹ Fifth Pan American Conference. Special Handbook for the use of the Delegates. Executive officers of the Panamerican Union. Washington, DC, EE.UU., 1914.

²⁰ Fifth Pan American Conference at Santiago, Chile, March 25, 1923 and Former Conferences. Chilean-American Association New York, NY, EE.UU., 1923, 3.

la inclusión de los Estados Unidos como “potencia asociada”, así como otros países latinoamericanos como “miembros asociados”, la magnitud y el costo de vida del conflicto, así como los acontecimientos posteriores, como la Revolución Rusa de 1917 y la pandemia de gripe de 1918, cambiaron la visión e intereses de los actores regionales en múltiples aspectos.

Durante el mismo período, algunos Estados americanos enfrentaron graves problemas internos. Por ejemplo, en México, la Revolución que comenzó en 1910 y duró aproximadamente toda la década transformó la sociedad, la cultura y el gobierno mexicanos. En Paraguay, el presidente Manuel Gondra, protagonista de este ensayo, renunció en 1921, a lo que siguió una guerra civil en el país entre mayo de 1922 y julio de 1923. En Brasil, el sistema político estaba dominado por las élites poderosas de los estados de Minas Gerais y Sao Paulo en el período conocido como “Café com leite”²¹.

Además, numerosos Estados americanos continuaban experimentando disputas cuyos orígenes se remontaban a la época de sus respectivas independencias de las potencias europeas. Como fue mencionado anteriormente, en América del Sur, las guerras fueron frecuentes y ocasionalmente catastróficas desde el período de la independencia hasta principios de la década de 1880. Sin embargo, tras la Guerra del Pacífico, la región se mantuvo libre de conflictos armados interestatales de enorme magnitud hasta la década de 1930. Aunque este período fue testigo del surgimiento de un sistema de equilibrio de poder entre los Estados, que sirvió como un elemento disuasorio contra el estallido de conflictos armados, persistieron las disputas interestatales, lo que generó tensiones inevitables y temores de que se escalara hacia hostilidades abiertas. Algunos de estos litigios sin resolver incluían la disputa sobre el Chaco Boreal entre Bolivia y Paraguay, la disputa sobre la región de Leticia entre Colombia y Perú, y la delimitación de la región de la Patagonia entre Argentina y Chile. Al mismo tiempo, ciertas naciones como Argentina y Venezuela estaban involucradas en disputas territoriales con el Reino Unido sobre las Islas Malvinas (Falkland Islands) y la Guayana Esequiba, respectivamente.²²

Sumado a todo lo anterior, la idea de la carrera armamentística aún persistía en el continente. Dicha carrera entre Argentina y Chile había comenzado en el ámbito naval después de la victoria de Chile en la Guerra del Pacífico, lo que generó temores en Argentina. Los gobiernos argentinos a fines del siglo XIX destinaron considerables recursos para igualar y superar el poderío naval chileno²³. En aquella época, las armadas de ambas naciones se encontraban entre las diez más grandes del mundo. En 1902, debido a los elevados costos asumidos en esta carrera armamentística y al riesgo de la insostenibilidad financiera para mantenerla, los dos países suscribieron los “Pactos de Mayo”, que incluían la limitación del armamento naval. Esto consagró la superioridad naval argentina a costa del reconocimiento de la esfera del Pacífico como área de influencia chilena, lo

²¹ Jon S. VINCENT, *Culture and Customs of Brazil*. (Westport, CT, EE.UU.: Greenwood Press., 2003), 55

²² Jorge I. DOMÍNGUEZ, *Boundary Disputes in America Latina*. (Washington, D.C., EE.UU.: United States Institute for Peace, 2003), 20-21.

²³ Christian GARAY, *Las carreras armamentistas navales entre Argentina, Chile y Brasil (1891-1923)*. En *Historia Crítica*, Universidad de los Andes, 2012, 9-57, 54.

que perjudicó notablemente los intereses de Perú y Bolivia en sus respectivas disputas territoriales con Chile²⁴. Posteriormente, Argentina sería superada en la carrera naval por Brasil, y poco después los países involucrados en la carrera armamentista comenzaron a vender sus unidades navales debido a los altos costos económicos y a una creciente oposición social a mantenerlas.²⁵ Esta situación fue bien reflejada por el ministro plenipotenciario de los Estados Unidos en Chile, Henry P. Fletcher, en su misiva al Secretario de Estado norteamericano, William Jennings Bryan, en la que indicó que las condiciones financieras, que no eran buenas al iniciar la carrera naval, han ido empeorando, y que con la proximidad del último pago “ha incrementado un sentimiento en estos países de que quizás necesiten dinero mucho más que buques de guerra”²⁶.

La cuestión del armamentismo no fue abordada en la Cuarta Conferencia Internacional Americana, evento en el que el Ministro de Relaciones Exteriores argentino, Carlos Rodríguez Larreta, estimó que la limitación general de los armamentos era conciliable con el régimen de Derecho Internacional vigente en aquel entonces²⁷, lo cual reflejaba el escaso interés de Argentina, inmersa en ese momento en la carrera armamentística con el Brasil, de considerar la situación multilateralmente. Incluso, el Programa de la Quinta Conferencia Internacional Americana prevista para 1914 tampoco hacía mención del tema armamentístico²⁸.

No obstante, la situación en la Quinta Conferencia Internacional Americana era bastante distinta. Los efectos devastadores de la “Gran Guerra”, pusieron al desarme como un asunto de importancia global. En efecto, el Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919 contemplaba que el “mantenimiento de la paz requiere la reducción de los armamentos nacionales al punto mínimo que fuese compatible con la seguridad nacional y con el cumplimiento, mediante acción común, de las obligaciones internacionales”²⁹. En 1921, se celebró la Conferencia Naval de Washington, en la que las potencias mundiales llegaron a acuerdos relativos a los desarmes de sus respectivas marinas de guerra. El panamericanismo no se mantuvo ajeno a esta cuestión, y los países de la región acordaron, en 1922, incorporar la “consideración de la reducción y limitación de gastos militares y navales sobre una base justa y practicable” en el Programa de la Quinta Conferencia Internacional Americana prevista para el año siguiente, así como la “consideración de los mejores medios para dar más amplia aplicación al principio del arreglo judicial o arbitral de las diferencias entre las Repúblicas del Continente americano”³⁰.

²⁴ Ídem, 46.

²⁵ Seward W. LIVERMORE, *Battleship Diplomacy in South America: 1905-1925*. En *The Journal of Modern History*, 1944 (Marzo, Vol. 16, No. 1) 31-48, pág. 45.

²⁶ Nota de Fletcher a Bryan, N° 454, del 16 de febrero de 1914. Citada en Livermore, Seward W. Livermore. “Battleship Diplomacy in South America: 1905-1925”. Curiosamente, años después, Fletcher presidiría la Comisión de la Quinta Conferencia Internacional Americana en la que se gestaría el Pacto Gondra, que a su vez se inspiraba en fórmulas impulsadas por Bryan en acuerdos bilaterales de los Estados Unidos.

²⁷ Cuarta Conferencia Internacional Americana. Diario de Sesiones. Estudio Gráfico de A. de Martino, Buenos Aires, Argentina, 1911, 528.

²⁸ Programa y Reglamento de la Quinta Conferencia Internacional Americana que se reunirá en Santiago de Chile en Septiembre de 1914. Consejo Directivo de la Unión Panamericana, Washington, DC, EE.UU., 1914.

²⁹ Pacto de la Sociedad de las Naciones, 1919, artículo 8.

³⁰ Programa y Reglamento de la Quinta Conferencia Internacional Americana, aprobado por el Consejo de la Unión Panamericana

El Paraguay y la Quinta Conferencia Internacional Americana

Cuando el Gobierno de Chile emitió las invitaciones a las Repúblicas americanas para participar de la Quinta Conferencia Internacional Americana a partir del 25 de marzo de 1923 en Santiago de Chile³¹, el Paraguay se encontraba atravesando una guerra civil que había estallado en mayo de 1922 tras una disputa entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, encabezado por el Presidente Eusebio Ayala, que provocó el alzamiento de varias unidades militares partidarias del coronel Alfredo Chirife³². Por otro lado, el país continuaba manteniendo disputas territoriales con sus vecinos: con el Brasil por la delimitación de los Saltos del Guairá y con Bolivia por la frontera en el Chaco Boreal.

A pesar de esta compleja situación, el presidente Eusebio Ayala designó, mediante Decreto del 10 de marzo de 1923, al ex Presidente Manuel Gondra y a Higinio Arbo como Delegados Plenipotenciarios del Paraguay en la Quinta Conferencia Internacional Americana. El resto de la delegación paraguaya estaba conformada por Roberto Araya Lagos como consejero y Pablo Max Insfrán y Manuel Garay como secretarios de esta³³.

La decisión del presidente Ayala se condice con la práctica que ha demostrado el Paraguay de tomar parte de las discusiones sobre las cuestiones regionales, a pesar de la inestabilidad interna y de los limitados recursos disponibles. En efecto, el país había participado, a pesar de tales dificultades, en todas las conferencias panamericanas celebradas hasta ese entonces.

El Jefe de la Delegación del Paraguay: Manuel Gondra

La Delegación del Paraguay en la Quinta Conferencia Internacional Americana estaba encabezada por Manuel Gondra, quien se trata sin lugar a duda de uno de los principales personajes de la historia paraguaya en las primeras décadas del siglo XX.

Se encuentran opiniones dispares sobre su año y lugar de nacimiento, pero de acuerdo con su registro de bautismo, habría nacido el 1 de enero de 1872 en Buenos Aires, Argentina, de padre tucumano, Manuel José Gondra Alcorta, y madre paraguaya, Natividad Josefa Pereira Oscáriz³⁴. A los pocos años, se mudó a Paraguay, donde transcurrió su infancia en la casa de su familia materna en la localidad de Villeta. A pesar de no haber completado sus estudios universitarios en Derecho, se convirtió en uno de los referentes intelectuales y políticos de su tiempo, activando en el Partido Liberal, al que apoyó durante la Revolución de 1904³⁵.

el miércoles 6 de diciembre de 1922.

³¹ Actas de las Sesiones Plenarias de la Quinta Conferencia Internacional Americana. Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, Chile, 1923, 13.

³² Ricardo SCAVONE YEGROS. Capítulo X. Guerra Internacional y confrontaciones políticas (1920-1954). En Historia del Paraguay. Telesca, Ignacio (Coord.). (Asunción, Paraguay: Editorial Taurus, 2010), 332-333.

³³ Decreto de la Presidencia de la República del Paraguay N° 15.855 del 10 de marzo de 1923.

³⁴ Registro de bautismo de "Manuel Gondra" conferido el óleo y crisma en 1876 por el párroco Luis de la Torre.

³⁵ NICKSON, Andrew. Historical Dictionary of Paraguay. Rowman & Littlefield, 3ra Edición, Lanham, MD, EE.UU., 2015, 271.

La Constitución de Paraguay de 1870 otorgaba a los hijos de padre o madre paraguayos, por el sólo hecho de volver a residir en el Paraguay, los mismos derechos de ciudadanía que cualquier nacido en territorio paraguayo³⁶, lo cual le habilitó para ejercer la Presidencia de la República en dos ocasiones, en 1910 y 1920, a las que accedió mediante elecciones. Sin embargo, también en ambas ocasiones fue derrocado por las presiones militares y políticas, principalmente de Albino Jara, la primera vez; de Eduardo Schaerer y Adolfo Chirife, la segunda³⁷.

Por otra parte, Manuel Gondra desarrolló una nutrida carrera diplomática. Fue Embajador del Paraguay en Brasil, Ministro Plenipotenciario del Paraguay en Estados Unidos y Ministro de Relaciones Exteriores³⁸. Esta experiencia le permitió empaparse de las temáticas y discusiones existentes en la agenda interamericana, pues, siendo embajador paraguayo en Río de Janeiro, le cupo participar de la Tercera Conferencia Internacional Americana celebrada en 1906 en la entonces capital brasileña, así como haber sido Canciller Nacional durante el desarrollo de la Cuarta Conferencia Internacional Americana, realizada en Buenos Aires.

El presidente Eusebio Ayala, quien sucedió a Manuel Gondra tras su segunda renuncia, ocurrida en noviembre de 1921, lo designó Jefe de la Delegación del Paraguay ante la Quinta Conferencia Internacional Americana motivado, según algunos autores, por ofrecerle un “justo desagravio” por su dimisión provocada en la presidencia, situación ocurrida unos catorce meses antes, así como por la necesidad de mejorar la imagen internacional del Paraguay, por medio de una personalidad intelectual respetada por los otros Estados como era la de Gondra³⁹.

Ciertamente, pese a la ya mencionada circunstancia de no haber culminado siquiera de manera formal los estudios universitarios y de haber escrito poco, Gondra fue un voraz lector, al punto que acumuló una amplia y valiosa biblioteca personal, conocida posteriormente como la “Colección Manuel Gondra”, considerada la mayor colección de documentos primarios de la historia paraguaya, en particular de temas como la administración colonial, la Revuelta de los Comuneros, las Misiones Jesuíticas, las relaciones entre España y Portugal, los pueblos indígenas, el Chaco, el comercio exterior y la Iglesia Católica. Incluía copias de documentos del Archivo de Indias de Sevilla, del Archivo de Simancas de Valladolid, del Museo Británico, y del Archivo Nacional de Estados Unidos⁴⁰.

Cabe señalar que durante el transcurso de la Quinta Conferencia Internacional Americana, Gondra presentó inconvenientes de salud, que incluyeron casos de desmayos⁴¹ y dificultades de movilidad⁴².

³⁶ Constitución de Paraguay de 1870, art. 35.

³⁷ CABALLERO AQUINO, Ricardo. Manuel Gondra. Los mejores al poder. Colección Protagonistas de la Historia, N° 8, Editorial El Lector, 2011, Asunción, Paraguay, págs. 64

³⁸ NICKSON, Andrew. Historical Dictionary of Paraguay. Rowman & Littlefield, 3ra Edición, Lanham, MD, EE.UU., 2015, 271.

³⁹ PEÑA VILLAMIL, Manuel. Eusebio Ayala y su tiempo. Editorial El Lector, 2018, Asunción, Paraguay, 173.

⁴⁰ NICKSON, Andrew. Historical Dictionary of Paraguay. Rowman & Littlefield, 3ra Edición, Lanham, MD, EE.UU., 2015, 271, 375 y 376.

⁴¹ “O Sr. Manuel Gondra, enfermo”. Jornal do Brasil (Río de Janeiro, Brasil), 1 de mayo de 1923.

⁴² Actas de las Sesiones Plenarias de la Quinta Conferencia Internacional Americana. Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago

Génesis del Pacto Gondra en la Quinta Conferencia Internacional Americana

La Quinta Conferencia Internacional Americana arrancó el martes 25 de marzo de 1923, con una sesión de instalación celebrada en el Salón de Honor del Congreso de Chile. En esta ocasión, el presidente chileno, Arturo Alessandri, brindó un extenso discurso en el que condensaba las principales temáticas y expectativas de su nación y de la región con relación a la conferencia. Tras referirse a antecedentes históricos de la integración americana y a la participación chilena en dicho proceso, señaló, como objetivo fundamental de la conferencia buscar el afianzamiento sólido y definitivo de la paz en el continente americano. En este contexto, indicó que “seguirá aproximándonos a ese deseo el perfeccionamiento de los métodos preventivos en nuestras mutuas divergencias o conflictos”, recalcando que no estaban distantes del día en que el perfeccionamiento del arbitraje “procure la solución pacífica de las dificultades internacionales”⁴³. Igualmente, denunció la idea de la “paz armada” en la región, al manifestar que la limitación prudencial de las inversiones destinadas al mantenimiento de las Fuerzas Armadas, al margen de las imposiciones indeclinables por motivos de seguridad exterior y orden interno, es prevenir los daños de dicha paz armada a la misión del panamericanismo⁴⁴. De esta manera, el mismo mandatario de una de las potencias ABC ponía sobre el tapete de la conferencia los mecanismos de solución pacífica de controversias y de la limitación del armamentismo en la región, cuestiones que, como se mencionó previamente, ya se encontraban previstas en el Programa que los delegados del Consejo Directivo de la Unión Panamericana habían aprobado unánimemente el 6 de diciembre de 1922.

El encuentro continental transcurrió hasta el 3 de mayo de 1923. En todo ese período se llevaron a cabo dieciséis sesiones plenarias. Se conformaron ocho comisiones destinadas a considerar los diversos temas previstos en el Programa. En tal sentido, la Segunda Comisión, denominada “Jurídica”, tuvo a su cargo el asunto de la consideración de los mejores medios para dar más amplia aplicación al principio del arreglo judicial o arbitral de las diferencias entre las repúblicas americanas, al tiempo que la Séptima Comisión, nombrada “de Limitación de Armamentos”, consideró el tema de la reducción y limitación de gastos militares y navales sobre una base justa y practicable⁴⁵. Manuel Gondra fue designado como vicepresidente de la Séptima Comisión, cuya presidencia fue ejercida por el delegado Henry P. Fletcher, de los Estados Unidos⁴⁶.

En el marco de la Séptima Comisión, el delegado de Chile, Antonio Huneeus, presentó un informe subrayando el sentimiento de paz de las políticas exteriores de las naciones sudamericanas, evidenciada en la discreta magnitud de sus fuerzas armadas. Tras estas consideraciones, propuso declaraciones por las cuales los Gobiernos “confirmen su más sincero anhelo de mantenerse en

de Chile, Chile, 1923, 626.

⁴³ Ídem, 32.

⁴⁴ Ídem, 34 y 35.

⁴⁵ Ídem, 80 y 82.

⁴⁶ Ídem, 130.

paz inmutable y permanente con todos los pueblos de América” y “condenan la paz armada que exagera las fuerzas militares y navales más allá de las necesidades de la seguridad interior y de la soberanía e independencia de los Estados”⁴⁷.

Seguidamente, el delegado chileno compartió una perspectiva integral del armamentismo, por la que exhortó a reflexionar en la necesidad de reprimir la principal causa directa de la citada problemática, la guerra misma. Sobre esta idea, propuso que la conferencia recomendase a los gobiernos adherirse a los principios conciliatorios adoptados por la Segunda Conferencia de La Haya de 1907 y por otras conferencias o congresos posteriores para la solución pacífica de los conflictos internacionales, así como a adherirse a los métodos preventivos de la guerra y especialmente a los que consultan la investigación y examen de los conflictos internacionales previamente a la ruptura de las hostilidades⁴⁸.

De igual modo, Huneeus propuso que la conferencia formulase otras recomendaciones a los gobiernos, relativas a las posibilidades de pactos bilaterales tendientes a la discreta consideración de sus respectivos armamentos, a la adhesión a las disposiciones del Tratado de Washington de 1922, que establece limitaciones en tonelajes y calibres de cañones de fuerzas navales, y a las convenciones internacionales sobre Derecho Humanitario, a fin de mitigar los horrores de la lucha armada, proteger el comercio marítimo, la defensa de las poblaciones, y la prohibición de gases venenosos⁴⁹.

El informe del delegado de Chile, en particular los proyectos de recomendaciones presentados, sirvió de base para las discusiones de la Séptima Comisión, que pasó a considerarlas de manera puntual. Llegado a la recomendación referente a la adhesión a los métodos preventivos de la guerra y, especialmente, a los que consultan la investigación y examen de los conflictos internacionales previamente a la ruptura de las hostilidades, Manuel Gondra compartió la calurosa acogida de la delegación del Paraguay a la propuesta y expresó que “toda la eficacia de la obra de la Quinta Conferencia podría consistir en ampliar la fórmula y recomendar a la Asamblea la consideración de un Tratado Continental, en el cual se estatuirían los procedimientos para evitar los conflictos internacionales”⁵⁰.

El delegado del Paraguay indicó que el problema sometido a consideración de la conferencia es esencialmente político, por lo que el abordaje de este problema resultaba difícil, y más aún con la expectativa de que el órgano lo resolviera con criterio aritmético. Argumentó que, desde el punto de vista panamericano, en particular de los representantes de los países más débiles, la cuestión de armamentos estaba reducida a una limitación moral del uso que de las armas pueden hacer los países más fuertes. Tras reflexionar que la Gran Guerra aconsejaba que no debe mirarse la paz como un ideal ya asegurado, aseveró que una convención “por la cual todos, grandes o pequeños, nos comprometamos a someter nuestras diferencias a una comisión de naciones amigas, su pronunciamiento,

⁴⁷ Actas de las sesiones de las comisiones de la Quinta Conferencia Internacional Americana. Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, Chile, 1923, 779.

⁴⁸ Ídem, 780.

⁴⁹ Ídem, 781, 782 y 783.

⁵⁰ Ídem, 792.

que podemos aceptar o no, producirá entre tanto una dilación necesaria en la controversia, que ayudará al débil si tiene de su parte la mejor razón". Comentó que su propuesta ampliando la recomendación a los principios de La Haya de 1907 a un tratado continental existía en América, es decir, se basaba en un principio ya presente en el continente, pues figuraba en los tratados bilaterales suscritos por los Estados Unidos con las naciones americanas, mediante la denominada "fórmula Bryan"⁵¹, y entre las potencias ABC⁵².

La propuesta del delegado paraguayo fue recogida con interés por los otros representantes, ya que inmediatamente se dialogó acerca de la mejor forma de negociarla. Al final, se decidió conformar una Subcomisión, presidida por el mismo Manuel Gondra, con el objetivo de considerarla, redactar el texto correspondiente del instrumento y presentarlo a la Séptima Comisión⁵³.

Posteriormente, Manuel Gondra redactó el proyecto de convención continental, que fue aprobado por los demás integrantes de la Subcomisión. En la sesión de la Comisión de Limitación de Armamentos celebrada el 26 de abril de 1923, el delegado paraguayo presentó el proyecto a dicha Comisión⁵⁴. Allí, la iniciativa tropezó con ciertas observaciones y reparos presentados por algunos representantes, de las que una parte pudieron ser resueltas rápidamente, al ser ajustes menores necesarios para mayor precisión del documento⁵⁵. En cambio, otras intervenciones generaron mayor debate, impidieron un consenso inmediato y demandaron mayor tiempo de negociación. Entre estas resulta relevante mencionar los planteamientos de los delegados de Uruguay y Argentina, quienes cuestionaron que el instrumento limitaría la extensión de aplicación de los tratados bilaterales sobre arbitraje amplio que ambos países habían suscrito entre ellas y con otras naciones, al extraer de su ámbito cuestiones referidas a la soberanía honor o intereses vitales de cualquiera de las partes, calificándolo como un "retroceso". Por su lado, el delegado de los Estados Unidos advirtió que modificar la versión original presentada por Gondra impediría la aprobación del instrumento por el Congreso estadounidense. De manera similar, el delegado de

⁵¹ La fórmula "Bryan" debe su nombre a William Jennings Bryan, político estadounidense, quien durante la Guerra Ruso-Japonesa de 1905 propuso un tratado de paz que establecía la remisión de todas las disputas internacionales, de cualquier clase y carácter, a un tribunal permanente de investigación. Cuando Bryan se desempeñó como Secretario de Estado de los Estados Unidos entre 1913 y 1915, bajo la Presidencia de Woodrow Wilson, impulsó más 30 acuerdos bilaterales basados en su fórmula (LEVINE, Lawrence W., *Defender of the Faith. William Jennings Bryan: The Last Decade, 1915-1925*, Harvard University Press, Cambridge, MA, EE.UU., 1987, pág. 7). Por ejemplo, uno de dichos acuerdos bilaterales, el "Tratado sobre Paz entre los Estados Unidos de América y la República del Paraguay", suscrito en Asunción el 29 de agosto de 1914, dispone que las Partes acuerdan que toda disputa entre ellas, sea de la naturaleza que sea, que la diplomacia no ha podido resolver, deberá ser sometida para investigación e informe de una Comisión Internacional, así como que se abstienen de declarar la guerra o iniciar hostilidades durante tal investigación y antes de que el informe sea presentado (Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States*, U.S. Government Printing Office, Washington, DC., EE.UU., 1924, pág. 1275).

⁵² Actas de las sesiones de las comisiones de la Quinta Conferencia Internacional Americana. Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, Chile, 1923, págs. 809-811. El "Pacto de No Agresión, Consulta y Arbitraje", más conocido como el "Pacto ABC", suscrito entre Argentina, Brasil y Chile en 1915, contempla en su artículo 1º que las controversias que por cualquier cuestión originada en lo futuro surgieren entre ellas y que no hubieren podido ser resueltas por la vía diplomática ni sometidas a arbitraje, serán sometidas a la investigación e informe de una Comisión Permanente. Cabe señalar que solo Brasil ratificó el instrumento (ALCÁNTARA ALEJO, Carlos, *Diccionario de Integración Latinoamericana*, Editorial Plaza y Valdés, México, México, 2008, pág. 105).

⁵³ Ídem, 812.

⁵⁴ Ídem, 842.

⁵⁵ Entre estos ajustes cabe señalar la modificación para que el suministro de antecedentes e informaciones previsto en el art. V corresponda únicamente a las Partes en controversia, que fuera solicitada por la Delegación de Estados Unidos (ídem, pág. 849).

Chile también afirmó que su país no podía aceptar el arbitraje en forma general y obligatoria. Otros representantes señalaron que en la Comisión Jurídica de la Conferencia se encontraba debatiendo acerca de la figura del arbitraje, motivo por el que exhortaron a aguardar los resultados de tales debates a efectos de evitar entrar en contradicción con los mismos. Tras este extendido intercambio, se acordó que Gondra llevaría a cabo las consultas con las delegaciones que habían manifestado reparos a fin de buscar una fórmula que armonice las diferentes posiciones⁵⁶.

De manera seguida, el delegado del Paraguay informó los resultados de dichas consultas, afirmando que resultaría difícil reducir las posiciones a una fórmula de avenimiento aceptable para los distintos opinantes, y acompañó las sugerencias recibidas de que la mejor forma de continuar con el proyecto era pasar a la Comisión Jurídica el artículo VII, que motivó la controversia, y limitar la convención a la creación de una Comisión de Investigación. No obstante, la delegación chilena argumentó la necesidad de eliminar también del alcance de esta Comisión las cuestiones denominadas "vitales", es decir, aquellas que afectan al honor, soberanía, integridad territorial y tratados celebrados de los Estados, para evitar el riesgo de investigaciones injustificadas y abusivas⁵⁷. Tras unos intercambios, el proyecto retornó a la Subcomisión, con el objeto de buscar una redacción que armonice todos los puntos de vista.

Después de que la mencionada Subcomisión presidida por Gondra volviera a considerar el proyecto de instrumento continental sobre la base de las opiniones vertidas en la sesión anterior, el delegado paraguayo informó a la Séptima Comisión que se había encontrado una nueva fórmula que elimina todas las discrepancias que se habían expresado, por medio de una nueva redacción del primer artículo del proyecto⁵⁸ y a través de un nuevo artículo VII, se precisa de forma clara el alcance del informe que produzca la eventual comisión de investigación y de la facultad de las partes en controversia de recuperar por completo su libertad de acción si no se avienen al informe. Posteriormente, se dio lectura al proyecto, artículo por artículo, ocasión en la que se desarrolló un largo intercambio sobre algunos detalles de algunos de los mismos.

Tras la lectura, el proyecto de convención quedó aprobado por la Comisión de Limitación de Armamentos. Se acordó que Manuel Gondra sea la persona designada para presentar el informe y el instrumento a la sesión plenaria de la Conferencia, honor que el representante paraguayo procuró declinar en dos ocasiones, considerando que la atribución correspondía al Presidente de la Comisión⁵⁹.

Finalmente, Manuel Gondra, presentó el informe de la Comisión de Armamentos a la sesión plenaria de la V Conferencia Internacional de Estados Ame-

⁵⁶ Ídem, 842-859.

⁵⁷ Ídem, 865.

⁵⁸ La Delegación del Ecuador posteriormente solicitó mantener la redacción original del art. VII que hablaba de "honor e intereses vitales de los países". Sin embargo, Gondra señaló que la fórmula había sido propuesta por la Delegación del Brasil y se basaba en el proyecto de "Código Internacional" redactado por el jurista brasileño Epitacio Pessoa, subrayando que la frase "prescripción constitucional" implica en cierto modo elementos como la "soberanía" (Ídem, pág. 886).

⁵⁹ Ídem., 899, 923-924

ricano celebrada el día de la finalización de esta, el 3 de mayo de 1923. En su alocución, el expresidente paraguayo, reflexionó sobre el principio de que el Derecho es una “transacción entre el ideal y la necesidad”, señalando que reaparecía en aquel momento, tras la hecatombe de la guerra, el “ideal de organizar la justicia en la forma más eficaz para reglar la vida entre las naciones”. Indicó que a este deseo se oponían la falta de una codificación previa del Derecho Internacional y la dificultad de constituir cortes de justicia internacional. Después de admitir los recelos entre Estados fuertes y débiles que derivan en la inaccesibilidad de “llegar a la meta anhelada de la administración de justicia internacional con jurisdicción obligatoria y con sanción eficaz para sus decisiones”, resaltó que otra meta era más cercana, basada en métodos amistosos de solución de controversias existentes, en particular la mediación, con la eventual organización de comisiones de investigación⁶⁰.

Además, tras referirse al arbitraje aplicado en el litigio sobre el buque *USS Water Witch* entre Paraguay y Estados Unidos, Gondra subrayó que el tratado general que estaba presentando será un método que consagrará en el Derecho al ofrecimiento de buenos oficios por cualquier parte directamente interesada en la querrela y que tema un desenlace por las armas. Por último, destacó el esfuerzo colectivo por alcanzar instrumentos útiles que contribuyan al “desarme moral” entre naciones que se amenacen por mutuos agravios, enfatizando que “en un conflicto entre dos Estados de distinta potencialidad, puede el débil ser el justo; puede ser el fuerte. Pero la injusticia del uno está limitada por su propia impotencia, al paso que la del otro puede llegar hasta donde llegue su fuerza, por eso, no pudiendo hacer que el justo sea siempre fuerte, nos hemos empeñado porque el fuerte sea siempre justo”⁶¹.

Pronunciadas estas reflexiones, leyó los artículos que componían el instrumento, que fue aprobado por unanimidad por los delegados de la Conferencia⁶².

Contenido del Pacto Gondra

El Pacto Gondra comprende cuatro párrafos preambulares y diez artículos operativos, además de un apéndice de cinco artículos y las disposiciones formales sobre fecha, lugar, depositario y las reservas de los Estados.

En el apartado preambular, los Gobiernos representados en la Quinta Conferencia Internacional de los Estados Americanos, entre otras cuestiones, confirman su deseo de mantenerse en “paz inmutable” con las otras naciones, condenan la “paz armada, que exagera las fuerzas militares y navales más allá de las necesidades de la seguridad interior y de la soberanía e independencia de los Estados” y subrayan el propósito decidido de promover todos los medios que eviten los conflictos que puedan ocurrir entre ellos, las cuales constituyen las justificaciones morales del instrumento. Al respecto, resulta importante hacer

⁶⁰ Actas de las Sesiones Plenarias de la Quinta Conferencia Internacional Americana. Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, Chile, 1923, 645-648.

⁶¹ Ídem, 650-654.

⁶² Ídem, 654.

notar que los conceptos mencionados de anhelo de la paz inmutable y la condena a la paz armada se basan claramente en el Informe que el delegado de Chile, Antonio Huneeus, había presentado a la Comisión de Armamentos de la Quinta Conferencia en su primera sesión.

El primer artículo del Pacto establece para las Partes que se encuentren involucradas en una cuestión dos obligaciones de suma importancia: la de someterla a la investigación e informe de una comisión investigadora, y la de abstenerse de realizar actos hostiles o preparatorio de hostilidades desde que se convoque dicha comisión hasta después de su informe. De igual modo, deja en evidencia su carácter subsidiario en el sistema de solución pacífica de controversias internacionales, pues condiciona su aplicación, es decir, las mencionadas obligaciones, a un empleo previo de la vía diplomática para buscar resolver la controversia, así como a una imposibilidad de que la misma no haya podido ser llevada a arbitraje en virtud de tratados vigentes. Este carácter subsidiario es reafirmado en el artículo octavo, que expresa que el mismo no afecta convenios semejantes

El artículo segundo ahonda en la condición de agotamiento o inviabilidad de la vía diplomática, al tiempo que brinda a las Partes directamente interesadas en la investigación de los hechos que provocaron la cuestión la facultad de convocar la Comisión Investigadora mediante comunicación oficial a la otra parte y a una de las Comisiones Permanentes, creadas y reguladas en el artículo tercero, que tienen sede en Montevideo y Washington.

El artículo cuarto aborda la forma y procedimientos para la composición de la Comisión de Investigación, en un sistema similar a órganos arbitrales *ad hoc*, le otorga a esta la facultad de establecer las reglas de su procedimiento, y señala que las decisiones e informe final deben ser acordados por mayoría de sus miembros, entre otras cuestiones. El artículo quinto prevé que las partes en controversias suministrarán la información necesaria para la investigación. Además, establece el plazo de un año para que la Comisión presente su informe, prorrogable por seis meses más si las partes estuviesen de acuerdo.

En lo que concierne a las consecuencias del mencionado informe, el artículo sexto que este se considerará relativo a las cuestiones que fueron objeto de la investigación, pero que carecerá del valor o fuerza propia de sentencias judiciales o arbitrales. Asimismo, el artículo séptimo indica que, una vez transmitido el informe, los gobiernos en litigio dispondrán de seis meses para procurar nuevamente un arreglo en vista de las conclusiones del mencionado informe, y si durante ese plazo no pudieran todavía llegar a una solución amistosa, recuperarán “toda su libertad de acción para proceder como crean conveniente a sus intereses en el asunto que fue materia de la investigación”⁶³.

El artículo noveno designa como depositario al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, dispone que entrará en vigor entre los Estados a medida que vayan ratificándolo y contempla un procedimiento para su denuncia. Por su

⁶³ Actas de las Sesiones Plenarias de la Quinta Conferencia Internacional Americana. Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, Chile, 1923, 658.

parte, el artículo décimo abre el instrumento a los Estados americanos que no hayan participado de la Quinta Conferencia.

En cuanto al apéndice, este contiene articulados relativos al procedimiento investigativo de las eventuales comisiones. Otorgan a estas la facultad de citar y juramentar testigos y de recibir pruebas y testimonios, así como de fijar la situación en que deban permanecer las Partes durante la controversia, a solicitud de una de ellas; a estos Estados Parte el derecho a ser oídas y a poder ser representadas por agentes o abogados; la obligación de prestar juramento de los miembros de la Comisión y al deber de esta de notificar a cada Parte las exposiciones que la otra presente.

Recepción del Pacto Gondra

En el ámbito político y diplomático, el Pacto Gondra fue destacado como un importante logro de la Quinta Conferencia. La delegación estadounidense, en la plenaria de la Conferencia, manifestó que el instrumento justificaba la labor de la Séptima Comisión, así como reafirma y presenta en forma concreta el gran principio americano de solución pacífica de controversias internacionales y prepara el camino a medidas más específicas para la reducción y limitación de la carga de armamentos según el tiempo y las circunstancias lo permitan⁶⁴.

De modo semejante, la Delegación de Brasil resaltó en su discurso en la última sesión plenaria que este evento merecería la gratitud universal por haber transformado en tratado continental el proyecto de Manuel Gondra, de quien resaltó su amplio espíritu de cooperación y solidaridad, a los nobles sentimientos de justicia y a otros altos ideales pacifistas⁶⁵. Cuando el Presidente chileno, Arturo Alessandri, dio cuenta al Congreso de su país sobre los resultados de la Quinta Conferencia, expresó que el Pacto Gondra “asegura el ejercicio de saludables procedimientos de conciliación respecto de los conflictos que pudieran producirse entre los países signatarios, estableciendo así una nueva y eficiente garantía del mantenimiento de la paz en América”.⁶⁶ Asimismo, la delegación de República Dominicana informó en su memoria que el Pacto Gondra ha sido “fruto auténtico del espíritu de concordia y solidaridad” de la Quinta Conferencia. Además, reconoció la figura de Gondra, comentando acerca del respeto y afecto que inspiraba “este honesto estadista” paraguayo⁶⁷.

La óptima recepción que tuvo el Pacto Gondra queda en evidencia con la notable cantidad de ratificaciones que obtuvo en relativamente poco tiempo. En 1930, dieciséis naciones americanas habían ratificado el instrumento⁶⁸, un dato

⁶⁴ Report of the Delegates of the United States of America to the Fifth International Conference of American States. Government Printing Office, Washington, DC, EE.UU., 1924, 197.

⁶⁵ Actas de las Sesiones Plenarias de la Quinta Conferencia Internacional Americana. Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, Chile, 1923, 693.

⁶⁶ CRUCHAGA TOCORNAL, Miguel. Nociones de Derecho Internacional. Tomo II. Editorial REUS, Tercera Edición, Madrid, España, 1925, 728.

⁶⁷ Memoria de la Delegación de la República Dominicana en la V Conferencia Internacional Americana a la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores de la República. Edición Oficial, Imprenta de J.R. Vda. García, Santo Domingo, República Dominicana, 1924, 71

⁶⁸ Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile correspondiente al año 1929. Imprenta Chile, Santiago de Chile,

que, aparte de relucir su éxito, lo distinguió, junto con su alcance y su naturaleza pragmática, de las iniciativas anteriores sobre solución pacífica de controversias en la región.

La propuesta de Manuel Gondra formulada en la Séptima Comisión tuvo amplia repercusión mediática desde un inicio, a la par que se vislumbraba la imposibilidad de llegar a un acuerdo específico sobre limitación de armamentos. En efecto, algunos medios expresaron en abril de 1923, cuando la iniciativa aún se estaba negociando, que esta era caracterizada como la medida más práctica que la Séptima Comisión podía recomendar para la limitación de los armamentos en Américas, considerando las dificultades de las potencias ABC en llegar a un acuerdo sobre la cuestión⁶⁹. La prensa estadounidense señaló que la propuesta del delegado del Paraguay se basaba en los principios formulados por los acuerdos celebrados por los Estados Unidos durante el período en que William J. Bryan era Secretario de Estado, así como informó el optimismo con respecto a la aprobación de un instrumento general en ese sentido⁷⁰. No obstante, algunos medios también consideraron el fracaso en el intento de llegar a un instrumento que contemplara el arbitraje⁷¹.

Tras su aprobación, algunos de estos medios señalaron que la adopción del Pacto Gondra fue el logro más importante de la Conferencia panamericana⁷². Incluso, algunos afirmaron que se trataba del único resultado positivo del evento regional⁷³. Igualmente, la prensa de la región aplaudió los trabajos de la Comisión de Armamentos al indicar que el instrumento reafirma concretamente el principio de solución pacífica de las controversias internacionales⁷⁴.

Por otra parte, académicos de la época en cuestión resaltaron la importancia del instrumento aprobado por los delegados americanos en Santiago, y lo observaron con cierto optimismo. Luis Fernando Guachalla, quien fuera posteriormente Ministro de Relaciones Exteriores de Bolivia en 1949, escribió un libro sobre el tratado en 1924, un año después de su aprobación, destacándola como “el único y fervoroso exponente de las aspiraciones panamericanas que ha encontrado viable camino en el seno de la Conferencia de Santiago”, afirmando que si bien abarca únicamente el método de investigación e información para dilucidar un conflicto, sin arrojar conclusiones con valor coercitivo, “es el primer paso dado en busca de la paz inmutable que se desea para nuestro Continente, y como primer ensayo, como medida que ha de darnos la pauta de convenciones futuras, más estrechas, no se le puede exigir haya surgido perfecto, en comple-

Chile, 1930, 120.

⁶⁹ “Harán el Tratado Panamericano en las Conferencias. Muchas gestiones en favor de este Proyecto que juzgan de alto beneficio general”. *Diario de la Marina* (La Habana, Cuba), 16 de abril de 1923.

⁷⁰ “Adopt Bryan Ideas on Arbitration for Pan-American Report. Hostility Declarations to be Followed by Investigation Before War”. *San Antonio Light* (San Antonio, TX, EE.UU.), 20 de abril de 1923, pág. 10. También “Truce Before War Urged in Santiago. Principles Laid Down by W. J. Bryan likely to go into parley Results”. *The Evening Star* (Washington, DC, EE.UU.), 17 de abril de 1923, 2.

⁷¹ “El Tratado de Arbitraje no fue Aprobado”. *Diario de la Marina* (La Habana, Cuba), 28 de 1923.

⁷² “Panamerican Conference”. *The Evening Star* (Washington, DC, EE.UU.), 4 de mayo de 1923, pág. 6.

⁷³ “Conference kills Plan for League of Nations. Adopt a Bryan Plan”. *Greensburg Daily Tribune* (Greensburg, PA, EE.UU.), 25 de mayo de 1923.

⁷⁴ “As Resoluções da Sessão Final”. *Jornal do Brasil* (Río de Janeiro, Brasil) 5 de mayo de 1923.

to acuerdo con las más avanzadas teorías de convivencia internacional".⁷⁵ De manera similar, en México, país que no participó de la Quinta Conferencia, calificaron al Pacto Gondra como uno de los acuerdos de mayor interés a que llegó dicha conferencia, y señalaron que con su aprobación indica que "no está lejos el tiempo en que puedan alcanzarse acuerdos efectivos" para prevenir conflictos armados y resolver por arreglos arbitrales las diferencias entre pueblos hispano-americanos y con los Estados Unidos.⁷⁶

Legado del Pacto Gondra

En los años siguientes a la Quinta Conferencia, el Pacto Gondra entró en vigor en las relaciones entre los Estados que la fueron ratificando, incluso entre aquellas naciones que no habían participado de la Conferencia celebrada en Santiago pero habían decidido adherirse al instrumento, como Perú y México.

El Pacto Gondra no impidió el estallido de conflictos armados en la región. El Paraguay, la misma nación representada por Gondra, mantuvo una dura contienda armada con Bolivia por el dominio del Chaco entre 1932 y 1935. Previamente, el Gobierno paraguayo había propuesto la aplicación del instrumento tras el incidente del Fortín Vanguardia en 1928, que Bolivia declinó⁷⁷. El Pacto Gondra tampoco impidió los conflictos armados entre Perú y Colombia a raíz del incidente de Leticia, en el marco de la disputa fronteriza entre ambos países en su frontera en el área amazónica. En este escenario, Colombia rechazó la aplicación del tratado al considerar que el asunto escaba a su ámbito al consistir en una cuestión ya resuelta por un Tratado entre Perú y Colombia de 1922⁷⁸. Algunos autores notaron, en este sentido, el grave inconveniente que presentaba el Pacto de que su funcionamiento implica la designación de la comisión de investigación con posterioridad al estallido del conflicto, es decir, cuando los ánimos de las partes contendientes han creado un ambiente que impide la consideración serena del asunto por la mencionada comisión⁷⁹.

Por otra parte, cabe señalar que el Pacto Gondra fue invocado por Haití tras la masacre de sus nacionales por el Gobierno de República Dominicana en la zona fronteriza dominicana ocurrida en octubre de 1937, que es conocida en la posteridad como "la masacre del perejil"⁸⁰. Finalmente, se llegó a un acuerdo por el que el gobierno de República Dominicana accedió a pagar una indemnización al gobierno haitiano⁸¹.

⁷⁵ GUACHALLA, Luis F. La Convención Gondra. Estudio y antecedentes del Tratado continental para la investigación de las controversias que puedan suscitarse entre los países americanos, aprobado por la V Conferencia Internacional Americana. Editorial de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1924, 59 y 60.

⁷⁶ La Quinta Conferencia Panamericana vista por un Mexicano. En Revista Mexicana de Derecho Internacional, 1923 (marzo y junio, tomo V, N° 1). Antigua Imprenta de Muguía, México, 1924, págs. 1-147, 108.

⁷⁷ Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay. Libro Blanco. I Parte: Documentos relativos a la Conferencia de Washington para el Estudio de un Pacto de No Agresión con Bolivia, a la actuación de la Comisión de Neutrales, y Trato de Prisioneros. Imprenta Nacional, Asunción, Paraguay, 1933, 44.

⁷⁸ ÁLVAREZ, Alejandro. Concepto sobre el Derecho de Colombia en el actual conflicto. En Revista Militar del Ejército de Colombia. 1932, (Nos. 235-236, enero y febrero), 560-638, 568

⁷⁹ REYES, Alfonso y SIERRA, Manuel Justo, 1. Código de la Paz. En Misión Diplomática II. FCE - Fondo Cultura Económica, Santo Domingo, República Dominicana, 2015.

⁸⁰ Departamento de Estado de los Estados Unidos. Foreign Relations of the United States Diplomatic Papers · Tomo 5. U.S. Government Printing Office, Washington, DC, EE.UU., 1956, 178 y 197

⁸¹ VEGA, Bernardo. Trujillo y Haití: 1946-1957. Fundación Cultural Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana, 2009, 43

En otro orden de cosas, después del Pacto Gondra, la región y el mundo vieron el desarrollo de instrumentos jurídicos orientados a fortalecer la solución pacífica de controversias internacionales. En este contexto, cabe destacar la suscripción, en agosto de 1928, del “Pacto Briand-Kellogg”, por el cual países de todos los continentes acordaron renunciar a la guerra como política nacional. Este instrumento es considerado base del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas, por la que se prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza por los Estados Miembros⁸². Al respecto, cabe señalar que Frank B. Kellogg, Secretario de Estado de los Estados Unidos, y por quien el instrumento recibe la mitad de su denominación, había integrado la Delegación de su país en la Quinta Conferencia Internacional Americana⁸³.

Posteriormente, el Pacto Gondra fue evaluado en el marco del Comité de Conciliación de la Conferencia Internacional de Estados Americanos sobre Conciliación y Arbitraje, mantenida en Washington entre diciembre de 1928 y enero de 1929, como consecuencia de las resoluciones de la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana en 1928. En la conferencia de Washington, se describió a la Convención como “conquista preciosa en el campo de la solución pacífica de los conflictos internacionales”, observándose una conformidad general de los países en mantener el instrumento⁸⁴, aunque también se vio necesario enriquecer el sistema. Fue así, que en la citada conferencia se aprobó la “Convención General de Conciliación Interamericana”, a fin de fortalecer el mecanismo de la conciliación a semejanza del órgano creado por el Pacto Gondra. Cabe señalar que la intención inicial fue denominar a dicho instrumento “Convención Complementaria y Adicional del Tratado Gondra”, pero se decidió no hacerlo en aras de no afectar su naturaleza⁸⁵. De igual modo, en el mismo evento también se aprobó el Tratado General de Arbitraje Interamericano y el Protocolo Adicional de Arbitraje Progresivo, por las que los países de la región acordaron someter a arbitraje las disputas existentes entre ellos. Resulta importante indicar que el Tratado General manifestaba que sus provisiones no impedirían a las Partes recurrir a procedimientos de investigación y de conciliación establecidos en convenciones que estén vigentes entre ellas⁸⁶, en cuya referencia se enmarcaba el Pacto Gondra.

En los años posteriores, se celebraron acuerdos que fueron complementando y fortaleciendo el sistema regional de solución de controversias internacionales. Entre los mismos, corresponde citar el Protocolo Adicional a la Convención General de Conciliación Interamericana de diciembre de 1933, que obligó a los Estados signatarios del Pacto Gondra a nombrar los miembros de las comisiones previstas en dicho tratado, a las que le otorgó carácter de permanente y les dio la denominación de “Comisiones de Investigación y Conciliación”, unificando en cierto modo los marcos normativos regionales existentes en aquel momento en

⁸² KURTZ, Lester R. (Editor) – Encyclopedia of Violence, Peace and Conflict. Elsevier Science, Segunda Edición, 2008, 1136.

⁸³ No obstante, corresponde señalar que los Delegados estadounidenses que estuvieron directamente involucrados en la elaboración de la Convención Gondra fueron Henry P. Fletcher, quien presidió la Séptima Comisión, y Atlee Pomerene.

⁸⁴ Proceedings of the International Conference of American States on Conciliation and Arbitration. U.S. Government Printing Office, Washington, DC, EE.UU., 1929, 224.

⁸⁵ Ídem, 354.

⁸⁶ Ídem, 660.

materia de investigación y conciliación como mecanismos de solución pacífica de controversias.

De igual manera, resulta relevante citar la firma del Tratado Antibélico de No Agresión y de Conciliación (Pacto Saavedra-Lamas) de octubre de 1933, por el que los países firmantes declararon, entre otras disposiciones, que no reconocerán “arreglo territorial alguno que no sea obtenido por medios pacíficos, ni la validez de la ocupación o adquisición de territorios que sea lograda por la fuerza de las armas”⁸⁷, así como el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación, la Convención para Coordinar, Ampliar y Asegurar el Cumplimiento de los Tratados Existentes entre los Estados Americanos, y el Tratado Relativo a la Prevención de Controversias, suscritos en diciembre de 1936, las que consolidaron los diversos medios de resolución pacífica de disputas entre Estados, como las negociaciones diplomáticas directas, las comisiones de investigación, las comisiones de conciliación, los tribunales de arbitraje y cortes de justicia, de conformidad con los tratados que sean aplicables y estén en vigor para los Estados en cuestión⁸⁸.

Por todo lo anterior, se considera que el Pacto Gondra contribuyó a sentar las bases para posteriores instrumentos interamericanos de seguridad colectiva, así como que fue predecesor de otros tratados multilaterales importantes, como el Acuerdo Locarno de Europa de 1925 y el ya mencionado Pacto Briand-Kellogg⁸⁹.

Este arduo proceso de construcción del marco jurídico para la protección de la paz mediante la condena al recurso de la guerra y el fortalecimiento de los medios de solución pacífica de controversias llegó a su cúspide con el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948, más conocida como el “Pacto de Bogotá”. Este instrumento, considerando las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, busca consagrar la obligación de los Estados de resolver pacíficamente sus disputas, priorizar el empleo de los mecanismos regionales antes del recurso al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y unificar una diversidad de disposiciones regionales de solución pacífica de controversias, codificando las nociones y los mecanismos dispersos, no estableciendo una jerarquía entre tales mecanismos⁹⁰. En este contexto, uno de los aspectos más resalantes del Pacto de Bogotá es que otorga jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia.

El carácter unificado del Pacto de Bogotá queda evidenciado en que su entrada en vigor cesa para los Estados los efectos de los instrumentos mencionados en los párrafos anteriores, incluyendo el Pacto Gondra. Corresponde aclarar

⁸⁷ “Tratado Antibélico de No Agresión y de Conciliación (Pacto Saavedra-Lamas)”. 10 de octubre de 1933. Artículo II

⁸⁸ “Convención para Coordinar, Ampliar y Asegurar el Cumplimiento de los Tratados Existentes entre los Estados Americanos”. 23 de diciembre de 1936. Artículo IV.

⁸⁹ PETERSEN, Mark J, *The Southern Cone and the Origins of Pan America, 1888-1933*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, IN, EE.UU., 2022, 173-174.

⁹⁰ YEPES, Jesús María. *La Conférece Panaméricaine de Bogota et le Droit International Américain*, pág. 59. Cita de BETANCUR RESTREPO, Laura. *La tensión entre lo jurídico y lo político. Un debate sobre la juridicidad de la mediación internacional*, Primera Edición, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia, 2018, 93.

que este hecho no ha supuesto la derogación de dicha convención, puesto que esta, técnicamente, continúa vigente para aquellos Estados que son Parte de la misma y no han ratificado el Pacto de Bogotá⁹¹. Sin embargo, en la práctica, el Pacto Gondra se encuentra en desuso, ya que las comisiones permanentes previstas en ella no se encuentran activas.

Conclusiones y Consideraciones Finales

Las naciones hispanoamericanas, desde sus independencias, habían anhelado el desarrollo de mecanismos de solución pacífica de las controversias entre ellas. Este anhelo, presente en las primeras reuniones multilaterales celebradas en la región, no impidió que, durante gran parte del siglo XIX, los gobiernos recurrieran constantemente a la guerra para resolver sus disputas. Las conferencias interamericanas, celebradas a partir de 1889 bajo impulso de los Estados Unidos, posibilitaron un espacio propicio para que los países del continente pudieran avanzar en tan importante como delicado tema.

Particularmente, por su contexto histórico, la Quinta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Santiago en 1923, ofrecía oportunidades para profundizar el mencionado deseo. Los efectos de la Primera Guerra Mundial estaban presentes en la conciencia de los estadistas. No obstante, la cuestión del armamentismo entre los principales países de la región se alzaba como el principal escollo para tal profundización.

En este panorama, el Informe presentado por el delegado de Chile, Antonio Huneeus, a la Séptima Comisión de la conferencia, la que abordaba la limitación de los armamentos, condensó apropiadamente la problemática, a la vez que reflejó el deseo continental de una paz inmutable y de condenar la "paz armada". Sobre este punto, el chileno exhortó a reflexionar en la necesidad de reprimir la principal causa directa del armamentismo, la guerra misma, y planteó que la conferencia recomiende a los países la adhesión a los métodos preventivos de la guerra, con énfasis en los basados en la investigación y examen previos a la ruptura de las hostilidades.

Fue en este contexto que Manuel Gondra, delegado del Paraguay, pasó a la historia interamericana. Gran estadista e intelectual, a pesar de nunca haber culminado sus estudios universitarios, el representante paraguayo, quien había sido dos veces presidente de esa República, tenía vasta experiencia diplomática, particularmente en el ámbito multilateral. Gondra propuso transformar la mencionada recomendación como un tratado continental, sobre la base de la fórmula de remisión de disputas internacionales a órganos de investigación, impulsada anteriormente por William Jennings Bryan, antiguo Secretario de Estado de los Estados Unidos, y plasmada en varios acuerdos bilaterales celebrados por ese país.

La idea de Gondra fue bien recibida por los otros delegados, pues corres-

⁹¹ Es el caso de Cuba, Estados Unidos, Guatemala y Venezuela.

pondía a la aspiración de paz inmutable y de condena de la paz armada de toda la región, y tuvo rápidamente repercusión mediática internacional. Fue sometida a una negociación en la que la ambiciosa versión inicial de la propuesta del delegado paraguayo, que contemplaba la jurisdicción de la Corte Permanente Internacional de Justicia tras el procedimiento investigativo, tuvo que ser limitada a una versión más moderada, enfocada en un sólido sistema de investigación. No obstante, esta limitación, junto con una reducción del alcance de la aplicación del instrumento para que no proceda en casos que afectan “prescripciones constitucionales” de los países, vista como una decepción por algunos en aquella época, ha sido clave para que el instrumento pudiera ser aprobado y tuviese una óptima recepción entre los Estados. El mismo delegado paraguayo, en su argumentación, había justificado tales limitaciones, pues estaban empeñados en crear “instrumentos útiles que ayuden al desarme moral entre pueblos que se amenacen por mutuos agravios”.

Justamente, el logro del Pacto Gondra fue haber conseguido poner de acuerdo a los diecisiete Estados presentes en la Quinta Conferencia y haber obtenido la ratificación de dieciséis países, dos de los cuales no habían participado de la mencionada conferencia. Si bien todas las naciones anhelaban la “paz inmutable” en la región, cada una tenía su propia posición y su propio marco normativo acerca del alcance apropiado de los mecanismos de solución pacífica de controversias internacionales, circunstancias que habían dificultado avances en el pasado. Por ello, el Pacto Gondra, limitado y con ciertas falencias en su aplicación, ha demostrado tener un éxito rotundo al haber sido el primer instrumento regional sobre dicha materia que ha logrado buena receptividad por los países.

Sobre la base del mencionado éxito, el Pacto Gondra se ha constituido en cimiento del marco jurídico interamericano que se ha desarrollado posteriormente fortaleciendo los diversos métodos de solución pacífica de disputas entre Estados. Este proceso derivó en el “Pacto de Bogotá” de 1948, el cual, al unificar y reemplazar al Pacto Gondra y a los otros instrumentos que lo sucedieron, pone de manifiesto que su misión había sido cumplida. El mismo Gondra y otros delegados de la Conferencia demostraron tener esa visión, cargada de esperanza, conscientes del lugar que les tocó ocupar en la historia, de que el tratado que habían creado e impulsado era el primer paso en el caminar de la región a un sistema normativo de consolidación de la paz y de renuncia a la guerra.

Por otra parte, el Pacto Gondra no escapa a la injusta argumentación de haber sido incapaz de impedir el estallido de conflictos armados. Un juicio del que tampoco escapan gran parte de los instrumentos globales y regionales del Derecho Internacional, fundado únicamente en la decepción producida por las violaciones de las normas internacionales, y que ignora los resultados silenciosos que la sola existencia de estas genera en procurar lo más posible la paz en el orden internacional, al estar presente en la conciencia de los gobiernos y las sociedades.

Para culminar, a cien años del Pacto Gondra, con un conflicto en curso en

plena Europa y las consecuencias que el mismo acarrea para todo el mundo, seguimos siendo testigos de la importancia, principalmente para los Estados más pequeños, de no descuidar el marco internacional relativo a solución pacífica de controversias, así como de valorar las instituciones creadas en la materia y de velar por el estricto cumplimiento del Derecho Internacional. Pues, como diría Gondra, no pudiendo hacer que el justo sea siempre fuerte, nos hemos empeñado porque el fuerte sea siempre justo.

BIBLIOGRAFÍA

- KACOWICZ, Arie. M. 1998. *Zones of Peace in the Third World. South America and West Africa in Comparative Perspective*. Press, Albany, NY, EE.UU: State University of New York.
- BURR, Robert N. 1955. *The Balance of Power in Nineteenth -Century South America: An Exploratory Essay*, en *Hispanic American Historical Review*, Duke University Press, (Vol. 35, No. 1).
- ROWE, L. S. 1940. *The Pan American Union and The Pan American Conferences*. Panamerican Union, Washington, D.C., EE.UU.
- HERNÁNDEZ NÚÑEZ, Yepsaly. *La confrontación de intereses nacionales y la discusión del arbitraje en la I Conferencia Internacional Americana*. En *Revista Politeia*, 2013 (N° 50, vol. 36). Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela (UCV).
- PETERSEN, Mark J, *The Southern Cone and the Origins of Pan America, 1888-1933*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, IN, EE.UU., 2022.
- FIGUEROA PLA, Uldaricio. 1989 *Manual de organismos internacionales*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile - Andrés Bello,.
- VINCENT, Jon S. 2003 *Culture and Customs of Brazil*. Westport, CT, EE.UU.: Greenwood Press.
- DOMÍNGUEZ, Jorge I. 2003. *Boundary Disputes in America Latina*. Washington, D.C., EE.UU.: United States Institute for Peace.
- GARAY, Christian. 2012. *Las carreras armamentistas navales entre Argentina, Chile y Brasil (1891-1923)*. En *Historia Crítica*, Universidad de los Andes.
- LIVERMORE, Seward W. *Battleship Diplomacy in South America: 1905-1925*. En *The Journal of Modern History*, 1944 (Marzo, Vol. 16, No. 1).
- *Programa y Reglamento de la Quinta Conferencia Internacional Americana, aprobado por el Consejo de la Unión Panamericana el miércoles 6 de diciembre de 1922*.
- *Actas de las Sesiones Plenarias de la Quinta Conferencia Internacional Americana*. Tomo I, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, Chile, 1923.
- SCAVONE YEGROS, Ricardo. 2010. *Capítulo X. Guerra Internacional y confrontaciones políticas (1920-1954)*. En *Historia del Paraguay*. Telesca, Igna-

- cio (Coord.). Asunción, Paraguay: Editorial Taurus.
- NICKSON, Andrew. 2015. *Historical Dictionary of Paraguay*. Rowman & Littlefield, 3ra Edición, Lanham, MD, EE.UU.
 - CABALLERO AQUINO, Ricardo. 2011. *Manuel Gondra. Los mejores al poder. Colección Protagonistas de la Historia, N° 8*. Asunción, Paraguay: Editorial El Lector.
 - PEÑA VILLAMIL, Manuel. 2018. *Eusebio Ayala y su tiempo*. Asunción, Paraguay: Editorial El Lector.
 - LEVINE, Lawrence W. 1987. *Defender of the Faith. William Jennings Bryan: The Last Decade, 1915-1925*. Cambridge, MA, EE.UU.: Harvard University Press.
 - CRUCHAGA TOCORNAL, Miguel. 1925 *Nociones de Derecho Internacional. Tomo II. Tercera Edición*. Madrid, España: Editorial REUS.
 - GUACHALLA, Luis F. *La Convención Gondra. Estudio y antecedentes del Tratado continental para la investigación de las controversias que puedan suscitarse entre los países americanos, aprobado por la V Conferencia Internacional Americana. Editorial de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1924*.
 - ÁLVAREZ, Alejandro. *Concepto sobre el Derecho de Colombia en el actual conflicto*. En *Revista Militar del Ejército de Colombia*. 1932, (Nos. 235-236, enero y febrero).
 - REYES, Alfonso y SIERRA, Manuel Justo. 2015 1. *Código de la Paz*. En *Misión Diplomática II*. FCE - Fondo Cultura Económica, Santo Domingo, República Dominicana.
 - VEGA, Bernardo. 2009. *Trujillo y Haití: 1946-1957*. Fundación Cultural Dominicana, Santo Domingo, República Dominicana.
 - KURTZ, Lester R. (Editor) - *Encyclopedia of Violence, Peace and Conflict*. Elsevier Science, Segunda Edición, 2008.
 - BETANCUR RESTREPO, Laura. 2018 *La tensión entre lo jurídico y lo político. Un debate sobre la jurisdicción de la mediación internacional*, Primera Edición, Bogotá, Colombia: Universidad de Los Andes.

SANCIONES INTERNACIONALES EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Theodore Stimson¹

RESUMEN: El presente ensayo trata sobre las sanciones, entendidas estas como medidas económicas con fines políticos, internacionales dentro del derecho norteamericano. En ese sentido, debe señalarse que históricamente, las sanciones han ido evolucionando de manera paulatina, pues, ante las contingencias y los distintos escenarios que se dieron en los países que serán objeto de estudio, se vio la necesidad de ir modificando los distintos tipos de sanciones. Por consiguiente, se ve involucrado el alcance extraterritorial de las leyes penales, pues, resulta menester diferenciarlas de las leyes administrativas, a fin de precautelar uno de los derechos fundamentales garantizados en la quinta enmienda: el debido proceso. Es por ello, que el presente trabajo tiene por objeto exponer, a través de un análisis exhaustivo de la doctrina, legislación y jurisprudencia internacional, el alcance de las sanciones.

PALABRAS CLAVE: Sanciones norteamericanas- leyes penales – derecho norteamericano.

ABSTRACT: This essay deals with sanctions, understood as economic measures with international political purposes within the U.S. law. In this sense, it should be noted that historically, sanctions have been evolving gradually, since, in the face of the different scenarios that occurred in the countries to be studied, it was necessary to modify the different types of sanctions. Consequently, the extraterritorial scope of criminal laws is involved, since it is necessary to differentiate them from administrative laws, in order to safeguard one of the fundamental rights guaranteed in the Fifth Amendment: due process. For this reason, the purpose of this paper is to present, through an exhaustive analysis of doctrine, legislation and international jurisprudence, the scope of sanctions.

KEYWORDS: U.S. Sanctions - criminal laws - U.S. law

SUMARIO: 1) el régimen de sanciones internacionales impuestos por los EE.UU. en la ejecución de su política exterior; 2) la aplicabilidad de las sanciones a entidades bancarias extranjeras; 3) las consecuencias de violación de las sanciones; 4) la rehabilitación de los sujetos de las sanciones; y 4) la extraterritorialidad de la legislación penal norteamericana.

Introducción

Las sanciones son medidas económicas con fines políticos (Andreas Lowenfeld). En el orden internacional liberal basado en reglas de derecho, la nación Estado es el actor más importante. Históricamente, las sanciones fueron impuestas en forma de embargos totales a Estados rufianes como Cuba, Irak, Corea del Norte, autoritarios y corruptos. En ese mismo orden globalizado, el libre intercambio de personas, bienes y servicios, la creación de riqueza, permitió el protagonismo de actores no estatales, algunos con fines nobles, pero otros

¹ Abogado, Universidad Nacional de Asunción, 1992. Maestría en Leyes, Universidad de Chicago, 1994. Especializado en derecho administrativo, derecho internacional, e inversiones extranjeras. Colegio de Abogados del Paraguay, miembro. Centro de Conciliación y Arbitraje de Paraguay, Árbitro. Cámara de Comercio Paraguayo Americana (AMCHAM), miembro. Idiomas: Español e Inglés.

con fines destructivos. En este contexto, los regímenes de sanciones basados en países, utilizados hace siglos, fue evolucionando a un régimen basado en designar entidades políticas, entidades comerciales, personas, por estas actividades que constituyen una amenaza para la seguridad nacional de los EE.UU., o ser responsables de graves violaciones a los derechos humanos o hechos de corrupción, los que tienden a generar tales amenazas.

En las últimas décadas, entonces, el Congreso y la Presidencia de los EE.UU., además de aprobar programas de sanciones basados en países, aprobaron distintas herramientas legislativas tales como la Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional, el Patriot Act, la Ley Global Magnitsky, y otras, con sanciones financieras administradas por la Oficina de Controles de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro. Estas bloquean la propiedad de activos, la participación en el comercio, el movimiento de fondos, en el sistema económico americano mediante la designación e inclusión en la lista SDN (*Specially Designated Nationals and Blocked Persons list*).

Además de distinguirse entre las sanciones basadas en países (*country-based*) y sanciones basadas en listas (*list-based*), se distingue entre sanciones primarias y secundarias. Las *primarias* que se aplican territorialmente, en el sentido de aplicarse el bloqueo a los nacionales de los EE.UU., quienes no pueden interactuar con el país o la persona designada. En principio, las primarias no son extraterritoriales, pero en un mundo globalizado, y dictadas por la potencia que controla la moneda de reserva, sus efectos son inevitablemente extraterritoriales. Las sanciones *secundarias*, sin embargo, son extraterritoriales porque la prohibición está dirigida directamente a terceros países y personas, advirtiendo de consecuencias si es que llegasen a comerciar con los países o personas sancionadas.

Las herramientas legislativas de política exterior

La Ley de Comercio con el Enemigo de 1917 de EE. UU. define “enemigo” a cualquier individuo, sociedad u otro grupo de individuos, de cualquier nacionalidad, residente dentro del territorio (incluido el ocupado por las fuerzas militares y navales) de cualquier nación con la que los Estados Unidos está en guerra². La Ley prohíbe a cualquier persona en los Estados Unidos, excepto con la licencia del Presidente, otorgada a dicha persona, o al enemigo, o al aliado del enemigo, comerciar, intentar comerciar, ya sea directa o indirectamente, con el enemigo o un aliado del enemigo. La Ley delega su implementación al Departamento del Tesoro.

Declarada la guerra contra una nación extranjera, se aplica un régimen de sanciones comprensivo, un embargo total a la economía del enemigo, con el que no se puede comerciar. Pero en un mundo globalizado, donde las amenazas son transnacionales pueden originarse en actores no estatales el Congreso norteamericano consideró adecuado desarrollar otro tipo de programas y herramientas

² Trading with the Enemy Act of 1917.

tas, autorizando al Presidente a declarar una emergencia nacional ante alguna situación extraordinaria que amenace la seguridad nacional, la política exterior, y la economía de los EE. UU., y determinar sanciones individualizadas y específicas a estos desafíos.

La *Ley Económica de Emergencia Internacional (IEEPA)* de 1977, por ejemplo, establece un régimen general de declaración de emergencia nacional y programa de sanciones que autoriza al Presidente a dictar ordenes ejecutivas (decretos) declarando alguna amenaza y designando organizaciones y personas extranjeras como sancionados bajo el programa³. En 1995, por ejemplo, el Presidente Clinton emitió la Orden Ejecutiva 12947 declarando el terrorismo internacional como una amenaza para la seguridad nacional, la política exterior y la economía de los Estados Unidos, y designando a ciertas organizaciones extranjeras como “terroristas especialmente designados” o SDTs⁴.

Otro ejemplo del nuevo enfoque en el combate de amenazas internacionales es la *Ley Antiterrorista y Pena de Muerte Efectiva de 1996 (AEDPA)*. Bajo este esquema, el Secretario de Estado está autorizado a designar “organización terrorista extranjera” a organizaciones extranjeras⁵. En 1999 el Secretario de Estado designó a la *Organización Muyahidines del Pueblo de Irán v. Departamento de Estado de EE. UU (PMOI)* como organización terrorista extranjera e impuso el congelamiento de sus activos en los EE. UU.

En 1999, el Congreso sancionó la *Ley de Designación de Cabecillas Extranjeras del Narcotráfico* de 1999 autoriza al Presidente a designar “narcotraficante extranjero significativo” a cualquier persona extranjera que desempeñe un papel importante en el tráfico internacional de narcóticos, y a bloquear cualquier propiedad sujeto a la jurisdicción o posesión de los EE. UU., y prohibir transacciones de nacionales de los EE. UU. con el designado⁶. En el 2004, el presidente Bush designó a Fernando Zevallos, empresario peruano propietario de la línea aérea Aero Continente, “narcotraficante extranjero significativo”, y bloqueó sus activos.

El *US Patriot Act*, aprobado por el Congreso de los EE.UU. tras los ataques del 11 de Septiembre, autoriza al Presidente de los Estados Unidos, mediante la Oficina de Crímenes Financieros (FinCEN) del Departamento del Tesoro, designar a una institución financiera extranjera “*principal preocupación del lavado de dinero*”, e imponerle medidas especiales, entre ellas, la medida especial nro. 5 que prohíbe o sujeta a la institución financiera sancionada el mantenimiento de cuentas corresponsales o cuentas de pago en los EE.UU. La medida especial nro. 5 es en términos prácticos una pena de muerte para cualquier institución financiera porque 95% del comercio exterior mundial en US Dólares depende de

³ Ley Económica de Emergencia Internacional (IEEPA) de 1977. Disponible en: <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title50/chapter35&edition=prelim>.

⁴ Orden Ejecutiva N° 12947 del 23 de enero de 1995. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-1995-01-25/pdf/X95-110125.pdf>.

⁵ Ley Antiterrorista y Pena de Muerte Efectiva de 1996 (AEDPA).

⁶ Ley de Designación de Cabecillas Extranjeras del Narcotráfico de 1999.

cámaras de compensación Fedwire y otros, del sistema financiero norteamericano⁷.

La Ley Global Magnitsky de Responsabilidad por los Derechos Humanos de 2016 (*Global Magnitsky Human Rights Accountability Act*) autoriza a la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro designar a personas y organizaciones extranjeras por graves violaciones de derechos humanos y hechos de corrupción, incluirlos en la lista de Nacionales Especialmente Designados y Personas Bloqueadas (SDN list), y prohibir que nacionales de los Estados Unidos comercien con los mismos⁸. El presidente Trump por medio de la Orden Ejecutiva 13818 de 2017, ante la “prevalencia y severidad de los abusos a los derechos humanos y la corrupción”, designó a ciertas personas extranjeras, bloqueó sus activos, y autorizó al Departamento del Tesoro a implementar la Ley.

Anualmente, la asignación presupuestaria Departamento de Estado, Ley de Asignaciones de Programas Relacionados y Operaciones Extranjeras (SFOPs) (*Anti-Kleptocracy and Human Rights*) contempla un programa de investigaciones extranjeras en cumplimiento del que el Secretario de Estado queda autorizado a designar, privada o públicamente, a oficiales extranjeros “significativamente corrupto”, y prohibir su ingreso y la de sus familiares al territorio norteamericano.

En el derecho administrativo norteamericano, se distingue entre la aprobación informal de reglas (“*informal rulemaking*” y la aprobación formal de reglas (“*formal rulemaking*”). La aprobación informal de reglas en general se inicia con un periodo de comentario público, “*Notice of Proposed Rulemaking*”(NOPR). Por ejemplo, bajo el Patriot Act, cuando FinCEN pretende imponer la medida especial nro. 5, que condiciona o prohíbe a una institución financiera extranjera mantener cuentas corresponsales o cuentas de pago en los EE. UU., u otras, avisa públicamente para comentario.

El sujeto o entidad objeto de la medida *no* es notificada individualmente de la regla propuesta sino participa al igual que el público del periodo de comentarios, en el que puede abogar para que no se adopte la medida. Bajo otros programas de sanciones, esta oportunidad de comentar la medida pretendida no es posible de antemano, por tratarse de asuntos de seguridad nacional, y el riesgo de que el preaviso del bloqueo cause la fuga de activos.

A diferencia del procedimiento de aprobación de reglas formales e individuales (resoluciones administrativas particulares, cuasi judiciales), en los que el derecho exige la audiencia previa e individual del interesado, con acceso del expediente y derecho a la defensa antes de resolver el caso concreto, el proceso de “*informal rulemaking*” es de naturaleza reglamentaria, estableciendo una prohibición general (salvo licencia general o especial de OFAC por ejemplo), vinculante y obligatoria para los nacionales o residente en EE.UU.

⁷ Ley Patriótica de 2001.

⁸ Ley Global Magnitsky de Responsabilidad por los Derechos Humanos de 2016.

El sistema financiero norteamericano

Las transferencias electrónicas es la forma de pago más frecuente en el sistema financiero interanacional, y como el bloqueo de la OFAC prohíbe a las instituciones financieras norteamericanas prestar servicios a la persona o país designado, estos quedan prácticamente fuera del sistema financiero internacional. “Una transferencia electrónica es, esencialmente, una transacción en la que un transfiriente u “originador”, que puede ser un individuo o una corporación, o un banco, instruye al banco para que transfiera fondos de su cuenta a la cuenta del “destinatario” o beneficiario. Si el originador y el beneficiario tienen cuentas en el mismo banco, ese banco simplemente realiza una ‘transferencia en libros’ debitando (y reduciendo así los fondos en) la cuenta del originador y acreditando (y por lo tanto los fondos en) la cuenta del beneficiario. Si el originador y el beneficiario no tienen cuentas en el mismo banco, pero el banco del originador y el beneficiario mantienen cuentas de “corresponsal” entre sí, la transferencia puede completarse a través de una de esas cuentas corresponsales”, explica Barry Carter, profesor de derecho de la Universidad de Georgetown.

Los principales sistemas de pagos internacionales son el Fedwire, CHIPS, y SWIFT. El Fedwire (*Federal Reserve Wire Transfer Network*) es un sistema operado por los 12 bancos de la Reserva Federal, que actúan de intermediarias y cámara compendora para las transferencias electrónicas de 9.289 bancos participantes. El CHIPS (*Clearing House Interbank Payments Systems*), es el más importante, maneja 95% de las transferencias internaciones en US Dólares, entre bancos extranjeros y domesticos; es propiedad de la Cámara Compensadora de Nueva York y de la Reserva Federal. El SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*) está basado en Bruselas, y es un sistema de comunicación para la conciliación de cuentas en las transferencias internacionales. SWIFT no actúa de cámara compensadora y la conciliación de las cuentas la terminan efectuando las corresponsalias, el Fedwire, y CHIPS.

“Cuenta corresponsal” significa una cuenta establecida para recibir depósitos, realizar pagos en nombre de una institución financiera extranjera o manejar otras transacciones financieras relacionadas con dichas instituciones”; “cuenta de pago” (PTA o *payable-through account*) significa una cuenta que incluye una cuenta de transacciones abierta en una institución de depósito por una institución financiera extranjera por medio de la cual la institución financiera extranjera permite a sus clientes contratar, ya sea directamente o a través de una subcuenta, en las actividades bancarias habituales en relación con el negocio de la banca en los Estados Unidos”.

El 95% de las transacciones internacionales en dólares, según al Banco de la Reserva Federal de Nueva York, se liquidan a través de CHIPS, donde las instituciones financieras participantes pueden retener, rechazar, o bloquear, y reportar a OFAC si se detecta el pago se origina o beneficia a una personas designada.

La sanción impuesta por OFAC no implica una restricción al US Dólar en si

mismo, ni transacciones en US Dolares, aunque es de alto riesgo para las personas designadas cualquier movimiento bancario en dolares porque 95% pasa por el sistema financiero norteamericano. Es la prestación de servicios financieros norteamericanos en violación a las sanciones al designado y a quienes hayan "causado" la violación (aunque sean no nacionales de los EE.UU.), lo que expone a sanciones civiles y penales.

I) Régimen de sanciones

Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional (IEEPA)

La Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional de 1977 complementó el Acta de Comercio con el Enemigo de 1917 (*Trading with the Enemy Act*). Bajo la Ley de Poderes Económicos de Emergencia, el Ejecutivo puede declarar emergencia nacional para responder a amenazas a la seguridad, y bloquear personas, congelar activos, y decomisar bienes. Bajo esta y otras herramientas legislativas, viene la Oficina de Control Activos Extranjeros (OFAC) para designar personas y empresas, e incluirla en la lista de bloqueo SDN.

La Sección 1750 de la Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional establece que "*será ilegal que una persona viole, intente violar, conspire para violar o cause una violación de cualquier licencia, orden, regulación o prohibición emitida en virtud de este capítulo*⁹".

Las sanciones por violar el bloqueo a una persona o empresa designanda son civiles o penales, dependiendo si fue deliberado y dolosa la violación. La responsabilidad civil es objetiva, es decir la OFAC no debe probar la culpa subjetiva del responsable de violar o "causar" la violación a las sanciones, aunque si puede ponderar factores agravantes y atenuantes al graduar el monto de la pena civil.

El Patriot Act

El US Patriot Act, promulgado en 2001 tras los ataques del 11 de Septiembre, autoriza al Presidente, en coordinación con la *Red de Control de Crímenes Financieros del Departamento del Tesoro* (FinCEN), designar a instituciones financieras extranjeras "principal preocupación para el lavado de dinero" e imponerle medidas especiales, entre ellas, la medida especial nro. 5 que prohíbe que la misma tenga cuentas corresponsales o cuentas de pago en el sistema financiero norteamericano, a las sujeta a condiciones.

La FinCEN considera factores jurisdiccionales e institucionales para designar una jurisdicción o institución financiera extranjera una principal preocupación para el lavado de dinero, entre ellas, evidencia de que en la jurisdicción operan grupos criminales o terroristas internacionales, la calidad institucional de la autoridad bancaria y de la agencia antilavado, la relación entre el volumen de transacciones y el tamaño de la economía, si la plaza es descrita como offshore, la existencia de convenios de cooperación judicial mutua, el nivel de corrupción del país.

⁹ Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional de 1977, sección 1750.

En 2007, por ejemplo, FinCEN designó a Banco Delta de Macau como institución financiera extranjera “principal preocupación para el lavado de dinero”¹⁰ e impuso la medida especial no. 5 (prohibición de mantener cuentas corresponsable o cuentas de pago en el sistema financiero norteamericano). En 2017, FinCEN encontró que el Banco de Dandong “sirve como puerta de entrada para que Corea del Norte acceda a los sistemas financieros internacionales y de EE. UU. a pesar de las sanciones de EE. UU. y la ONU”¹¹.

El *Banca Privada de Andorra S.A* fue designado por FinCEN en 2015 ‘principal preocupación de lavado de dinero, y le impuso la medida especial nro. 5, prohibiendo a la institución financiera designada mantener cuentas corresponsales o cuentas de pago en el sistema financiero norteamericano. Éste apeló a la Corte Distrital de Washington, pero la Corte rechazó la acción.

En el derecho norteamericano, las sanciones son medidas administrativas y están sujetas a recurso de reconsideración ante OFAC o FinCEN, y a revisión judicial, pero el derecho a la defensa está limitado por el código administrativo, por el no acceso a información confidencial (que la Corte puede evaluar a puertas cerradas y sin intervención del afectado), y a la deferencia que la Corte guarda a la autoridad administrativa en materia de seguridad nacional, política exterior, y defensa de la economía norteamericana. Es decir, es altamente improbable que la Corte sustituya su criterio por el de la Administración (OFAC o FinCEN), si encuentra que las mismas fueron razonables.

La Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC)

El Departamento del Tesoro, entre otros brazos, tiene la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC)¹² que impone designaciones y bloqueos en implementación de la Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional, y la Red de Control de Delitos Financieros (FinCEN) o *Financial Crimes Enforcement Network*, que impone “medidas especiales” en implementación del Patriot Act, pudiendo designar a una jurisdicción extranjera, a una institución financiera en el extranjero, a una clase de transacciones en el extranjero, o a un tipo de cuentas en el extranjero, objeto de “principal preocupación” para el lavado de dinero (*primary money laundering concern*).

La FinCEN considera factores jurisdicciones e institucionales para designar una jurisdicción o institución financiera extranjera una principal preocupación para el lavado de dinero, entre ellas, la calidad institucional de la autoridad bancaria y de la agencia antilavado, la relación entre el volumen de transacciones y el tamaño de la economía, si la plaza es descrita como offshore, el nivel de corrupción del país, y el nivel cooperación judicial mutua.

¹⁰ Financial crimes enforcement network, “Finding that Banco Delta Asia SARL is a Financial Institution of Primary Money Laundering Concern - 31 CFR Part 103”, consultado el 22 de agosto de 2023, <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/federal-register-notices/finding-banco-delta-asia-sarl-financial>

¹¹ Infolaft, “Estados Unidos bloquea al Bank of Dandong del sistema financiero”, consultado el 22 de agosto de 2023, <https://infolaft.com/estados-unidos-bloquea-al-bank-dandong-del-sistema-financiero>

¹² Office of Foreign Assets Control, “Sanctions Programs and Country Information”, consultado el 24 de agosto de 2023, <https://ofac.treasury.gov/>

Si el Departamento del Tesoro, por intermedio de FinCEN, designa a una jurisdicción, un banco, transacciones, etc., preocupación principal para el lavado de dinero, aplica las **medidas especiales** en forma extraterritorial y la medida especial no. 5 es la más fuerte, porque prohíbe a la jurisdicción o banco en el extranjero, tener cuentas corresponsales o cuentas para pago, y con esto la jurisdicción o banco queda fuera de los sistemas de compensación Fedwire, Chips, etc. y fuera del sistema financiero norteamericano, y del acceso a dólares. La calificación de GAFILAT, es fundamental para FinCEN.

La designación contempla un proceso de rehabilitación y FinCEN puede levantar la designación si todas las medidas de control y de mitigación son satisfechas por la jurisdicción o institución financiera designada.

En enero 2023, FinCEN encontró que *Bitzlato*, una plataforma de servicios de intercambio de activos virtuales, constituida en Hong Kong, que facilita el lavado de dinero para la Federación Rusa, en violación de las sanciones impuestas por la invasión a Ucrania, y a partir de esto impuso una medida especial que prohíbe le transmisión de fondos asociados a criptomonedas, considerando que el intercambio de activos virtuales no exige corresponsalías en el sistema financiero.

Lista CAPTA

OFAC, en cumplimiento de regímenes de sanciones basado en países, puede prohibir o sujetar a restricciones, a determinados bancos extranjeros que operaron para eludir las sanciones impuestas a los países sancionados, la tenencia de cuentas corresponsales o cuentas de pago (PTA) en el sistema financiero norteamericano. Esta es la Lista de Instituciones Financieras Extranjeras Sujetas a Sanciones por Cuenta Corresponsal o Cuenta de Pagos (*List of Foreign Financial Institutions Subject to Correspondent Account or Payable-Through Account Sanctions*) o Lista CAPTA. Actualmente, están designados el banco Kunlun de Beijing, el banco Karamay, y otros, por violar sanciones impuestas a Korea del Norte, Iran, Hizbullah, y Rusia.

El caso Toll Holdings Ltd. (Toll)

En abril, 2022, la empresa de transporte y logística Toll, con sede en Melbourne, Australia, fue sancionada por OFAC, por violaciones al régimen de sanciones a Corea del Norte, Siria, e Irán, y con entidades designadas en la lista SDN, la aerolínea Mahan Airlines, la naviera Hafiz Shipping Lines Company, y otras. Toll acordó pagar a OFAC como pena civil la cantidad de US\$ 6.131.855 por violación al régimen de sanciones. Como empresa de transporte, Toll actuó como intermediaria o "forward" en transportes multimodales de mar, aire, ferroviario, haciendo pagos por estos servicios mediante una cuenta en U.S. Dólares abierta en un banco no norteamericano, pero que fueron en definitivo procesado por el sistema financiero norteamericano, causando Toll mediante sus actividades de logística de transporte, una exportación ilegal de servicios financieros en violación al régimen de sanciones.

Toll también realizaba o recibía con frecuencia pagos que involucraban múltiples envíos relacionados con una sola factura con un afiliado, proveedor o cliente en particular, o repartir un solo cargo de envío en varias facturas; también se emplearon variaciones de este arreglo básico. En estos casos, el monto del pago asociado con el país o la persona sancionados como una parte de un monto mayor que consiste en los pagos de un país o una persona no sancionados". Al causar que instituciones financieras de los EE. UU. exportasen servicios a Corea del Norte, Irán, o Siria, o con personas incluidas en la lista de bloqueados SDN, Toll violó el régimen de sanciones.

El Grupo de Acción Financiera (Gafilat)

El *Financial Action Task Force* (FATF) o Grupo de Acción Financiera es un organismo internacional fundado en 1989, con sede en París. El capítulo latinoamericano está a cargo del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT). El Grupo de Acción Financiera efectuó exámen de países y territorios no cooperativos (NCCT) para evaluar el cumplimiento de los países con las medidas antilavado, y actualmente sus evaluaciones se basan en calificar a los países en Jurisdicciones de alto riesgo sujetas a un llamado a la acción ("lista negra") y Jurisdicciones bajo Monitoreo Incrementado ("lista gris"). La FinCEN de los EE. UU., al considerar los factores establecidos en la legislación norteamericana para hacer la designación de jurisdicciones o instituciones financieras como "principal preocupación para el lavado de dinero", considera las determinaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional. Por ejemplo, FinCEN en el 2003 designó a los bancos *Myanmar Mayflower Bank* y *Asia Wealth Bank de Burma*, como "principal preocupación para el lavado de dinero", a partir de las pesquisas del Grupo de Acción Financiera Internacional, y les aplicó la medida especial nro. 5, ordenando el cierre de las cuentas corresponsales que estas tuviesen en el sistema financiero norteamericano.

II. Aplicabilidad a bancos extranjeros

Los bancos extranjeros a la jurisdicción de los EE.UU. pueden ser alcanzados principalmente en dos formas bajo un programa de sanciones impuesto por EE. UU. En primer lugar, en forma indirecta, por efecto de violar algún programa de sanciones impuesto bajo la Ley de Poderes de Emergencia Económica Internacional, la Ley Global Magnitsky, u otros programas como el *Countering Americas Adversaries Through Sanctions Act* (CAATSA) (*Contrarrestando a los adversarios de las Américas a través de la Ley de Sanciones*); sanciones basados en países o basados en listas de personas u organizaciones extranjeras designadas y bloqueadas para recibir servicios, bienes, o tecnología de los EE.UU. En segundo lugar, en forma directa, o bajo el Patriot Act de 2001.

En el primer caso, la violación puede resultar por procesar pagos en cuenta corresponsal de EE.UU. para beneficio de un país sancionado, o a favor de una persona u organización extranjera bloqueada (incluida en la lista de nacionales especialmente designadas y personas bloqueadas de la Oficina de Control de Activos Extranjeros, OFAC). En el segundo, la institución financiera lleva adelante

actividades de lavado de dinero en violación a las normas nacionales e internacionales, y consecuentemente, la Red de Control de Crímenes Financieros del Departamento del Tesoro (FinCEN), aplica las medidas especiales previstas en el Patriot Act. La medida especial nro.5 consiste en condicionar o prohibir que la institución financiera sancionada, la apertura de cuentas corresponsales en los EE.UU.¹³, lo que implica en la práctica una pena de muerte, al quedar la institución excluida del comercio global.

Violación del programa de sanciones por bancos extranjeras

El gobierno de los EE.UU. ha utilizado una interpretación expansiva para aplicar extraterritorialmente la Sección 206 de la Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional de 1977 para penalizar a instituciones financieras extranjeras que han infringido algún programa de sanciones.

La Sección 206 establece que “Será ilegal que una persona viole, intente violar, conspire para violar o cause una violación de cualquier licencia, orden, reglamento o prohibición emitida bajo este título”. El texto legal prohíbe no solamente quienes intente violar, o conspire a violar un régimen de sanciones, sino también a quienes “causen” violaciones de sanciones y entonces las penas civiles y penales por la violación de sanciones pueden alcanzar a entidades extranjeras quienes hayan “causado” debido a falta de controles que, por ejemplo, se produzca una prestación de servicios financieros norteamericanos prohibida por la sanción impuesta.

Los principales sistemas de pagos internacionales son el Fedwire, CHIPS, y SWIFT. El Fedwire (*Federal Reserve Wire Transfer Network*). El CHIPS (*Clearing House Interbank Payments Systems*), es el más importante, maneja 95% de las transferencias internacionales en US Dólares, entre bancos extranjeros y domésticos; es propiedad de la Cámara Compensadora de Nueva York y de la Reserva Federal. Las alternativas al sistema norteamericano como el HSBC’s *Clearing House Automated Transfer System*, el Sistema de Pagos Interbancarios Transfronterizos (CIPS) establecido en 2015 por el banco chino People’s Bank of China (PBOC), o los *Electronic Funds Transfer (EFT)*¹⁴, o no tienen la cobertura requerida o terminan en contacto con la jurisdicción norteamericana.

El caso del banco *British Arab Commercial Bank (BACB)*, basado en Londres, es un caso de violación de sanciones, indirecto. Esta institución abrió una cuenta *nostro* en US Dólares en un banco ubicado en un país que importa petróleo de Sudan, país sancionado por los EE. UU. El banco extranjero en el que BACB abrió la cuenta *nostro* en el país importador de petróleo de Sudan, no era norteamericano. BACB fondeaba la cuenta *nostro* con periódicas transferencias

¹³ “Cuenta corresponsal” es una cuenta establecida para recibir depósitos, realizar pagos en nombre de una institución financiera extranjera o manejar otras transacciones financieras relacionadas con dichas instituciones”. La “cuenta de pago” (PTA o payable-through account) es una cuenta que incluye una cuenta de transacciones (tal como se define en la Ley de la Reserva Federal), abierta en una institución de depósito por una institución financiera extranjera por medio de la cual la institución financiera extranjera permite a sus clientes contratar, ya sea directamente o a través de una subcuenta, en las actividades bancarias habituales en relación con el negocio de la banca en los Estados Unidos”.

¹⁴ En el EFT un remitente inicia la transferencia, la solicitud se canaliza a través de una serie de redes digitales que se originan en Internet o en una terminal de pago al banco del remitente y luego al banco del destinatario.

de US Dólares en grandes volúmenes, originados en bancos que tampoco eran norteamericanos. Sin embargo, las transferencias electrónicas de los bancos Europeos con los que BACB fondeaba la cuenta *nostro* sí pasaba por el sistema financiero norteamericano. La Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento de Tesoro consideró que BACB comprendía que “la entrada de USD a su cuenta *nostro* en la institución financiera no estadounidense se procesaría fuera de los Estados Unidos a través del financiamiento de las cuentas BACB en Europa”, que este esquema intentaba eludir el régimen de sanciones impuesto por EE.UU., y que “BACB otorgó un beneficio económico sustancial a personas en Sudán y causó un daño significativo a la integridad del programa de sanciones de EE. UU. y a sus objetivos de política”, al procesar transacciones en USD hacia o a través de los Estados Unidos”, violando el programa de sanciones. OFAC estableció la pena civil base para BACB en US\$ 381.400.000, pero en un acuerdo transaccional fue acordado un monto inferior.¹⁵

III. Rehabilitación del sujeto de sanciones

“Delisting” o rehabilitación del sujeto de sanciones internacionales

Las sanciones, después, de todo, son herramientas económicas con fines políticos, que pretenden un “cambio positivo” de conducta. Uno de los caminos procesales para revertir la medida administrativa de la designación es la reorganización corporativa del designado, los “*remedial steps*” coordinados con OFAC. En este proceso, el afectado por la designación tiene derecho a entablar negociaciones, intercambiar información, presentar documentos, solicitar reuniones, y llevar adelante un intenso dialogo interactivo con OFAC para obtener la remoción de la lista.

Los titulares de algunos medios de comunicación locales han publicado informaciones incorrectas sobre la naturaleza de los procesos de desinversión indicados por OFAC, dando a entender que transferencias a familiares, o anticipos de herencia, por el solo hecho de -posiblemente- no suponer una transacción en la que se intercambia valores por divisas, fatalmente determinan la violación del régimen de sanciones, y la aplicación de altas penas monetarias o corporales.

Al contrario, normalmente las diferentes modalidades de desinversión el afectado lo hace en consulta y coordinación con la misma OFAC, que de antemano emite un visto bueno, o examina y comenta la transacción *ex post facto*, pero dentro de un dialogo interactivo que posibilita plantear seguridades adicionales u otros mecanismos, a satisfacción de OFAC. En algunos casos, OFAC ha aceptado como parte de la desinversión donación de acciones a instituciones de beneficencia, y otros arreglos que cumplan con los objetivos de OFAC.

Oleg Deripaska, oligarca ruso, logró la remoción de las compañías En+ Group PLC (“En+”), Gaz Group (“Gaz”), JSC Eurosibenergo (“ESE”) y United Company Rusal PLC (“Rusal”), empresas energéticas rusas controladas por Deripaska. Éste

¹⁵ Theodore Stimson, “Como alcanza el regimen de sanciones de los EE.UU. a los bancos extranjeros”, Diario Abc color, 19 de marzo 2023, <https://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/economico/2023/03/19/como-alcanza-el-regimen-de-sanciones-de-los-eeuu-a-los-bancos-extranjeros/>.

fue representado por Lord Gregory Barker, ex ministro de energía y cambio climático del Reino Unido, además de su representación legal de EE. UU., y OFAC destacó en el acuerdo de remoción, que los designados se han comportado de manera colaborativa y transparente durante todo el proceso.

Los términos de remoción (TOR o *Terms of Removal*) contemplan la desinversión de la participación accionaria de Deripaska a 44,95%, la reducción de los derechos de voto de Deripaska al 35%, la formación de un Directorio independiente de 12 miembros, pudiendo Deripaska nombrar a solo 4 directores, y la asunción de obligaciones de transparencia, auditoria, reportes mensuales, monitoreo e informes continuos por parte de las entidades a la OFAC. La reorganización corporativa, acordada con OFAC, en *cumplimiento* de la Sección 501.807 del Código de Regulación Federal, es al objeto del “*delisting*”.

Recurso de reconsideración ante negativa de rehabilitación

La persona u organización extranjera designada, tiene derecho a interponer un recurso de reconsideración ante la Administración (OFAC, etc.), al objeto de refutar las bases consideradas por la Administración para adoptar la designación, o para alegar que las circunstancias que motivaron la designación ya no se aplican (Sección 501.807 Código Federal de Regulaciones).

La información presentada por la persona bloqueada que busca salida de la lista de personas bloqueadas será revisada por la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC), que puede solicitar aclaración, corroboración u otra información adicional”, establece la Sección 501.807 (b) Código de Regulaciones Federales. “Después de que la Oficina de Control de Activos Extranjeros haya realizado una revisión de la solicitud de reconsideración, proporcionará una decisión por escrito a la persona bloqueada”.

El *delisting* puede ser de oficio, por las siguientes razones: 1) información creíble que la persona no participó de la conducta que se le atribuye; 2) la persona fue debidamente procesada en su país por la conducta que se le atribuye; 3) la persona ha demostrado un cambio de conducta significativo, ha pagado las consecuencias de la actividad por las cuales las sanciones fueron impuestas, y creíblemente se ha comprometido a no reincidir en las conductas en lo futuro; y 4) la terminación de las sanciones está en el interés nacional de los EE.UU. (Ley Global Magnitsky).

Revisión Judicial ante negativa a la rehabilitación

El afectado por una designación puede recurrir a la Justicia en el caso de la negativa de la Administración de removerlo de la lista, o reconsiderar la designación. El alcance de la revisión judicial está fijado en la Sección 706 de la Ley de Procedimientos Administrativos de 1946 (APA):

El tribunal de revisión decidirá todas las cuestiones de derecho pertinentes, interpretará las disposiciones constitucionales y legales y determinará el significado o la aplicabilidad de los términos de la acción de la Administración. El tribunal de revisión declarará ilegales y anulará las acciones, los hallazgos y las

conclusiones de la Administración que se determinen (a) arbitrarios, caprichosos, un abuso de discreción o que no estén de acuerdo con la ley; (b) contrario al derecho constitucional, poder, privilegio o inmunidad; (c) por encima de la jurisdicción, autoridad o limitaciones legales, o por debajo de la autorización legal; (d) sin observar el procedimiento requerido por la ley; (e) sin el respaldo de pruebas sustanciales.

Deferencia al criterio de la Administración

En principio, en la revisión de un acto administrativo, como son las medidas de designar nacionales y personas bloqueadas, la Corte guarda *deferencia* por el criterio de la Administración. Es decir, la Corte solamente revocaría la designación del Secretario de Estado, OFAC, etc., si la misma es evidentemente arbitraria o contraria a la Constitución y la ley. En el área de la política exterior y la seguridad nacional, el estándar de deferencia de las Cortes por el criterio de la Administración es elevado, y consecuentemente el índice de rechazo de la impugnación judicial es casi 100%.

En febrero 2012 OFAC Gafur Rakhimov de Uzbekistán es designado patrocinador de una organización criminal internacional por la OFAC¹⁶, basado en su pertenencia a la organización criminal “*Ladrones en la Ley*”. Rakhimov recurrió a la Corte Distrital de D.C. para obtener la anulación de su designación como patrocinador del crimen organizado transnacional, y Nacional Especialmente Designado y Persona Bloqueada. La Corte dijo que el estándar de revisión de la Ley de Procedimientos Administrativos es “limitado”, ya que los tribunales guardan deferencia a la experticia de la Administración.

Información clasificada.

Las Cortes, al revisar la designación impuesta por la Administración, tiene la atribución de examinar *ex parte* e *in camera* las partes confidenciales y clasificadas del expediente administrativo. Esto significa que, de hacer falta, el Juez puede examinar a puertas cerradas y sin intervención del designado o su abogado, las partes confidenciales del expediente administrativo. El abogado del afectado puede participar de esta audiencia solamente si tiene una licencia gubernamental de seguridad y bajo obligación de confidencialidad –esto es, no puede reportar a su cliente la información confidencial a la que tuvo acceso.

Las leyes procesales y la jurisprudencia atribuyen a la Corte basar su decisión de confirmar la designación impuesta por la Administración, en las partes clasificadas y reservadas del expediente administrativo, y esto *no* se considera violatorio del debido proceso consagrado en la Quinta Enmienda. La Ley de Poderes de Emergencia Económica, por ejemplo, en la Sección 1702(c) establece que en “cualquier revisión judicial de una determinación realizada en virtud de esta sección, si la determinación se basó en información clasificada, dicha información puede presentarse ante el tribunal de revisión *ex parte* e *in camera*”.

¹⁶ Sanciones y contramedidas financieras “OFAC: nuevas designaciones relacionadas con el crimen organizado”, consultado del 24 de agosto de 2023, <https://sancionesycontramedidasfinancieras.wordpress.com/2018/01/02/ofac-nuevas-designaciones-relacionadas-con-el-crimen-organizado/>

En 1999 el Secretario de Estado designó a la *Organización Muyahidines del Pueblo de Irán v. Departamento de Estado de EE. UU* como organización terrorista extranjera e impuso el congelamiento de sus activos en los EE. UU. El Secretario de Estado consideró tanto información no clasificada y como clasificada para denegar la petición de revocación de la lista de sancionados y bloqueados presentado por la *Organización Muyahidines del Pueblo de Irán*, y en sede judicial la información clasificada fue revisada por la Corte *ex parte* y *ex camera*. El Tribunal rechazó que en la designación y en el rechazo del recurso de reconsideración fuera violado el debido proceso consagrado en la Quinta Enmienda.

Limitaciones a la 5ta Enmienda de la Constitución de los EE.UU.

En el proceso de impugnación judicial de la designación, los Tribunales no han reconocido el derecho a las garantías procesales de la Quinta Enmienda.

Por ejemplo, en el 2011 OFAC designó a *Fulmen*, una multinacional francesa que fabrica a desde el año 1891, patrocinador del terrorismo internacional bajo la Orden Ejecutiva 13382, al haber determinado que *Fulmen* había “participado o intentado participar en actividades o transacciones que han contribuido materialmente o presentan un riesgo de contribuir materialmente a la proliferación de armas de destrucción masiva o sus sistemas vectores” en Irán¹⁷. Específicamente, la OFAC determinó que *Fulmen* “participó en la adquisición de bienes para la instalación encubierta de enriquecimiento de uranio en *Qom*, mientras que la instalación aún era un sitio no declarado desde 2006 hasta 2008”.

En *Fulmen*, el Tribunal rechazó el argumento de la Quinta Enmienda, afirmando que “La Corte Suprema ha sostenido durante mucho tiempo que los extranjeros no residentes sin conexiones sustanciales con los Estados Unidos no tienen derecho a las protecciones de la Quinta Enmienda (citando *Jifry v. F.A.A.*). Como ciudadano extranjero, esa regla de larga data se aplica a *Fulmen* y prohíbe los reclamos constitucionales de *Fulmen*. Aunque la Corte Suprema ha reconocido que “los extranjeros que han ingresado al territorio de los Estados Unidos y han establecido ‘conexiones sustanciales’ con este país pueden tener derecho a algunas protecciones constitucionales, *Fulmen* no ha establecido ninguna conexión con los Estados Unidos, mucho menos uno sustancial (citando *USA v. Verdugo-Urquidez*)”.

La remoción de personas y organizaciones de la lista de nacionales especialmente designados y personas bloqueadas, o de otros regímenes de sanciones, es un proceso esencialmente administrativo, en los que prevalecen fuertemente criterios de seguridad nacional, política exterior, e impacto en la economía. El afectado no está desprovisto de derechos y defensas, pero está sujeto al peso de las prerrogativas administrativas excepcionalmente revocables en sede judicial, limitado por alto estándar de deferencia a la Administración.

Richard Nephew, en *El Arte de las Sanciones*¹⁸, observa que “Los sancionados también quieren que su objetivo tenga éxito porque, solo entonces, ellos

¹⁷ U.S. Department of State, “Executive Order 13382 Designations on Iran”, consultado el 26 de agosto de 2023, <https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/ps/2011/11/177608.htm>

¹⁸ Richard Nephew, *The Art of Sanctions: A View from the Field*, Columbia University Press, 2018.

mismos habrán usado su arte para resolver el problema que se les presenta. La agilidad, la flexibilidad, la creatividad y la adaptabilidad son los atributos centrales de un sancionador, al menos uno que enlista efectivamente la fuerza bruta de la herramienta a su propósito diplomático previsto”.

IV. Aplicación extraterritorial de la legislación penal norteamericana

La extradición de un extranjero a los EE. UU., en términos formales, no es una instancia o etapa dentro de los programas de sanciones aprobado por el Congreso de ese país. No está contemplado como acción en la Ley de Emergencia Económica Internacional de 1977, en la Sección 7031(c) de la Ley de Asignaciones de Programas Relacionados y Operaciones Extranjeras del Departamento de Estado (SFOPS), en la Ley Global *Magnitsky* de 2016, en la Orden Ejecutiva 13.818, el *Patriot Act*, o en otro programa de sanciones.

Las designaciones bajo la Sección 7031(c) o la imposiciones de sanciones económicas bajo la Ley Global *Magnitsky*, están basadas en “información creíble” a criterio del gobierno norteamericano, colectada de gobierno extranjeros, de organizaciones no gubernamentales, la prensa, gobiernos extranjeros, inteligencia, y otras fuentes informales, y el objetivo de las designaciones es responder a amenazas de seguridad nacional, y en el caso de la Oficina de Control de Activos Extranjeros (OFAC) del Departamento del Tesoro, producir un cambio de conducta positivo del “target” (objetivo) de la sanción considerando la política exterior o los intereses de seguridad nacional de los EE.UU.

La extradición, a diferencia de las leyes administrativas que gobiernan el régimen de sanciones, exige la vigencia de una ley penal con efectos extraterritoriales, aplicable a conductas en el extranjero, o a conductas parcialmente ejecutadas en el extranjero, pero con un nexo con la legislación norteamericana.

La presunción contra la extraterritorialidad

El principio de derecho internacional consagrado en el aforismo jurídico medieval *statuta suo clauduntur territorio, nec ultra territorium disponunt* (sus leyes se limitan a su territorio, y no disponen fuera del territorio), fue acogida por la Corte Suprema de los EE. UU. en el caso ***Charming Betsy*** de 1804. En la ocasión, el juez Marshall dijo que “*se ha observado que una ley del Congreso nunca debe interpretarse como violatoria del derecho de gentes si queda alguna otra interpretación posible*”.

Joseph Story, en el caso *Appollon (1824)*, , la formuló en los sgtes. términos: “La ley de ninguna nación puede extenderse justamente más allá de sus propios territorios, excepto en lo que se refiere a sus propios ciudadanos. No pueden tener fuerza para controlar la soberanía o los derechos de cualquier otra nación, dentro de su propia jurisdicción “. En el caso *American Banana Co. v. United Fruit Co. (1909)*, la Corte reiteró la doctrina afirmando que “la regla general y casi universal es que el carácter de lícito o ilícito de un acto debe ser determinado

íntegramente por la ley del país donde se realiza el acto”.

Pero en 1927, a partir de un caso ante la Corte Permanente de Justicia de la Haya, que la territorialidad en términos estrictos comenzó a desarrollarse considerando los efectos extraterritoriales de los hechos y el derecho. La Corte de la Haya, en el caso del vapor **Lotus**, consideró que cuando el hecho cometido en un Estado extranjero tuviese efectos en el propio, éste tendría jurisdicción para aplicar sus leyes extraterritorialmente.

En el caso Lotus, un vapor francés colisionó con un vapor turco, causando la muerte de 8 tripulantes en el vapor turco, por negligencia cometido a bordo del vapor francés. La Corte admitió la jurisdicción territorial turca sobre la negligencia cometida en territorio francés bajo la teoría que los “efectos” de la negligencia fueron producidos en territorio turco.

El caso Lotus entonces influyó para que en los tribunales norteamericanos fuese aceptado el “*conduct and effects test*”, esto es un estándar que admitiría la aplicación extraterritorial de una ley si es que la conducta en el extranjero tuviese efectos.

RJR Nabisco

En 2010, en el caso *Morrison v. National Australia Bank* (2010), un demandante australiano pretendió aplicar extraterritorialmente la Ley de Valores de 1934 de los EE. UU. a un caso de fraude cometido en EE. UU., bajo la teoría que tuvo efectos en territorio Australiano. La Corte rechazó la tesis y el miembro Antonin Scalia sostuvo que “Cuando una ley no da una indicación clara de una aplicación extraterritorial, no tiene ninguna”. Y cuando la conducta tiene lugar tanto dentro y fuera de EE. UU., la Corte deberá evaluar el “foco” de la legislación, esto es, que conducta tuvo el legislador la intención de penalizar.

Esta decisión de la Corte dejó sin orientación a los juzgados y tribunales inferiores sobre cómo aplicar la presunción de extraterritorialidad, para determinar los efectos extraterritoriales de una legislación norteamericana en un caso concreto.

El caso *RJR Nabisco*, dicha falta de claridad fue resuelta, estableciéndose la doctrina que actualmente observa la Justicia norteamericana. Según la doctrina *RJR Nabisco*, En el *primer paso*, “preguntamos si la presunción contra la extraterritorialidad ha sido refutada, es decir, si el estatuto da una indicación clara y afirmativa de que se aplica extraterritorialmente. Debemos hacer esta pregunta independientemente de si la ley en cuestión regula la conducta, brinda reparación o simplemente confiere jurisdicción. Si la ley no es extraterritorial, entonces en el *segundo paso* determinamos si el caso involucra una aplicación interna de la ley, y lo hacemos examinando el ‘foco’ de la ley. Si la conducta relevante para el foco de la ley ocurrió en los Estados Unidos, entonces el caso implica una aplicación doméstica permisible incluso si parte de la conducta ocurrió en el extranjero; pero si la conducta relevante para el *foco* de la ley ocurrió en un país

extranjero, entonces el caso implica una aplicación extraterritorial no permisible independientemente de cualquier otra conducta que haya ocurrido en el territorio de los Estados Unidos” (Samuel Alito).

La legislación penal

El Tribunal Federal del 2do Circuito, por ejemplo, citó *RJR Nabisco* para resolver el caso *United States v. Napout* (2020). A la conducta relevante en el caso *Napout*, fue aplicada una legislación que protege el derecho a no ser defraudado en servicios por medios electrónicos. La defensa alegó que la conducta en la que se enfoca la legislación es el deber fiduciario de prestar servicios honestamente, y en este caso el deber fiduciario los procesados lo debían fuera del territorio norteamericano, a la FIFA y Conmebol situados fuera del país.

El Tribunal Federal, sin embargo, acogió la teoría *expansionista* del Departamento de Justicia, rechazando la teoría de la defensa de que la conducta relevante -la violación del deber fiduciario- determinaba una aplicación extraterritorial no permisible de la ley penal norteamericana, y afirmando que los medios electrónicos empleados fueron esenciales para perpetrar el hecho punible de empleo fraudulento de medios electrónicos: “Por lo tanto, debemos hacer aquí lo que exige *RJR Nabisco*: determinar si ‘la conducta relevante para el enfoque de la ley’, es decir, el uso de los cables para promover los esquemas para defraudar, ‘ocurrió en los Estados Unidos’. Para afirmarlo, nosotros también debemos concluir que el ‘uso de los... cables’ fue “esencial, y no meramente incidental, en el esquema [de los apelantes] para defraudar” (*Bascuñán*) ... La transmisión, entonces, fue fundamental para los presuntos esquemas...”.

Leyes especiales con efecto extraterritorial

Algunas leyes norteamericanas son expresamente extraterritoriales, esto es la extraterritorialidad resulta de su propio texto o finalidad; en otros, resulta de un ejercicio interpretativo realizado en el caso concreto.

Ley RICO o Ley de Organizaciones Corruptas e Influenciadas por Extorsión (1970)

En el caso *RJR Nabisco*, por ejemplo, la Corte Suprema resolvió que la Ley RICO tiene aplicación extraterritorial en la medida que la respectiva ley penal contenida en su listado (p. ej., fraude electrónico, lavado de dinero, etc.) tenga aplicación extraterritorial.

Samuel Alito, por la Corte, dijo: “La presunción contra la extraterritorialidad no nos obliga a adoptar una interpretación tan restringida. Si bien la presunción puede ser superada únicamente por una indicación clara de efecto extraterritorial, una declaración expresa de extraterritorialidad no es esencial. ‘Seguramente también se puede consultar el contexto’ (*Morrison*). El contexto es determinante aquí. El Congreso no ha dicho expresamente que [RICO] se aplica a patrones de actividad de crimen organizado en países extranjeros, pero ha definido ‘actividad de crimen organizado’—y por extensión un ‘patrón de actividad de crimen organizado’—para abarcar violaciones de leyes de referencia que expresamente

aplicar extraterritorialmente. A falta de una declaración explícita, es difícil imaginar cómo el Congreso podría haber indicado más claramente que pretendía que RICO tuviera (algún) efecto extraterritorial. Esta estructura única convierte a RICO en la rara ley que evidencia claramente el efecto extraterritorial a pesar de carecer de una declaración expresa de extraterritorialidad”.

Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero o Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977 de los EE. UU. es una de las leyes norteamericanas en la que el legislador declara expresamente que la misma se aplica extraterritorialmente, y por este motivo, precisamente, el gobierno de Jimmy Carter que impulsó su promulgación ante el Congreso, solicitó que la misma no fuese aplicable a una conspiración en la que pudiesen participar nacionales como extranjeros, sino a las personas expresamente enumeradas en la ley, esto es, empresas y ciudadanos norteamericanos, pero no extranjeros.

En 1998, la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero fue ampliada para alcanzar a extranjeros en dos situaciones. Primero, cuando el extranjero coparticipe llevase adelante el esquema corrupto desde territorio norteamericano (principio de territorialidad); segundo, cuando el extranjero fuese agente de una persona física o jurídica nacional de EE. UU. (principio de nacionalidad)¹⁹. Esta ampliación fue hecha para impulsar la aprobación de la Convención que combate en el Cohecho de la *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD).

En el caso *United States v. Hoskins* fue puesto a prueba la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero en cuanto a su aplicación a un ciudadano extranjero, en conexión de un proyecto de la multinacional Alstom en Indonesia. El Tribunal de Apelación del 2do Circuito resolvió el caso en contra de la aplicación extraterritorial, absolviendo al extranjero bajo el FCPA.

La cuestión planteada al Tribunal consistía en resolver si un “ciudadano extranjero que nunca puso un pie en los Estados Unidos ni trabajó para una empresa estadounidense durante el presunto esquema, puede ser considerado responsable, bajo una teoría de conspiración o complicidad, por violar las disposiciones de la FCPA que tienen como objetivo Personas y empresas estadounidenses y sus agentes, funcionarios, directores, empleados y accionistas, y personas físicamente presentes en los Estados Unidos. En otras palabras, ¿puede una persona ser culpable como cómplice o coconspirador de un delito de la FCPA que él o ella es incapaz de cometer como autor principal?” El Tribunal rechazó la teoría de la conspiración o complicidad del Departamento de Justicia, absolviendo al extranjero por los cargos bajo el FCPA.

Money Laundering Control Act (MLCA) – Ley de Lavado

El Congreso estableció en el año 1986 que el lavado de dinero es un crimen

¹⁹ División Penal del Departamento de Justicia de los EE. UU. y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE. UU., “Guía de referencia sobre el U.S. Foreign Corrupt Practices Act”, consultado el 26 de agosto de 2023, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1576996/download>, pág. 11.

en el *Money Laundering Control Act* (MLCA), Secciones 1956 y 1957 Sección 1956 del Título 18 del Código Federal de los EE. UU.

Considerada bajo la doctrina RJR Nabisco, la ley de lavado de dinero refuta la presunción contra la extraterritorialidad en el primer paso de la citada doctrina, porque resulta del texto expreso de la MLCA la aplicación extraterritorial de la misma (Numeral 2 y el Apartado f) de la Sección 1956). El Numeral 2 establece: “Jurisdicción sobre personas extranjeras. A los efectos de resolver una acción iniciada o hacer cumplir una sanción ordenada conforme a esta sección, los tribunales de distrito tendrán jurisdicción sobre cualquier persona extranjera, incluida cualquier institución financiera autorizada por las leyes de un país extranjero...”. Y el apartado f), establece: ““Existe jurisdicción extraterritorial sobre la conducta prohibida por esta sección si (1) la conducta es de un ciudadano de los Estados Unidos o, en el caso de un no ciudadano estadounidense, la conducta ocurra en parte en los Estados Unidos; y (2)) la transacción o serie de transacciones relacionadas involucra fondos o instrumentos monetarios de un valor superior a \$10.000”.

Sin embargo, en el 2017 el Tribunal Federal de D.C., en el caso *United States v. All Assets Held at Bank Julius, Baer & Co.* (2017), afirmó que el Congreso promulgó la Ley de Lavado de Dinero “para tipificar como delito el uso de instituciones financieras de los Estados Unidos como cámaras de compensación para el lavado de dinero criminal y la conversión a moneda de los Estados Unidos”, y aplicó extraterritorialmente la legislación de lavado dinero.

En este caso, el Tribunal Federal consideró que el tránsito de transferencias electrónicas por instituciones financieras norteamericanas estaba alcanzado por las leyes de los EE. UU. Dijo: “El hecho de que el propio [procesado] Lazarenko o uno de sus asociados no ordenara que la transferencia pasara por los EE. UU. no significa que las EFT [Electronic Fund Transfer o Transferencia Electrónica] que pasan por el sistema bancario de los EE. UU. no afectan significativamente el comercio interestatal y extranjero en los EE. UU. Como reconoce Lazarenko, los dólares estadounidenses son ‘la moneda de reserva dominante para el sistema financiero internacional’ ...el porcentaje de “todas las transferencias internacionales en dólares estadounidenses pasan por los Estados Unidos como ETF’... ‘Estos EFT se transfieren a través de uno de los pocos sistemas de pagos electrónicos en los Estados Unidos y representan miles de millones de dólares en transferencias todos los días en y a través de instituciones financieras de los Estados Unidos... Concluir que la ley de lavado de dinero no alcanza a las EFT simplemente porque el propio Lazarenko no eligió un banco de los EE. UU. como banco corresponsal o intermediario para sus transferencias cablegráficas frustraría la intención del Congreso de evitar el uso de las instituciones financieras de los EE. UU. ‘como cámaras de compensación para los delincuentes’”.

En casos penales, es además de importancia la doctrina de la protección, seguida en 1922 en el caso *United States v. Bowman* cuando la Corte dijo en sus considerandos del fallo que “...la misma regla de interpretación no debe aplicar-

se a las leyes penales que, como clase, no dependen lógicamente de su localidad para la jurisdicción del Gobierno, sino que se promulgan debido al derecho del Gobierno para defenderse contra la obstrucción o el fraude dondequiera que se perpetre...".

“Casi todos los estados asumen jurisdicción sobre los extranjeros por actos realizados en el extranjero que la seguridad interna o externa u otros intereses clave del estado” (*principio de protección o seguridad*, como base de la jurisdicción extraterritorial, Ian Brownlie).

En conclusión, el alcance extraterritorial de las leyes penales es diferente al de las leyes administrativas de los regímenes de sanciones. La extradición depende de leyes penales, de evidencias producidas por los mecanismos previstos en acuerdos bilaterales o multilaterales de cooperación judicial, testificales de personas en custodia, órdenes internacionales, y del respeto debido proceso garantizado en la 5ta Enmienda.

BIBLIOGRAPHY

- Nephew, Richard. 2018. *The Art of Sanctions: A View from the Field*: Columbia University Press.
- Lowenfeld, Andreas F. 2011 *International Economic Law*, Oxford.
- Rachel Barnesy Paul Feldberg, *The Guide to Sanctions: Global Investigations Review*, Third Edition. Editorial: Law Business Research Ltd, London
- *Trading with the Enemy Act of 1917*.
- Orden Ejecutiva N° 12947 del 23 de enero de 1995. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-1995-01-25/pdf/X95-110125.pdf>.
- *Ley Económica de Emergencia Internacional (IEEPA) de 1977*. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title50/chapter35&edition=prelim>.
- *División Penal del Departamento de Justicia de los EE. UU. y la División de Cumplimiento de la Comisión de Bolsa y Valores de los EE.*

UU., "Guía de referencia sobre el U.S. Foreign Corrupt Practices Act", consultado el 26 de agosto de 2023, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1576996/download>

- Ley Antiterrorista y Pena de Muerte Efectiva de 1996 (AEDPA).
- Ley de Designación de Cabecillas Extranjeras del Narcotráfico de 1999.
- Ley Patriótica de 2001.
- Ley Global Magnitsky de Responsabilidad por los Derechos Humanos de 2016.
- Ley de Poderes Económicos de Emergencia Internacional de 1977, sección 1750.
- Financial crimes enforcement network, "Finding that Banco Delta Asia SARL is a Financial Institution of Primary Money Laundering Concern - 31 CFR Part 103", consultado el 22 de agosto de 2023, <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/federal-register-notices/finding-banco-delta-asia-sarl-financial>
- Infolaft, "Estados Unidos bloquea al Bank of Dandong del sistema financiero", consultado el 22 de agosto de 2023, <https://infolaft.com/estados-unidos-bloquea-al-bank-dandong-del-sistema-financiero>



revistajurídica

DERECHO PENAL



LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE LA SOCIEDAD DE RIESGO

Ubaldo Matías Garcete Piris¹

Resulta más razonable fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en su disposición jurídica en el momento del hecho, no de la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, sino de la falta de (o carencias que presenta en la entidad) esa "cultura de cumplimiento de la legalidad" que le es legal e individualmente exigible.

Feijóo Sánchez

RESUMEN: Indudablemente, hemos de generar un análisis en torno a la realidad, respecto a lo que implica una responsabilidad penal de las personas jurídicas, dentro del ciclo normativo nacional e internacional, sumado al debido dogmático, y en base al debate conforme a los nuevos lineamientos estructurales que describen la situación legal de las personas morales a raíz de un sistema de responsabilidad aplicable ante una sociedad de riesgo. Esto, en razón al efecto de la "dogmática" actual que reconoce la capacidad de las sociedades de contraer derechos y obligaciones bajo una extensión punitiva. Por consiguiente, nos ocuparemos del ordenamiento jurídico paraguayo (Ley N° 1.160/97 y modif.), bajo los parámetros de la *societas non potest delinquere*, y conforme a la globalización de los delitos económicos. Así, llegaremos a esbozar lo que trasciende desde una legislación comparada, consignando los círculos de incidencia que exponen los "nuevos" métodos, como el compliance program o a través de aquellos parámetros de atribución de responsabilidad penal subsidiaria.

PALABRAS CLAVES: normativo- sociedad - riesgo- globalización - delitos - económicos.

ABSTRACT: Undoubtedly, we have to generate an analysis around reality, regarding what the criminal liability of legal persons implies, within the national and international regulatory cycle, added to the dogmatic due; based on the debate in accordance with the new structural guidelines that describe the legal situation of moral persons as a result of a liability system applicable to a risk society. This, due to the effect of the current "dogmatics" that recognizes the ability of companies to contract rights and obligations under a punitive extension. Therefore, we will deal with the Paraguayan legal system (Law No. 1.160/97 and modif.), under the guidelines of the *societas non potest delinquere*, and in accordance with the globalization of economic crimes. Thus, we will come to outline what transcends from a comparative legislation, consigning the circles of incidence that expose the "new" methods, such as the compliance program or through those parameters of attribution of subsidiary criminal responsibility.

KEYWORDS: normative - society - risk - globalization - crimes - economic.

¹ Docente investigador de la Carrera de Derecho de la Universidad Americana.

I. Determinación penal desde la globalización económica.

Ciertamente, la globalización económica se ha transformado en un “paradigma” que administra aquellos nuevos parámetros de una política criminal (necesaria). Por ende, en los últimos años, varios países con gran desarrollo industrial/empresarial han promovido actualizaciones en sus legislaciones penales, que, anteriormente se limitaban en el campo del derecho administrativo, civil y/ o mercantil.

Es que, el relacionamiento financiero de las “corporaciones” ha evolucionado al amparo de las características de un mercado de valores que pretende proteger la credibilidad de los inversores, buscando garantizar la probidad del orden económico. Por lo que, la imputación de un fáctico (ilícito) a una persona jurídica se inicia desde los vértices que concibieron que las normas estatutarias o reglamentarias administrativas no logran generar un frente ante aquellas prácticas prohibidas por el régimen comercial, que inclusive, permiten ocultar o disimular algún hecho fuente y/o subyacente.

Así, se inicia un debate sobre la responsabilidad penal de las empresas, en cuanto a su conformación estructural o sistémica. En la primera mitad del siglo XX resuena la posibilidad de una culpabilidad colectiva y la multiplicidad de factores ante la moderna sociedad de riesgo.

Sin embargo, debemos clarificar que, en nuestro derecho penal paraguayo, aún se encuentra arraigado el viejo aforismo “*societas non potest delinquere*”, y con ello, la limitación de adecuar responsabilidad criminal a la persona jurídica. Ello, en razón a lo que prescribe el art. 16° de la Ley 1.160/97 (Código Penal), que expone: “**Actuación en representación de otro.** 1°. *La persona física que actuara como: 1. Representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos; 2. Socio apoderado de una sociedad de personas; o, 3. Representante legal de otro, responderá personalmente por el hecho punible, aunque no concurren en ella las condiciones, calidades o relaciones personales requeridas por el tipo penal, si tales circunstancias se dieran en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.* 2°. *Lo dispuesto en el inciso 1° se aplicará también a la persona que, por parte del titular de un establecimiento o empresa, u otro con el poder correspondiente, haya sido: 1. Nombrado como encargado del establecimiento o de la empresa; o, 2. Encargado en forma particular y expresa del cumplimiento, bajo responsabilidad propia, de determinadas obligaciones del titular, y cuando en los casos previstos en ambos numerales, haya actuado en base a este encargo o mandato.* 3°. *Lo dispuesto en el inciso 1° se aplicará también a quien ac-*

tuara en base a un mandato en el sentido del inciso 2º, numeral 1, otorgado por una entidad encargada de tareas de la administración pública. 4º. Los incisos anteriores se aplicarán aun cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o el mandato”.

Asimismo, el libro segundo - parte especial de la normativa enunciada precedentemente, tampoco tipifica (taxativamente) algún hecho punible, en el que el sujeto activo se legitime como una persona jurídica, y, por tanto, se sigue la línea de conducta activa u omisiva bajo el molde de una dogmática penal liberal. A su turno, el reconocido jurista Martínez Miltos (1956) había reflexionado, mucho antes de la transición dogmática de la actual ciencia penal, que: *“si bien este género de responsabilidad es considerado uno de los antecedentes históricos, no debe confundirse con la responsabilidad corporativa, o de la persona jurídica, pues ésta última se refiere a la persona jurídica en sí, con abstracción de los miembros que la componen, sin que ello obste, empero, a que las consecuencias jurídicas de las sanciones alcancen a éstos, y a que por el mismo hecho puedan imponerse penas a dichos miembros, o a los directores o administradores, según la participación que individualmente hayan tenido en la comisión del delito”*.

En dicho contexto, el teórico Klaus Tiedemann también consideraba que: *“las personas jurídicas, como las físicas, son también destinatarios directos de las normas de conducta, es decir, de los mandatos y prohibiciones, y que el Derecho positivo parte de ello”*. Es por tanto, que, la concepción de “responsabilidad” se ha extendido en los caracteres de autoría y participación, y se ha inferido en que la culpabilidad está construida normativamente como un “defecto de organización”, esto, desde un desarrollo dogmático en extensión a una sociedad de riesgo.

Por consiguiente, se puede destacar que la nomenclatura de persona jurídica ha sido revelada al contexto de medidas de prevención, aludiendo una responsabilidad de carácter penal, tal como se puede interpretar en las disposiciones siguientes: *Convención interamericana contra la corrupción, OEA (1996), caracas, 29 de marzo de 1996; Convenio de lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, OCDE (1997), parís, 17 diciembre de 1997; Convención de naciones unidas contra la corrupción (2003), res. 58/4, asamblea general, 31 de octubre de 2003, (la Unión Europea suscribió la convención el 15 de septiembre de 2005 y entró en vigor el 12 de noviembre de 2008).*

Ahora bien, en la dogmática penal (actual), podemos verificar “dos

modelos” que surgen en la línea de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En tal sentido, podemos analizar, por un lado, a aquel modelo de “responsabilidad derivada” que recae en la persona jurídica, es decir, lo generado por una persona física en razón a una conexión, en cuanto a la subordinación u otro aspecto similar. Mientras que, también se puede examinar a la “responsabilidad autónoma u originaria”, que se refiere a aquella responsabilidad que se adecua directamente a una conexión entre el hecho prohibido (injusto penal) y una característica de la corporación, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona física.

Por tanto, podemos destacar que el tema en discusión respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se justificaría en nuestra normativa legal, en cuanto a la construcción de la “defensa social” o protección de la sociedad referente a la criminalidad organizada, pues bien, se divisan corporaciones que simulan un relacionamiento lícito con el régimen económico.

II. Incidencia dogmática a partir del compliance program

Un tema actual que impresiona al derecho penal económico, radica en la utilización del “compliance program”; es decir, aquel programa de cumplimiento que debe ser instaurado por todas las empresas y/o corporaciones que se relacionan “lícitamente” en el mundo financiero.

Dicho programa de *compliance* viene a exponer aquel resultado de que una corporación va generando consecuencias a través de los lineamientos internacionales, efectivizando las obligaciones de control preventivo. Ciertamente, su utilidad lo valoramos en diferentes ámbitos, sea con la finalidad de evitar el blanqueo de capitales dentro del régimen financiero, o con la proyección de seguridad laboral/empresarial de protección de datos.

La trascendencia del *compliance* se evidencia luego de ciertos escándalos de corrupción y sobornos multinacionales en la década de los años 70 en los Estados Unidos, lo que motivo a que existan leyes de control de mercado de valores ante la proliferación de prácticas fraudulentas. Así, se inician los primeros desarrollos en los sistemas de transparencias con estándares claros y éticos.

El *compliance* recoge la actitud positiva de las personas jurídicas, como buen ciudadano corporativo, ante una adecuación ética y de autorregulación, a fin de que dicha responsabilidad preventiva contra ilícitos no recaiga sólo en el Estado.

Ciertamente, en algunos sistemas legales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue la arista del principio *societas deliquere non potest*, mientras que, otros sistemas establecen modelos de autorresponsabilidad empresarial, utilizando el *compliance* como parámetro de reproche.

Este complejo sistema se traduce como cumplimiento normativo, que impone una noción más allá de lo prestablecido. Resulta en normas “propias” a la aplicación de una legislación vigente, que se adecua conforme al riesgo en atención a la naturaleza funcional de cada empresa, y con un sentido de regla de prevención de actos ilícitos con enfoque internacional.

Por ende, lo que se reconoce por “Compliance Program” o “Corporate Compliance” comprende un conjunto de medidas y sistemas de controles, que acompañan a las denominadas “buenas prácticas” dentro de una empresa y/o corporación, y ante la sociedad financiera globalizada, que destaca su utilidad para evitar y/o disminuir la posible instauración de riesgos en sociedad financiera.

En cuanto al derecho penal económico – empresarial, hemos de resaltar la interacción con la autoría y la globalización en cuanto a la criminología económica, por lo que, suponen nuevas soluciones doctrinales a través del sistema penal. Así, los códigos penales modernos articulan disposiciones por *numerus clausus* para evitar la impunidad corporativa-societaria, bajo una construcción dogmática a raíz de un programa de prevención, bajo estándares de organización que incluyen sistemas que estructuran medidas de vigilancia para prevenir todo tipo de hecho delictivo contra el orden económico.

La legitimidad del programa de cumplimiento se caracteriza por la responsabilidad de la corporación, aunque presupone la comisión de un injusto penal, por una persona física. Esto es, porque se fundamenta en el incumplimiento de ciertos deberes de exploración por parte de la propia empresa.

En tanto, dentro de un reconocido sistema “vicarial”, se podría comprender al “compliance”, como una forma de asumir aquella voluntad de la conducta ilícita (injusto penal), que construye el dolo en un ámbito empresarial.

También, resulta destacable expresar el Objetivo N° 16 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), puesto que, se acude al *compliance* para reducir sustancialmente la corrupción y el soborno en todas sus formas y/o para fortalecer las instituciones nacionales pertinentes con miras a crear “capacidad” para combatir el terrorismo y la delincuencia transnacional.

Consecuentemente, algunos países han introducido en sus disposiciones, un nuevo tipo penal que se subsume ante la falta de estos mecanismos de prevención por parte de la persona jurídica.

Dicho lo anterior, el sistema penal internacional propone que toda persona jurídica cuente con un sistema de “Compliance” para determinar la configuración del hecho punible (posteriormente), estableciendo la obligatoriedad de instituir un programa contra la corrupción empresarial.

Conforme a lo expresado, tenemos que recordar que la Resolución 55/25 de la Asamblea General, de fecha 15 de noviembre del año 2000 "Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional", había resuelto a partir del art. 10°. "Responsabilidad de las personas jurídicas", lo siguiente: "1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención. 2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. 3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos 4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo".

En tanto, también resulta elocuente examinar lo que destaca Silvina Bacigalupo²: "Ya en la época clásica existían conjuntos de personas que tenían, en un determinado marco, ciertos derechos subjetivos. En esos casos la suma de sus miembros eran considerados como titulares de los derechos, sin que la desaparición de uno de esos miembros afectara la continuación de esa corporación. En cualquier caso, los clásicos ya comenzaron a distinguir entre los derechos y las obligaciones de la corporación (universitas) y los de cada uno de sus miembros (singuli).

En tal sentido, comprendemos que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra ligada al defecto de aquellas medidas de prevención que buscan evitar la comisión de delitos, y que dejan en exposición a la voluntad de adecuación de aquellos estándares del régimen financiero.

III. Un análisis desde la legislación comparada

Cuando analizamos las (diversas) responsabilidades penales que implican el (accionar) de una persona física o de una organización constituida, debemos comprender toda implicancia y alcance desde un derecho penal -moderno-. Esta noción de anclar las responsabilidades legales en el ámbito penal a las personas jurídicas ha sido un tema de discusión entre varios estudiosos de la dogmática penal contemporánea, pues, claramente se ha puesto en consideración una cuestión que fuera rechazada desde los principios de la -teoría del delito-.

Recientemente, se han publicado varios artículos al respecto, tanto a favor como en contra sobre la -responsabilidad penal de las personas jurídicas- debido a los diversos criterios de imputabilidad (organizativa/funcional). La imputabilidad empresarial va en aumento en países desarrollados e industrializados sobre la base de la autorreferencialidad suficiente.

² Silvina Bacigalupo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" (Tesis, 1997). Pág. 19. Madrid.

Existe una confrontación que se presta desde el tradicional derecho penal (nuclear), tomando como principio la capacidad de acción, de culpabilidad y de padecimiento de la pena. Este axioma está basado en los principios de culpabilidad y de imputación objetiva, puesto que, persiste una interacción sobre la base de la "personalidad delictiva" con respecto a entes colectivos, y de la importancia de los hechos criminales que se producen en su ámbito y/o utilizan a las -personas jurídicas- como instrumento de acceso a los hechos delictivos, así como la falta de programas de cumplimiento eficaces para evitar impunidad a la persecución penal; en tanto, de las insuficiencias en las sanciones administrativas, surge un debate respecto al postulado dógmatico de vieja data -*societas delinquere non potest*-, que va quedando en el tiempo, por razones objetivas de política criminal.

Todo lo que engloba al sistema económico tiende a contraer frecuencias de criminalidad que, dentro de una sociedad ajena a ello, va en aumento y cada vez más revisten progresivamente en la complejidad probatoria. La delincuencia socio-económica organizada se ha vuelto una potencia en la sociedad moderna que nos toca vivir, uniéndose a las conductas criminales clásicas, tales como el homicidio o las lesiones que ya eran conocidas en el siglo pasado.

Así, los países de primer mundo se encuentran en plena lucha ante lo que denominamos -corrupción-, y es por ello, que, se han creado alianzas, programas y otras cuestiones para paliar estas implicancias negativas dentro del ámbito interno de las propias corporaciones. Pero el caldo de cultivo se completa con la acción o inacción de algunos Estados, ante la injerencia de sus carteras (Ministerios) para el control efectivo a aquellas personas jurídicas que forman sus estructuras organizativas para fines ilícitos. Por lo que, se genera un aumento de la criminalidad instaurada a través de directorios o asociaciones sin base de control alguno.

El fenómeno de la globalización ha desnudado que el sistema de control administrativo ya no puede paliar el aumento de la criminalidad organizada de la que son protagonistas las personas jurídicas e inclusive se ha vuelto -obsoleto- todo efecto persuasivo. Ello, ha generado la necesidad de una política estatal en conexión con el sistema penal, con planteamientos de prevención general positiva a través de un mayor dogma por conocer a la persona jurídica, y dejar de negar toda responsabilidad penal "directa".

Un argumento reiterado gira en torno a la pretensión de implicar a los entes colectivos en la prevención y persecución de los delitos cometidos en su seno, por personas físicas. Los órganos de la administración pública ya no estarían en condiciones de realizar esas funciones con una mínima de eficacia dentro de los entes colectivos dada la complejidad tecnológica y organizativa que han adquirido; en consecuencia, la prevención y persecución de delitos en las sociedades pasa a ser una tarea y un coste imputable a ellas mismas. Dicho de otro modo, el objetivo primordial del establecimiento de su responsabilidad penal es incentivar la autorregulación y auto-organización de los entes colectivos, hasta el pun-

to de que su punición se condiciona en buena medida a la no disponibilidad en ellas de instrumentos que faciliten la prevención o persecución de delitos³.

Ha de decirse que la clásica doctrina imperante hasta finales del siglo XX y principios del XXI, consideraba que la persona jurídica no podía ser penalmente responsabilizada de los actos cometidos en su interés⁴. Pero, en atención a los avances de dicha problemática, han surgido propuestas de construcción, que generaron cabida al debate, para ampliar las responsabilidades por los delitos cometidos por sus directivos y/o empleados en general.

Ante ello, las organizaciones han reforzado sus posiciones que dan cuenta de lo común de las impunidades a través de leyes de ámbito penal, tomando como insignia el viejo aforismo mencionado anteriormente. Claramente, ha persistido la apreciación con respecto a la -culpabilidad- y su estudio dentro de una de las categorías de la teoría del delito. Pero, a raíz de la noción naturalista es cuando dicha apreciación dejó de ser un presupuesto de la imputación y pasó a constituir parte del estudio objetivo de las conductas consideradas ajenas al derecho.

Como ya hemos mencionado, los ejes fundamentales de ésta nueva perspectiva de responsabilidad penal se han iniciado en países que manejan su economía a través de las sociedades y corporaciones que tienen prestigio internacional, y ante la creación desmedida de dichas organizaciones, y que han admitido el principio *societas delinquere potest* y, por tanto, un modelo de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas como por ejemplo: en Holanda: art.15 WED (1950) - art. 51 CP (1976)-Portugal: art. 11 CP (1982)- Suecia: Cap. 36, § 7 (1991)- Francia: arts. 121-2 ss CP Código Penal (1992) (1994)-Finlandia: Cap. 5, § 8 CP (1995)-Dinamarca: § 25 CP (1996)-Eslovenia: art. 33 CP (1996)-Bélgica: art. 5 CP (1999)-Polonia (2002)-Suiza (2003)-Austria: L 23 dic. 2005 (2005)-España: art. 31 bis CP (2010).

Una de las incorporaciones más nuevas y que ha sentado una perspectiva diferente del sistema de atribución de responsabilidades, se puede apreciar en el Código Penal Español, que, desde la incorporación por primera vez de la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro de su ordenamiento legal ha planteado un debate jurídico en torno a las características específicas de dicha responsabilidad.

Dicha regulación legal opto por un modelo híbrido que parte de una responsabilidad vicarial (*vicarious liability*), que tiene su base en el delito de la persona física, pero al que se dota de ciertos rasgos de independencia, de todo que puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica sin que concurra la de la

³ Véanse Martín Nieto. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo (2008), 52 y ss.; y -Aller Dopico Gómez, y Gimeno Ortiz de Urbina (coord.), Memento experto. Reforma penal 2010, (2010), 12-13.

⁴ Así, por ejemplo, dice Gracia Martín que rechazar la responsabilidad penal de la persona jurídica implica "que en los casos de comisión de un delito en el seno de una persona jurídica la responsabilidad criminal alcanza únicamente a las personas físicas que actúan por la jurídica". L. Gracia Martín, La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas (Editorial: Revista Actualidad Penal, 39, 1993), 584.

persona física. El problema reside en insertar este modelo entre los fundamentos dogmáticos del Derecho Penal moderno⁵.

Sin duda, el punto de referencia del debate es la criminalidad socio-económica y financiera. Una eficaz lucha contra ella exige concentrar la atención en los colectivos societarios implicados, revelándose como insuficiente una intervención limitada a las personas físicas. Además, el protagonismo internacional adquirido por la criminalidad económica organizada, que llevó inicialmente a dirigir la atención al narcotráfico y terrorismo para luego extenderse a otros ámbitos, ha incrementado notablemente la relevancia del problema.⁶

La exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, definitivamente fue introducida en España, a través de la reforma operada en el año 2010; y suscita no pocas cuestiones controvertidas cuyo esclarecimiento resulta esencial. Basada en los delitos cometidos por administradores, representantes y hasta empleados de las entidades con personalidad jurídica, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente; hay quien mantiene que el modelo seguido es un sistema indirecto o de atribución, en suma, de heteroresponsabilidad.

Sin embargo, desde el prisma constitucional español y de los principios penales fundamentales, no hay duda de que toda responsabilidad penal debe erigirse sobre un hecho injusto (y culpable) propio, por lo que los esfuerzos doctrinales dirigidos para la búsqueda de una adecuada fundamentación en esta línea se encuentran plenamente justificados. Por su parte, no dejan de ser muy cuestionables el *numerus clausus* adoptado y, muy en particular, la selección de las figuras delictivas abiertas a la generación de este tipo de responsabilidad, así como la restricción de las entidades susceptibles de ser declaradas penalmente responsables.

Es que, las críticas se extienden también a los defectos e insuficiencias del sistema de penas y a las reglas de aplicación. La decisión político criminal supone en todo caso la plena incorporación del derecho español, al ya importante grupo de Estados Europeos que asumen la necesidad del instrumento penal para hacer frente a la criminalidad de empresa.

Así las cosas, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 se tenía, de un lado, en el código penal Español dos preceptos, el art. 31.2 y el art. 129, con tantos defectos técnicos y político criminales que apenas si tenían relevancia práctica.

Es preciso referirnos a la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 15/2.010, de 22 de junio de 2010, BOE de 23 de Junio, por la que se modifica

⁵ Miguel A. Boldova Pasamar, La Introducción de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Legislación Española, (España, Universidad de Zaragoza, 2013).

⁶ Véanse GARCÍA ARÁN, "Arts. 31 bis, 66 bis", en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), Comentarios al código penal. Parte general, 2011, pp. 387-388; MORALES PRATS, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", en QUINTERO OLIVARES (dir.), La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, 2010, pp. 48, 52-53; ZUGALDÍA ESPINAR, "Tema 34", en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.), Fundamentos de derecho penal. Parte general, 2010, pp. 578-579; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, 2003, p. 55 y ss., entre otros.

la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal, reforma que incorporo, como gran novedad en el sistema jurídico, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El régimen jurídico se estableció en los arts. 31 bis; 33,7º (penas imponibles a las personas jurídicas); 52 (forma de imponer la pena de multa); 66 bis (determinación de la pena aplicable); 116,3 (responsabilidad civil); 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

Explica el Prof. Jesús María Silva Sánchez, que el art. 31.2 CP de la Ley orgánica en cuestión destaca que, dados todos los anteriores requisitos del delito especial sancionado con una pena de multa que se impone a la persona física condenada como autor de aquél en virtud del art. 31.1-, la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actúe: "...será responsable del pago...de dicha multa de modo directo y solidario". Entonces, se crea una condición de responsable del pago, circunstancia que causa un perjuicio en lo económico a la organización.

Ahora bien, En el apdo. II, letra "L" de la Exposición de Motivos de la LO 15/2003 se denota que en el art. 31.2 CP, se percibe lo siguiente: "*Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria*".

Esta reforma acaba con el principio que venía persistiendo en la tradición jurídica seguida en el ordenamiento español "*societas delinquere non potest*". En este sentido es preciso ponderar la premisa del actual sistema penal Español que se fundamenta en tres pilares bien diferenciados: imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad para dar cabida por legalidad a lo dispuesto en el art. 731 bis.

IV. Relación entre la responsabilidad penal de la persona física y la persona jurídica

Debemos reconocer toda derivación de responsabilidad entre la persona física y la jurídica, desde las obligaciones que ocupan el entorno societario, habida cuenta que, cuanto más inferimos en la actividad económica y/o en el relacionamiento financiero, podremos visualizar distintas especies de responsabilidades.

⁷ Artículo 31 bis.1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

Es que, una persona física ejerce su derecho por nombre propio, en tanto, una persona jurídica, lo hace a raíz de los representantes que la conforman, y en tal sentido, podemos mencionar que los actores que deducen un funcionamiento corporativo deben corresponder a los parámetros de vigilancia. Pues bien, para nuestro sistema jurídico, las personas físicas son representantes de personas jurídicas, y se encuentran sometidas a los deberes de control, y por ello, responden de manera personal.

En cuanto a la doctrina comparada, se pueden destacar dos sistemas fundamentales. Primeramente, se reconoce al “sistema vicarial o por representación”, que precisa que un sujeto (persona física) ejecute una acción antijurídica, potenciando la conexión con la persona jurídica.

En otro sentido, se encuentra el “sistema de culpabilidad por defecto de organización” fundamentado en la cultura de cumplimiento, que necesita de la creación de un injusto en base a elementos innegables para demostrar que es la persona jurídica la que ejecuta un ilícito. No obstante, en algunas legislaciones extranjeras, en donde se subsume la responsabilidad penal a las personas jurídicas, se tiene presente aquel delito cometido en nombre y beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, por quienes conforman su representación legal y administrativa.

Por ende, la relevancia e importancia del “Compliance” es puesto a consideración en el sistema económico, para ahondar en los vértices de la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas. Puesto que, es un método de control necesario para que no se cometan delitos económicos en nombre y por cuenta de la persona jurídica, y para alertar los casos en los que la persona jurídica no ha guardado la debida diligencia en la vigilancia de sus actores físicos.

Es por ello, que, el expansionismo normativo se ve enfocado en los hechos contra el orden económico, inclusive, bajo nuevos parámetros preventivos, como en los supuestos de una infracción del deber de supervisión, y en tal sentido, se compromete a una figura de control (compliance officer), a prevenir acciones antijurídicas.

En tanto, la prevención no solo incumbe al (compliance officer), sino, resulta atribución del Estado, por cuanto que, se consideran parámetros, como el “criterio del riesgo”, que sostiene que la responsabilidad de la administración se compromete porque su actividad crea riesgos sociales. También, se encuentra el “criterio del provecho”, que ocupa responsabilidad por el provecho obtenido en la actividad que el Estado desarrolla.

Así, la responsabilidad patrimonial del Estado por injustos creados por sus agentes es un debate constitucional, en cuanto al bienestar de la colectividad, y ante ello, ocupa su alcance de prevención general positiva para la promoción de la seguridad económica y jurídica.

En razón a la actual doctrina *societas delinquere potest* se puede sostener que la responsabilidad de la persona jurídica resulta independiente de la responsabilidad de la persona física, de manera que podrán concurrir ambas responsabilidades o sólo una. Por ello, algunos países se sustentan en el principio de la *vicarious liability* en la medida en que un delito pueda ser imputado a una persona de la empresa, por ser trabajador, y ante ello, la empresa pueda ser sancionada conjuntamente con una persona.

En un sentido de política criminal, existen personas físicas que realizan sus acciones (actividad delictiva), y en dicho contexto, utilizan a la empresa como medio para lograr la finalidad anhelada, y, por consiguiente, se tiene a los Estados que sostienen la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a un principio de prevención distinto a nuestro régimen constitucional y legal.

Ahora bien, en Europa se puede comprobar la existencia de tres sistemas principales en materia de responsabilidad, y en tal sentido, tenemos a la “doble imputación”, al “derecho penal administrativo” y al sistema de “medidas de seguridad”. El primero es un régimen que establece que no es necesario inferir entre entes estatales o privados. El segundo, contiene tres condiciones, puesto que, precisa un hecho que vincule a la persona jurídica, a la contravención cometida por una persona física imputable; debe ser un representante de la persona jurídica y debe haberse perseguido un beneficio de la empresa. Por último, el tercer sistema, trata de ser consecuente con la teoría del delito, en razón a que sanciona a la persona jurídica, no por su calidad de autora del hecho, sino, sobre la peligrosidad derivada, por tanto, no se aplica pena sino una medida de seguridad.

Finalmente, desde la normativa penal paraguaya, podemos esbozar que se aplica la responsabilidad penal a las personas físicas por actuación en representación de otro; no así, a las personas jurídicas (en sí), pues, nuestro ordenamiento jurídico solo reconoce algunas sanciones de carácter administrativas, como ser: la cancelación de la personería; la multa y liquidación de las entidades asociativas, entre otras.

V. La doctrina del levantamiento del velo

Al respecto de la denominada doctrina del “levantamiento del velo societario”, se puede comprender un lineamiento y/o parámetro expuesto en forma de mecanismo jurídico, que establece ciertos pareceres para buscar “evitar” que el abuso de la personalidad jurídica societaria pueda perjudicar intereses.

Entonces, los bienes jurídicos (derechos) de terceros se verían protegidos ante la utilización desmedida de la personalidad jurídica societaria como instrumento defraudatorio. Así, el presente instrumento jurídico, promueve un campo de protección para toda persona, sea física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual.

Es, por tanto, que, un sentido doctrinario que infiere en un proceso de descubrimiento de un accionar doloso o el “develamiento” de un abuso gestado por una sociedad. Pues bien, se ha profundizado jurisprudencialmente para su postulado de responsabilidad entre la persona jurídica y sus miembros.

Según la “alter ego doctrine”, se debe levantar el velo cuando existe tal unidad de propiedad e interés entre dos sociedades pertenecientes al mismo grupo, que han dejado de ser personas jurídicas separadas, y la dominada ha sido relegada al *status de alter ego* de la dominante, de tal modo que el reconocimiento de ambas como personas jurídicas separadas llevaría necesariamente a permitir el fraude u otros resultados injustos⁸.

En tanto, a nivel comparado, encontramos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹ de España, ha fundado que la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, por su naturaleza y alcance, se revela a la razón normativa del principio de buena fe, establecido en el artículo 7.1 del Código Civil Español, y la conexión con los ilícitos del abuso del derecho y el fraude de ley.

VI. Conclusiones

Ante un esbozo final, hemos de reconocer que la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es uno de los temas complejos y más discutidos (por su naturaleza jurídica) a nivel internacional, puesto que, en torno a ello, encontramos una vasta exposición de una dogmática jurídico penal bajo el reconocimiento de una sanción en dicho ámbito.

Es por ello, que, debemos ser conscientes de una gran expansión del Derecho Penal Económico, ante la evolución de la ciencia penal, y sumado a las nuevas tendencias de la sociedad de riesgo, que ha generado la vinculación dentro del ámbito penal a personas físicas y jurídicas. Por tanto, se ha logrado destacar que la evolución del reconocimiento de responsabilidad penal ha transitado por una diversidad de paradigmas, como el reconocimiento de consecuencias jurídicas a las sociedades por los actos realizados por sus miembros y ante aquella responsabilidad por hecho propio de las personas jurídicas.

No obstante, la realidad del ordenamiento jurídico paraguayo, se resume en la inferencia de lo extrapenal cuando se relacionan a responsabilidades de personas jurídicas, advirtiendo “sanciones” de carácter administrativas. Mientras que, en el sistema internacional (comparado), resulta indiscutible la adecuación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, ante la necesidad de imposición de disposiciones de cautela sobre las diversas sociedades que se vinculan en torno al campo financiero.

En tanto, la cuestión dogmática sigue su flujo interactivo, por ciertas implicancias en la adecuación de conducta, tal como lo expone Jakobs, cuando

⁸ Carmen Boldó Roda, Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. (Ed. Aranzadi, 4ª ed., 2006), 95.

⁹ véanse, entre otras muchas, las Sentencias de fechas 09/03/2015 y 17/03/2015

vincula el principio de culpabilidad con aspectos de prevención general. Pues bien, su teoría se ocupa de un modelo social, en que la sociedad está reglada por "normas" y así se distribuyen "roles", y ante ello, la función del derecho penal, no es la de evitar la lesión del bien jurídico, sino reafirmar el reconocimiento o la vigencia de la norma.

Ciertamente, se puede esbozar que el tema en discusión ocupa varias dificultades por buscar atribuir una responsabilidad penal a todas las personas jurídicas que puedan llegar a ingresar al ciclo delictivo. En tanto, se concluye, en este sentido, que la mayoría determina desde los presupuestos de la teoría del delito, y otros autores, buscan instalar (dicho debate) en la formulación de tres paradigmas.

En tal sentido, se puede mencionar la problemática que acarrea el examen dogmático desde la capacidad de culpabilidad, pues, del principio de prevención colige que se encuentra conectado para el merecimiento de una pena. No obstante, hemos de recordar que nuestro sistema relaciona la prevención general positiva, puesto que, a la vez se busca a la especial positiva para la reinserción del condenado.

Así, la normativa paraguaya sigue la instalación de un derecho penal clásico, que perta desde la responsabilidad de la persona física con notable autonomía y en representación de otros. Por tanto, sigue el flujo de un análisis de grado de conocimiento y voluntad en las acciones de un sujeto, que debe soportar la capacidad de orientar una conducta determinada y penalmente relevante.

Ante ello, debemos reconocer que las legislaciones internacionales y las nuevas dogmáticas han sustentado la nueva influencia adquirida por las personas jurídicas, y ante ello, la revolución del fenómeno de sociedad de riesgo, que busca superar los conceptos tradicionales de un derecho penal nuclear.

Pues bien, atento a la diversidad de información hemos logrado distinguir modelos de imputación, como la doctrina va a reconocer a partir de una atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, conforme a la atribución que se infiere desde la comisión de un injusto por parte de una persona física, quien integra el vínculo con el ámbito organizativo, permitiendo el enlace con la responsabilidad por el suceso ilícito, que se transfiere a la persona jurídica.

En tal efecto, no ocupa mayor complejidad al reconocer la comisión del injusto realizado por la persona física en favor a la jurídica, mientras que, también nos podemos topar con la responsabilidad por hecho propio, el cual, se traduce en el hecho de parte de la persona jurídica, que soporta como ente colectivo.

Así también, la legislación comparada nos ha enseñado que existen países que optan la responsabilidad por hecho propio, en tanto, otros utilizan un modelo mixto (sumando opciones de modelo por transferencia y como hecho propio). Es que, la diversidad de pareceres, hacen suponer que la esencia de la respon-

sabilidad penal de las personas jurídicas va en potencia evolutiva, por lo que, se reflejan modelos de autorresponsabilidad o por el hecho propio.

Lo cierto es que, la dimensión normativa (actual) paraguaya se encuentra cerrada al debate de la determinación de incidencias de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Puesto que, el art. 15 del código penal (Ley N° 1.160/97) establece el lineamiento hacia la *societas non potest delinquere*. Sin embargo, el sistema jurídico se encuentra en debate hacia la “no impunidad de hechos punibles”, evitando que no se dejen de lado aquellos sucesos que no reúnen la conducta típica en ninguna persona física de la empresa.

Asimismo, la doctrina internacional exhorta a evitar que quienes realmente se benefician con el producto económico de la empresa no queden sin las debidas sanciones correspondientes. Así, como la ponderación hacia el campo de la finalidad preventiva general y de los de defensa de intereses sociales ocupan su parámetro “fuente”.

Es que, las nuevas inferencia de un derecho penal de la empresa, suponen una herramienta para combatir la corrupción de los diversos agentes dentro del sistema bancario, empresa y política, fortalecimiento de delincuentes de cuello blanco y/o para evitar la creación (cuantiosa) de empresas fantasmas, que sólo reproducen el terrorismo, lavado de activos u otros delitos socioeconómicos transnacionales.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Carmen Boldó Roda, 2006. Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. Ed. Aranzadi, 4ª ed.
- Dopico Gómez-Aller, en Ortiz De Urbina Gimeno (coord.), Memento experto. Reforma penal (2010).
- García Arán, "Arts. 31 bis, 66 bis", en Córdoba Roda/García Arán (dirs.), Comentarios al código penal. Parte general, (2011).
- L. Gracia Martín, "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", en Revista Actualidad Penal, 39 (1993).
- Miguel A. Boldova Pasamar, La Introducción de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Legislación Española (España, Universidad de Zaragoza, 2013).
- Morales Prats, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)", en Quintero Olivares (dir.), La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios, (2010).
- Martín Nieto. 2008. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo.
- Zugaldía Espinar, "Tema 34", en Zugaldía Espinar (dir.), Fundamentos de derecho penal. Parte general, (2010).



revistajurídica

DERECHO PROCESAL PENAL



ALCANCES DEL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO VIGENTE

María Carolina Llanes Ocampos¹

RESUMEN: El presente artículo versa sobre el instituto del sobreseimiento provisional como mecanismo de terminación del proceso penal acusatorio, su utilidad y los requisitos para su procedencia, desarrollando las circunstancias en las que procede y no procede y sus alcances. Del mismo, desarrolla la rehabilitación o reapertura de la investigación efectuada dentro de la etapa preparatoria, al igual que el rol y función a desempeñar del Ministerio Público dentro del proceso penal. Así también, realiza una apreciación respecto de la incorrecta aplicación del sobreseimiento provisional, como consecuencia de un ambiente que ha generado la manipulación perversa del sistema judicial, promovida por sectores interesados que han distorsionado principios y finalidades desencadenando procesos manipulados, persecución penal de inocentes, denuncias falsas para obtener fines espurios e injerencias indebidas, avasallando la independencia judicial y debilitando el Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Sobreseimiento provisional, etapa preparatoria, Derecho Procesal Penal.-

ABSTRACT: This article deals with the institute of provisional dismissal as a mechanism for termination of the accusatory criminal process, its usefulness and the requirements for it to proceed, developing the circumstances in which it does and does not proceed and its scope. It also develops the rehabilitation or reopening of the investigation carried out during the preparatory stage, as well as the role and function of the Prosecutor's Office within the criminal process. It also makes an assessment regarding the incorrect application of the provisional dismissal, as a consequence of an environment that has generated the perverse manipulation of the judicial system, promoted by interested sectors that have distorted principles and purposes, triggering manipulated processes, criminal prosecution of innocent people, false accusations to obtain spurious purposes and undue interference, subjugating judicial independence and weakening the Rule of Law.

KEY WORDS: Provisional dismissal, preparatory stage, Criminal Procedural Law.

El sistema acusatorio vigente se sustenta en parámetros de racionalidad orientados a operativizar principios y garantías constitucionales que sostienen la organización del ejercicio del poder penal en la República del Paraguay.

Poder penal que conforme al diseño constitucional inspirado en el iushumanismo debe ser eficiente en la administración de la justicia penal sin detrimento de las garantías. Mientras esos dos aspectos permanezcan en equilibrio, las decisiones serán legítimas y válidas, preservando la vigencia del Estado de Derecho Constitucional.

¹ Abogada (1988) y Doctora en Ciencia Jurídicas ante la UNA (2005). Autora de varias obras jurídicas. Docente universitaria de grado y postgrado en la UAA, UNA y UCA, Docente de la Escuela Judicial y de la "Maestría de Garantismo Penal" desarrollada en Inecip y Universidad Nacional del Pilar. Posgrado UCA y posgrado de UNA (D.P.P.). Codirectora Académica de Maestría de Derecho Constitucional y Criminalidad Compleja Bolonia/UBA. Se dedicó a la litigación penal 1988/1992 y desde 2005/2013. Ministra de la Corte Suprema de Justicia, coordinadora de la Oficina Técnica de Apoyo al Sistema Penal. Ministra responsable del fuero especializado de niñez y adolescencia; coordinadora OTANA.

No habrá juicio sin acusación es la premisa suprema del sistema acusatorio, que, sustentada en principios de legalidad, verdad, plazo razonable y estricto control de garantías, impone determinados estándares fácticos, probatorios y jurídicos para que la acusación y el juicio republicano se realicen de manera eficiente, oportuna y justa.

El Ministerio Público como titular exclusivo de la acción penal pública, con participación restringida de la víctima como querellante adhesivo; y con amplias facultades de intervención del imputado y su defensa técnica; todos bajo el estricto control jurisdiccional, del juez de garantías y los tribunales de sentencia, para preservar la regularidad del litigio en aras del cumplimiento seguro de las finalidades procesales: búsqueda de la verdad y castigo al culpable.

Instaurándose la prescindencia o suspensión de la persecución penal a través de institutos como criterio de oportunidad, suspensión condicional, conciliación, procedimiento abreviado; con el propósito de diversificar las respuestas a la criminalidad y dotar de eficiencia al sistema; sobre la consigna de remitir a juicio solamente aquellas causas que lo ameriten; resolviendo alternativamente, todo lo bagatelario o de escaso interés social, que pueda ser resarcible económicamente.

Con un régimen de nulidades encaminadas a sanear los vicios siempre que no hayan afectado -irreparablemente- garantías fundamentales, antes que declarar nulidades per se (La nulidad es la última ratio). En la misma línea la actividad probatoria, se ha organizado sobre principios de Verdad, Libertad, Legalidad y Sana crítica, que permitan alcanzar dichas finalidades sin detrimento de las garantías.

Dentro de esta dialéctica de eficiencia versus garantías que alimenta al sistema instaurado, el plazo razonable establecido en la C. Nacional y el Pacto de San José de Costa Rica, se ha incorporado a través de un régimen de control de duración del proceso penal con consecuencias procesales (extinción de la acción penal) y personales sobre los operadores, en caso de utilización dispendiosa del tiempo.

Asimismo, el juicio oral y público se ha diseñado con amplitud de debate y única instancia sobre la determinación de los hechos; controlado por segunda y tercera instancias en virtud a recursos casacionales limitados a la verificación del modo en que los jueces aplicaron el derecho sin implicar un nuevo juzgamiento fáctico, el cual sólo es factible en única instancia.

A más de dos décadas de la puesta en vigencia del Código Procesal Penal, promulgado por Ley N°1.286/1999, es necesario reconocer que el mismo ha sufrido distorsiones diversas en su interpretación y aplicación. Equívocos interpretativos que inclusive han generado modificaciones legislativas innecesarias - en general sustentadas en motivos populistas antes que técnicos- contradiciendo principios elementales que sustentan el modelo acusatorio, desvirtuándolo e in-

corporando antinomias al sistema.

En este contexto abordaremos uno de los institutos contemplados en el Código Procesal Penal vigente, el sobreseimiento provisional como mecanismo de terminación del proceso penal acusatorio. El cual podría ser muy útil como mecanismo de descongestión temporal del despacho fiscal y judicial si se lo aplicara conforme su concepción legal, pero lamentablemente ha sido interpretado y aplicado fuera de este diseño normativo, contradiciendo los principios del sistema acusatorio.

Al respecto es oportuno recordar que el sobreseimiento, mientras no se haya convertido en definitivo, deja "provisionalmente" abierto el proceso penal por 1 (un) año para los delitos y 3 (tres) años para los crímenes.

Por otra parte, es necesario recalcar que, nuestro sistema legal organiza los hechos punibles de acción penal pública en etapas -preparatoria, intermedia, juicio oral, recursiva y ejecución- con finalidades y modalidades específicas, dispuestas dentro de una lógica tendiente a la búsqueda de la verdad para la correcta aplicación de la ley penal o la respuesta procesal adecuada que permita concretar las funciones del proceso penal.

El objetivo principal de la etapa preparatoria es coleccionar los elementos probatorios suficientes, dentro del plazo judicial o legal establecido², para formular acusación y llevar a la persona al debate oral además de otras soluciones alternativas al juicio que podrían aplicarse según la situación, como la suspensión condicional, abreviado, criterio de oportunidad, conciliación.

Desde luego que todo ello dependerá de la planificación de Política Criminal prevista por el Ministerio Público para gestionar el despacho fiscal y del control judicial que desplegarán los jueces de garantías, respecto a los requisitos legales exigidos en cada caso.

Si la intención del fiscal es acusar e ir a juicio, debe cumplir íntegramente

² Art.139 del CPP: "Perentoriedad de la etapa preparatoria. Cuando el Ministerio Público no haya acusado ni presentado otro requerimiento en la fecha fijada por el juez, y tampoco haya pedido prórroga o ella no corresponda, el juez intimará al Fiscal General del Estado para que requiera lo que considere pertinente en el plazo de diez días..." Art. 324 del CPP: "Duración. El Ministerio Público deberá finalizar la investigación, con la mayor diligencia, dentro de los seis meses de iniciado el procedimiento y deberá acusar en la fecha fijada por el juez." Art. 325 del CPP: "Prórroga ordinaria. Si no ha transcurrido el plazo máximo de la etapa preparatoria y el Ministerio Público necesita de una prórroga para acusar, podrá solicitarla, por única vez, al juez, quien resolverá previa audiencia al imputado." Art. 326 del CPP: "Prórroga extraordinaria. En casos de excepcional complejidad, el Ministerio Público podrá solicitar al tribunal de apelaciones que fije un plazo mayor para la etapa preparatoria, debiendo indicar las razones de la prórroga y el plazo razonable para concluirla. La prórroga extraordinaria se podrá solicitar, por única vez, en cualquier estado de la etapa preparatoria, hasta quince días antes de la fecha fijada para acusar. El tribunal de apelaciones fijará directamente el nuevo plazo de la etapa preparatoria y la nueva fecha para acusar... La prórroga extraordinaria no significará una ampliación del plazo máximo de duración del procedimiento previsto en este código." Art. 347 del CPP: "Acusación y solicitud de apertura a juicio. Cuando el Ministerio Público estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento público del imputado, en la fecha fijada por el juez, presentará la acusación, requiriendo la apertura a juicio. La acusación deberá contener: 1) los datos que sirvan para identificar al imputado y su domicilio procesal; 2) la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuye al imputado; 3) la fundamentación de la acusación, con la expresión de los elementos de convicción que la motivan; 4) la expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables; y, 5) el ofrecimiento de la prueba que se presentará en el juicio. Con la acusación el Ministerio Público remitirá al juez las actuaciones y las evidencias que tenga en su poder y pondrá a disposición de las partes el cuaderno de investigación."

las exigencias procesales previstas en el art. 347 C.P.P. sustentado en el principio *nemo iudex sine actore*.

Sin embargo, la inobservancia de una de estas condiciones, por razones no atribuibles al mismo, quedando diligencias pendientes de realización necesarias para alcanzar la convicción requerida; le permitirá la "clausura temporal de la investigación" sujeta a la posibilidad de que -una vez reabierto la etapa preparatoria- el fiscal pueda completar las diligencias que no pudo efectuar durante el periodo ordinario de investigación y, en virtud a ellas, concluir eficientemente con la acusación o el requerimiento que corresponda.

Es importante resaltar que para que proceda el sobreseimiento provisional, la pendencia de diligencias indispensables para acusar o plantear una respuesta alternativa no debe ser atribuible a la negligencia fiscal. Tampoco la pendencia debe basarse en diligencias irrelevantes o impertinentes. Ni solicitarse el provisional de manera genérica, a la pesca de lo que pudiera aparecer más adelante.

Lo pendiente debe tratarse de aquello verdaderamente pertinente, útil y relevante para acusar, que no pudo ser obtenido por razones no atribuibles a negligencia del fiscal. De lo contrario debe rechazarse el provisional por infundado.

Tampoco debe esgrimirse el provisional como pretexto para no solicitar el sobreseimiento definitivo, cuando en verdad corresponda.

Siendo justamente éstas las situaciones que pueden ser definidas por el juez penal de garantías, sin necesidad de ingresar a un debate sustancial de los hechos (propio del juicio oral), sino limitarse a verificar requisitos de admisibilidad, que precipitan al cierre definitivo en caso de no concurrir.

Porque si así fuere, el juez debería rechazar el provisional y en consecuencia, conceder el sobreseimiento definitivo en virtud al inciso 2° del art. 359 del CPP. Y este precisamente es uno de los aspectos del sobreseimiento provisional que se ha desvirtuado completamente.

Según nuestro entendimiento por la ausencia de una adecuada planificación de la política criminal del Ministerio Público para ejercer la acción penal. Lo que empuja a los fiscales a derrochar sus energías, encarando sus causas sin estrategias ni objetivos, debilitándose como institución protagonista del sistema penal y distorsionando todo su contenido.

En caso de que el Ministerio Público esté en condiciones de concluir, la ley procesal le permite requerir al juez la "rehabilitación o reapertura de la investigación efectuada dentro de la etapa preparatoria" por un plazo razonable acorde al que necesitará -concretamente- para efectuar lo que ha quedado pendiente, de conformidad al principio de racionalidad; solicitud, que debe ser formulada dentro de los plazos indicados en el art. 362 del CPP³.

³ Art. 362 del CPP: "Sobreseimiento provisional. Si no corresponde el sobreseimiento definitivo y los elementos de convicción resultan insuficientes para realizar el juicio, se ordenará el sobreseimiento provisional, por auto fundado que mencione

Sobre el punto, es necesario recalcar que los plazos legales de 1 (un) año y 3 (tres) años son para SOLICITAR la rehabilitación del proceso, “no” para realizar la diligencia y concluir, porque la etapa preparatoria está clausurada judicialmente para todas las partes. Y nadie puede hacer diligencias procesales de espaldas al proceso formal.

Sí, efectivamente se puede preparar lo pendiente y una vez asegurada su realización, solicitar la reapertura para su concreción, así como el plazo requerido para culminarla y presentarla como sustento del requerimiento conclusivo.

En consecuencia, si el fiscal requiere la reapertura de una investigación sobre delito, el penúltimo día del plazo legal, el juez estará en condiciones de fijar un plazo judicial dentro de los días, semanas siguientes, siempre cuidando evitar la utilización dispendiosa del tiempo, cuya duración máxima se halla limitada, por el art. 136 del C.P.P.⁴.

En ese contexto, se infiere claramente que el plazo para solicitar la reapertura no contiene al plazo para realizar la diligencia pendiente, porque es consecutivo. Es decir, el plazo legal tope para solicitar la reapertura es de uno o tres años según sea delito o crimen y acorde a la necesidad del caso el juez de garantías dispondrá un plazo judicial de duración de la etapa preparatoria reabierta, dentro del cual se podrán agendar las diligencias pendientes para su realización.

En efecto, una vez solicitada la reapertura en tiempo legal oportuno, el juez penal de garantías no sólo deberá fijar una nueva fecha de presentación del requerimiento conclusivo conforme al criterio de utilidad y funcionalidad de la diligencia pendiente, sino también controlará que todas éstas, sean realizadas en el periodo estipulado, lo que posibilitará intervención de las partes como exige el CPP, arts. 6° y 9°, vigentes en la etapa preparatoria, reabierta en este caso.

Como se puede observar la reapertura de la etapa preparatoria, luego de su clausura temporal, reactiva la misma con todas sus funciones de garantizar el debido proceso investigativo.

concretamente los elementos de convicción concretos que se espera incorporar. Se hará cesar toda medida cautelar impuesta al imputado. Si nuevos elementos de convicción permitan la continuación del procedimiento, el juez, a pedido de cualquiera de las partes, admitirá la prosecución de la investigación. En caso de delitos, si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura de la causa, el juez declarará de oficio, la extinción de la acción penal; este plazo se extenderá a tres años cuando se trate de crímenes”

⁴ Art. 136 del CPP/ Ley 6146/18: “Duración del proceso penal. Toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. A dicho efecto, todo proceso tendrá una duración máxima de tres años para su finalización en primera instancia, contada a partir de la imputación o a partir de la acusación, en ausencia de aquella. En segunda instancia, el plazo será de seis meses para la resolución de la apelación especial. En los casos de reenvío por anulación de la sentencia de primera instancia el nuevo juicio deberá culminar en un plazo máximo de un año. No será computado como parte del plazo mencionado en el primer párrafo del presente artículo, el tiempo que duren las audiencias preliminares desde que se hayan iniciado hasta la resolución de todos los planteamientos realizados en las mismas. Todos los incidentes, excepciones, apelaciones y recursos planteados por las partes, suspenden automáticamente el plazo, que vuelve a correr una vez que se resuelva lo planteado y el expediente vuelva a origen. La fuga o rebeldía del imputado interrumpirá el plazo de duración del procedimiento. Cuando comparezca o sea capturado, se reiniciará el plazo. Entiéndase por resolución judicial definitiva, a los efectos previstos en este artículo, aquella contra la cual no quepa recurso ordinario alguno por lo que estarán expresamente excluidos de computo respectivo, la acción de inconstitucionalidad y el recurso de casación”.

Es importante recalcar que la realización de diligencias pendientes debe tener la cobertura judicial, es decir las mismas deben efectuarse dentro de la etapa procesal correspondiente, la etapa preparatoria que necesariamente debe rehabilitarse para su concreción.

Y esto cobra real dimensión cuando la diligencia probatoria pendiente deba efectuarse por ejemplo dentro de un anticipo jurisdiccional de prueba. El que por imperativo legal debe hacerse en presencia del juez y todas las partes, porque se trata de un acto de prueba judicial, que, en caso de ir a juicio oral, se reproducirá por su lectura.

De la misma manera puede suceder que por alguna razón ajena al Ministerio público no se haya podido cumplir efectivamente con la convocatoria suficiente al imputado (adolescente) para ser oído o el imputado adulto en caso de que se haya fugado antes de la indagatoria, y el plazo para acusar siga vigente, según lo prevé el art. 83 del CPP.

Asimismo, puede necesitarse también autorización judicial para ingresar a recintos privados o interceptar comunicaciones privadas; y dichas diligencias sólo pueden ser realizadas con el juez competente de esa etapa. Estas y muchas otras situaciones procesales que requieran la intervención jurisdiccional pueden llegar a efectuarse en la etapa reabierta.

Ello no sería posible, si se hiciera fuera de la etapa preparatoria rehabilitada. El acto procesal sería inválido y el proceso penal quedaría frustrado en su finalidad, si las diligencias pendientes quedaran al arbitrio de las partes, fuera del control jurisdiccional.

Es por ello que reafirmamos, la actividad investigativa necesariamente debe estar amparada por un juez penal competente participe o no de la misma; sea acto de investigación o acto de prueba. De ahí que no hay inconvenientes de que el pedido de reapertura de la etapa preparatoria se solicite el último día del plazo máximo de 1 (un) año o 3 (tres) según sea delito o crimen. Por lo que resulta claro que la interpretación del art. 362 del CPP deba efectuarse dentro de la lógica procesal que impone la ley vigente.

No obstante, debe tenerse especial atención de no convertir la reapertura, en una ocasión para repetir innecesariamente la etapa preparatoria, más allá de lo relativo a lo que expresamente, ha quedado pendiente al dictarse el sobreseimiento provisional. De lo contrario estaría desvirtuándose su finalidad procesal.

Cuando se exige elementos de convicción suficientes para acusar e ir a juicio oral, debe entenderse que los sujetos acusadores, fiscal y querellante adhesivo, necesariamente debe reunir elementos probatorios pertinentes, legales y útiles para demostrar la verdad histórica exigida para sancionar al justiciable. Y ello no se logra sin planificación de la investigación.

Lo cual exige a dichos sujetos organizar la actividad investigativa según los requerimientos del caso desde lo fáctico, jurídico y probatorio. Sin esa planificación muy difícilmente podría alcanzarse el estándar legal para pasar a la siguiente etapa procesal.

De allí la importancia de incorporar a la tarea procesal la herramienta de la teoría del caso, a fin de aprovechar el tiempo establecido y cumplir con el objetivo, evitando llegar al sobreseimiento provisional por insuficiencia de dichos elementos de convicción.

A los efectos recordatorios, la teoría del caso es la hipótesis o idea básica y principal en que se apoya el relato del hecho. Constituye la enunciación de los hechos (base fáctica) presentada al tribunal, con la inclusión de aspectos lógicos (base jurídica) y de sentido común, que apoyan su existencia (base probatoria). Es la conexión entre la teoría fáctica y la teoría jurídica. Es la adecuada vinculación de los hechos (proposiciones fácticas) con la descripción jurídica contenida en la norma.

Ahora bien, si la insuficiencia de elementos fuere insuperable, por haberse agotado la actividad investigativa, el sobreseimiento provisional no es la vía adecuada para concluir el proceso, sino el sobreseimiento definitivo conforme el inciso 2° del art. 359 del CPP. Y ello responde claramente a la razonabilidad del plazo que obliga a los sujetos a la utilización racional del tiempo dentro del proceso penal.

Sin embargo, muchas veces se plantea el provisional y peor aún, se lo otorga sin ningún rigor procesal, desvirtuando gravemente los principios procesales y el diseño legal para su concreción.

Puntualizado este aspecto interpretado integralmente conforme al diseño legal, ahora veamos cómo opera dicha normativa para la prosecución del proceso reabierto.

En efecto una vez formulado el requerimiento conclusivo del Ministerio Público en la nueva fecha fijada por el juez, finalmente quedará cerrada la etapa preparatoria y el proceso transitará regularmente hacia la etapa intermedia, para la realización de la audiencia preliminar, espacio dentro del cual se verificará la viabilidad del requerimiento y de las demás cuestiones propias de dicha audiencia, conforme lo establece el art. 353 de CPP⁵.

⁵ Art. 353 del CPP: "Facultades y deberes de las partes. Dentro del plazo previsto en el artículo anterior, las partes podrán manifestar, por escrito, lo siguiente:1) señalar los vicios formales o el incumplimiento de aspectos formales de la acusación;2) objetar la solicitud de sobreseimiento, sobre la base de defectos formales o sustanciales;3) oponer las excepciones previstas en este Código, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;4) solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional;5) proponer la aplicación de un criterio de oportunidad. El imputado sólo podrá proponerlo cuando alegue que se ha aplicado a casos análogos al suyo y siempre que demuestre esa circunstancia;6) solicitar la suspensión condicional del procedimiento;7) solicitar la imposición o revocación de una medida cautelar;8) solicitar el anticipo jurisdiccional de prueba;9) proponer la aplicación del procedimiento abreviado conforme a lo previsto en el Libro Segundo;10) proponer la conciliación;11) plantear cualquier otra cuestión incidental que permita una mejor preparación del juicio; y,12) el imputado y su defensor deberán proponer la prueba que producirán en el juicio. Dentro del mismo plazo las partes deberán ofrecer los medios de prueba necesarios para resolver las cuestiones propias de la audiencia preliminar. El juez velará especialmente que en la

Es decir, que el Ministerio Público y querellante, si lo hubiere, deberán presentar su requerimiento conclusivo en la fecha fijada por el juez de garantías; quien recibida las actuaciones obrará de conformidad al art. 352 del CPP, poniendo de manifiesto las actuaciones, fijando fecha para la audiencia preliminar. Estadio en el que finalmente se evaluará lo presentado y se decidirá lo que corresponda, de conformidad a la normativa prevista para dicha etapa.

Por último, es conveniente acotar que el plazo para solicitar la reapertura del proceso penal opera -por regla general- desde la fecha en la cual el órgano requirente toma conocimiento de la resolución dictada por el juzgador mediante cédula de notificación en formato papel o electrónico acorde con las exigencias de los arts. 129 y 155 del CPP⁶; excepcionalmente, serán notificadas por su lectura cuando sean dictadas durante o inmediatamente después de las audiencias orales de conformidad a los arts. 159 y 356 del CPP⁷.

Más allá de estas innovaciones normativas inspiradas en modelos iushumanistas, que en su momento fueron consideradas una reivindicación histórica y un salto de calidad del sistema de justicia penal, debemos reconocer que en estos años se han reinstalado prácticas autoritarias contrarias al diseño constitucional y legal, como el abuso de la prisión preventiva, la indolencia en la aplicación de plazos y formas, la indefinición de la política persecutoria en la promoción y aplicación de procedimientos alternativos al juicio, conduciendo a colapsar innecesariamente el sistema, privando de respuestas oportunas a la víctima, al justiciable y a la sociedad; precipitando la extinción de procesos, que en muchos casos han generado impunidad.

La incorrecta aplicación del sobreseimiento provisional no escapa a todo esto.

Subyacen a todo sistema penal y se encuentran en permanente conflicto, la eficiencia en la persecución del culpable, confrontada con las garantías del debido proceso. Generando tensiones en su aplicación, independientemente del modelo que lo inspira, situación que también ha afectado al Paraguay.

La permanente disputa entre ambas fuerzas muchas veces alimentada por populismos oportunistas, ha arrojado retoques peligrosos al diseño constitucio-

audiencia preliminar no se pretenda resolver cuestiones que son propias del juicio oral y público. El secretario dispondrá todo lo necesario para la organización y desarrollo de la audiencia, y la producción de la prueba."

⁶ Art. 129 del CPP: "Principios generales. Los actos procesales serán cumplidos en los plazos establecidos ...los plazos determinados por horas comenzarán a correr inmediatamente después de ocurrido el acontecimiento que fija su iniciación, sin interrupción. Los plazos determinados por días comenzarán a correr al día siguiente de practicada su notificación...". Dicha notificación deberá ser efectuada en los términos prescriptos por el Art. 155 del mismo texto procedimental"...La notificación de una resolución se efectuará mediante la entrega de una copia al interesado, bajo constancia de la recepción" a los efectos de asegurar que el notificado tenga conocimiento efectivo de lo resuelto.

⁷ Art. 159 del CPP: "Notificación por su lectura. Las resoluciones dictadas durante o inmediatamente después de las audiencias orales se notificarán por su lectura." en sintonía con el Art. 359 del mismo ordenamiento jurídico: "Resolución. Inmediatamente de finalizada la audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas y, en su caso: 4) sobreseerá definitiva o provisionalmente, según el caso...La lectura pública de la resolución servirá de suficiente y debida notificación."

nal y legal del modelo acusatorio instaurado, que han perjudicado gravemente la lógica del sistema.

Este ambiente ha generado la manipulación perversa del sistema judicial, promovida por sectores interesados que han distorsionado principios y finalidades desencadenando procesos manipulados, persecución penal de inocentes, denuncias falsas para obtener fines espurios e injerencias indebidas, avasallando la independencia judicial y debilitando el Estado de Derecho.

Estas desviaciones han propiciado interpretaciones jurídicas erráticas y aplicaciones arbitrarias que juntamente con la indefinición de la política criminal y modificaciones legales populistas, antes que fortalecer al sistema de justicia, han contribuido a desvirtuarlo y debilitarlo considerablemente.

Es fundamental volver a las fuentes, al momento de interpretar los institutos procesales, sin desconocer su naturaleza, funciones y finalidades; y principalmente cómo se inserta dentro del diseño lógico normativo vigente, sin desvirtuarlo ni generar contradicciones y antinomias insuperables.

El sistema procesal puede ser una herramienta formidable para transitar fluidamente por el proceso penal y alcanzar los objetivos perseguidos. Así también puede ser el más tortuoso de los caminos cuando el desconocimiento, la tergiversación y la usencia de planificación, encabezan su aplicación.

BIBLIOGRAFÍA

- Código Procesal Penal Ley N° 1286/1998.



revistajurídica

DERECHO ADMINISTRATIVO



DURACIÓN RAZONABLE UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL IMPRESCINDIBLE

Manuel Riera Domínguez¹

RESUMEN: Me propongo mostrar y analizar un criterio jurisprudencial de altísima relevancia: la duración razonable de un proceso (procedimiento) administrativo. El criterio se asienta en diferentes sentencias definitivas que fueron dictadas por los tribunales de cuentas, en sus dos salas y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en grado de apelación, a lo largo de los últimos años. Se trata de una jurisprudencia en su acepción tradicional, entendida como la repetición constante y uniforme a lo largo del tiempo, del juzgamiento de situaciones de hecho similares. El criterio, sin embargo, reúne diferentes perspectivas que tienen los magistrados sobre el mismo fenómeno. A estas perspectivas llamaré tesis. Me propongo mostrar y analizar estas tesis en la consideración minuciosa de ocho sentencias representativas, sus diferencias, la validez de una de ellas, la invalidez de las restantes y, por extensión, defender el criterio sobre la base de la tesis correcta. El criterio, empero, podrá encontrarse en veinte sentencias que están detalladas en un apéndice, al final del artículo, lo que no excluye –por supuesto– que existan otras más.

PALABRAS CLAVE: Derecho Administrativo, duración razonable, caducidad del procedimiento administrativo, principio de plazo razonable, caducidad de instancia.

ABSTRACT: I intend to show and analyze a jurisprudential criterion of the highest relevance: the reasonable duration of an administrative process (procedure). The criterion is based on different final judgments issued by the Courts of Accounts, in its two chambers and by the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice, on appeal, over the last few years. This is jurisprudence in its traditional meaning, understood as the constant and uniform repetition over time of the judgment of similar factual situations. The criterion, however, brings together different perspectives that judges have on the same phenomenon. I will call these perspectives theses. I propose to show and analyze these theses in the careful consideration of eight representative rulings, their differences, the validity of one of them, the invalidity of the remaining ones and, by extension, to defend the criterion on the basis of the correct thesis. The criterion, however, can be found in twenty sentences that are detailed in an appendix at the end of the article, which does not exclude, of course, that there are others.

KEYWORDS: Administrative Law, reasonable duration, discontinuance of the administrative process, principle of reasonable duration, discontinuance.

Introducción

El contexto *temporal* debe ser necesariamente considerado, pues será relevante para que el lector realice la inferencia conforme las *tesis* y el caso. En el 2016 fui contratado para defender una sociedad importadora en un sumario administrativo ante la Dirección Nacional de Aduanas (*en adelante*, DNA). El 23 de octubre de 2015, la Dirección de Fiscalización – Departamento de Control Posterior de la DNA informó el inicio de un “proceso de investigación” a las ope-

¹ Abogado y docente en Introducción al Derecho Procesal.

raciones de importación de la sociedad. El 14 de marzo de 2016, por A.I.S. 60-1/16 del Departamento de Sumarios Administrativos, se instruyó el sumario. El 11 de abril de 2018, desarrollado el sumario, la DNA dictó la Resolución AAC-CTA 39/18 en la cual el Administrador LUIS FERNANDO BARRIENTOS calificó el caso como *defraudación*, confirmó las contra liquidaciones del Departamento de Control Posterior, condenó a la sociedad, a sus directores y al despachante al pago de una suma millonaria en concepto de tributos aduaneros diferenciales y multa, adjudicando el 50% a denunciante y el 50% a la DNA y ordenó remitir los antecedentes al Ministerio Público. El 10 de septiembre de 2018, luego del recurso de apelación interpuesto, el director nacional JULIO FERNÁNDEZ FRUTOS dictó la Resolución DNA 70/18 y confirmó la resolución del administrador, manteniendo la *defraudación* y la condena por tributos y multas a la sociedad, a sus directores y al despachante. Este sería el *antecedente administrativo*.

El 15 de noviembre de 2018 la sociedad y los directores iniciaron una acción contenciosa administrativa contra ambos actos administrativos de la DNA. Es decir, contra la Resolución AAC CTA 39/18 del 11 de abril de 2018 y la Resolución DNA 70/18 del 10 de septiembre de 2018. Los argumentos principales de la acción reposaron sobre nulidad por indefensión; la inconstitucionalidad de los actos administrativos, el incumplimiento de formas y solemnidades establecidas en la norma, entre otros asuntos técnicos propios de la nomenclatura arancelaria. Sin embargo, el argumento del abogado JULIO CÉSAR GIMÉNEZ ALDERETE –CON quien trabajé la defensa– fue fundamental y es el único que analizaré en este trabajo. Consistió en lo que llamó “*la prescripción y/o caducidad del proceso en sede administrativa*” (sic). El argumento plantea la irregularidad del sumario –de cualquier sumario–, considerando la superación del tiempo máximo de su duración, establecido entre su inicio y su conclusión. Dicho de otra manera, la irregularidad se funda en el exceso de lo que se supone debería durar *razonablemente* un sumario administrativo. La cuestión radica, pues, en determinar: a) el plazo establecido en la norma; b) el hecho jurídico en el cual se inicia el cómputo; c) el hecho jurídico en el que concluye el cómputo. Si se produce el exceso del plazo que establece la norma, el sumario deviene irregular.

Por Acuerdo y Sentencia 32 del 6 de mayo de 2020, el Tribunal de Cuentas (1ª Sala) hizo lugar a la acción contenciosa administrativa de la sociedad y de los directores y revocó las resoluciones de la DNA, con costas. Por Acuerdo y Sentencia 796 del 17 de agosto de 2021, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (*en adelante*, CSJ) rechazó la apelación de la DNA y confirmó, con costas, el Acuerdo y Sentencia 32. Ambos fallos aceptaron la posición jurídica de la sociedad y de sus directores, pero basados únicamente en los argumentos de JULIO CÉSAR GIMÉNEZ ALDERETE. De eso se trata este artículo.

Un criterio, cuatro tesis

El Acuerdo y Sentencia 32 del 6 de mayo de 2020 inició sus consideraciones con el voto del Dr. Martín Ávalos. Luego de reseñar las actuaciones del caso, el Dr. Ávalos afirmó que “antes de abocarnos al estudio de la supuesta

infracción aduanera [...] debemos necesariamente analizar si el procedimiento administrativo aduanero se ha realizado dentro de los plazos legales previstos en la Ley N° 2422/2004” (sic). Esta afirmación (Párr. 6, pág. 9, AyS 32) denota el análisis preliminar que realiza el Dr. Ávalos del plazo legal o, como lo afirmó, “de la caducidad del procedimiento”, antes de considerar la cuestión de fondo (infracción aduanera). Esta es la primera tesis o caducidad del procedimiento administrativo. En su opinión, considerar la caducidad del procedimiento conlleva ineludiblemente al “debido procedimiento administrativo o adjetivo” previsto en la Constitución (art. 17) y en el Pacto de San José de Costa Rica (arts. 8 y 25). Para el Dr. Ávalos, “la caducidad del procedimiento administrativo aduanero se configura expresamente en el incumplimiento de los plazos legales previstos en los Arts. 359 al 376 del citado Código” (Párr. 6, pág. 9, AyS 32). Estos artículos refieren a disposiciones procedimentales, aunque no todos establecen plazos. Sí los establecen aquellos que refieren a vistas, pruebas, alegatos, resoluciones, denegatorias tácitas y apelaciones (arts. 362, 366, 367, 370, 372, 373, 374, 375 y 376). En su opinión, sería irregular que tales vistas se corran, que las pruebas se ofrezcan y produzcan, que los alegatos se presenten o que las resoluciones se dicten fuera de los plazos establecidos en cada uno de estos artículos para cada de estas etapas del procedimiento. Sin embargo, si se incumplen estos plazos, “se estaría aplicando la Ley N° 4679/2012 de Trámites Administrativos que establece la caducidad de todo procedimiento administrativo no previsto en la ley en un plazo máximo de seis meses” (sic). Esta es la segunda tesis o caducidad de instancia. La Ley 4679/12, al momento en que escribo el artículo, fue derogada en los artículos aplicables a este trabajo². Pero al momento en que se dictaron estas sentencias, seguían vigentes; de ahí su relevancia. La Ley 4679 sistematiza en su Capítulo III la perención de la instancia administrativa. Establece que “se tendrán por abandonadas las instancias en toda clase de trámites administrativos, incluyendo los sumarios administrativos y caducarán de derecho, si no se insta su curso dentro de los seis meses, desde la última actuación” (art. 11). Para la Ley 4679, caducidad y perención son sinónimos (art. 15). De ahí que la instancia administrativa caduque o perima si su curso no es instado dentro de los seis meses. Cabe destacar que el Dr. Ávalos no distingue entre lo que denomino dos tesis. En su opinión, la caducidad o perención del procedimiento administrativo se produce por el incumplimiento de los plazos aduaneros o por la inactividad en el instar durante los seis meses. Caducidad de procedimiento y caducidad de instancia serían lo mismo y, a los efectos concretos y prácticos, en el caso que analizó, ambas situaciones están dadas.

La DNA sostuvo en su defensa –en mi opinión, con razón– que el Código Aduanero no establece un plazo para culminar los sumarios. El plazo de culminación no está establecido expresamente en la norma. Pero para el Dr. Ávalos esa posición supuso admitir “el incumplimiento del debido procedimiento administrativo aduanero y el conculcamiento del derecho a la Tutela Judicial Efectiva” (Párr. 1, pág. 10, AyS 32), pues omitir el deber legal de cumplir los plazos del código aduanero o, en su defecto, de los trámites administrativos de la Ley

² Los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 17 del Capítulo III “De la perención de la instancia administrativa”, establecido en la Ley 4679/2012 “de trámites administrativos” fueron derogados por la Ley 6715/2021 “De procedimientos administrativos” (art. 89), que tiene vigencia a partir de septiembre de 2022.

4679 deviene en irregularidad. En su opinión, incumplir el debido procedimiento administrativo “conculca el principio supremo de la dignidad humana consagrado en el preámbulo de la Constitución”. El Dr. Ávalos suscribió la posición doctrinaria de Alfonso Sanz Clavijo³ quien no distingue entre caducidad, ora entendida como transcurso del tiempo sin instancia, ora entendida como necesidad de finalizar un procedimiento en un plazo razonable; una distinción a la que considera “dualidad” irrelevante. En Paraguay, empero, las normas sí realizan la distinción que prefiere evitar Sanz Clavijo. De ahí que la posición que sustenta esta tesis sea un criterio eminentemente judicial.

El voto consideró que el sumario se inició con el auto de instrucción sumarial y culminó con la resolución del administrador (Párr. 2, pág. 10, AyS 32). Es decir, se inició el 14 de marzo de 2016 con el A.I.S. 60-1/16 y culminó el 11 de abril de 2018 con la Resolución 39/18. El Dr. Ávalos encontró en ello un plazo de duración de 521 días hábiles. Por lo tanto, aplicó la primera tesis de la caducidad del procedimiento administrativo, la que se configuró “en el incumplimiento de los plazos legales previstos en los Arts. 359 al 376 del citado Código” (Párr. 6, pág. 9, AyS 32). Estos 521 días hábiles provinieron de la suma de los días hábiles que transcurrieron entre el 14 de marzo de 2016 y el 11 de abril de 2018. Dicho plazo (521 días hábiles) superó y excedió la sumatoria de los plazos establecidos para cada una de las etapas del procedimiento sumarial aduanero (arts. 362, 366, 367, 370, 372, 373, 374, 375 y 376). He ahí la irregularidad. La inferencia supone una operación aritmética; la sumatoria de los plazos establecidos en estos artículos. Aquí el ejemplo que usamos por la sociedad en la acción contenciosa:

Instrucción del sumario	Días	Art.
Denuncia		
Traslado y vista de la denuncia	6	362
Ofrecimiento de pruebas	20	367
Plazo adicional de pruebas	10	367
Alegatos parte actora	6	370
Alegatos parte demandada	6	370
Informe del juez instructor	20	372
Resolución del administrador	30	370
Queja por retardo	10	373
Total de días hábiles	108	

Conforme la Ley 2422/04, todos los plazos establecidos en el Código Aduanero son perentorios e improrrogables y se entienden en días hábiles. En los casos de plazos no fijados, se establecen plazos de seis días hábiles (art. 356). La inferencia del Dr. Ávalos respondió a esa lógica. Si la vista de la denuncia no pudo correrse más que en 6 días perentorios, improrrogables y hábiles, exceder ese plazo fue contrario a la norma (regla) lo que devino en acto irregular. Esto le llevó a sostener que la suma de plazos hábiles, perentorios e improrrogables generó un plazo máximo de duración también hábil, perentorio e improrrogable que no se pudo –no se debió– superar. Este razonamiento se expresó claramente (Párr. 3, pág. 10, AyS 32). Incluso conjeturó el voto, asumiendo una benevolencia y

Sanz Clavijo, Alfonso. “La caducidad del procedimiento judicial”. *Estudios Jurídicos* 102/2008, pp. 115-125. Disponible en: <http://www.legislativa.gub.uy/estudios-juridicos/102/2008/115-125>

manera en el Acuerdo y Sentencia 32).

la posibilidad de que por medidas de mejor proveer u otras diligencias haya sido necesario extender el mismo” (sic), elevó al doble la sumatoria y aún así el caso (521 días hábiles) superó con creces el plazo máximo de 108 o, considerada la benevolencia, 216 días hábiles. El voto culminó con la mención de un precedente que será analizado más adelante⁴.

Quien siguió en el orden de consideraciones fue el Dr. Rodrigo Escobar. Para el Dr. Escobar, el sumario “ha caducado” (Párr. 4, pág. 12, AyS 32) conforme el art. 11 de la Ley 4679. El Dr. Escobar conjugó el plazo de 6 meses (art. 11, Ley 4679) con la perentoriedad de los plazos aduaneros (art. 356, Ley 2422). Sin embargo, a diferencia del preopinante, concordó con la DNA en que en el código aduanero “está ausente una articulatoria que enmarque el tiempo máximo de duración del proceso sumarial, y el mismo no puede subsumirse con exactitud de la sumatoria de los plazos establecidos en la “SECCIÓN 2 PROCEDIMIENTO EN EL SUMARIO ADMINISTRATIVO” de dicho cuerpo de Ley” (Párr. 5, pág. 12, AyS 32). Esta afirmación admitió la “caducidad” pero no por las razones del Dr. Ávalos. En su opinión, el “principio de legalidad no permite una interpretación extensiva del texto de la ley”, ya que en el Derecho Público estas son “restrictivas”. No se pudo subsumir un plazo de duración como resultado de una “suma matemática”. Hay una diferencia entre los plazos individualmente considerados para el desarrollo de cada etapa y su consideración conjunta como “máximo de duración” (Párr. 1, pág. 13, AyS 32). El Dr. Escobar recurrió a la vieja ley del procedimiento contencioso, que autoriza que la sustanciación de los juicios se rija por leyes especiales sobre la materia (art. 5, Ley 1462/35). La ley especial a la que refirió fue la Ley 4679. El Dr. Escobar coincidió con el preopinante en que el hecho jurídico que inició el cómputo fue el auto de instrucción y coincidió en que su culminación se dio con la resolución del administrador (Párr. 5, pág. 13, AyS 32), pero disintió en el cálculo. La caducidad no se produjo como consecuencia de la sumatoria de plazos de sus etapas (primera tesis) ni se dedujo de la no instancia de su curso (segunda tesis). La caducidad se produjo porque el sumario, una vez iniciado, debió terminar en 6 meses y no lo hizo. Esta es la tercera tesis o caducidad de instancia como plazo máximo. El sumario administrativo debe culminar, en consecuencia, siempre en seis meses (Párr. 1, pág. 14, AyS 32). Sin mayores consideraciones, el tercer y último voto de la Dra. Belén Agüero se adhirió a la tesis del Dr. Escobar.

El Acuerdo y Sentencia 32 del 6 de mayo de 2020 reunió el acuerdo unánime de sus miembros, pero por razones (tesis) distintas. Los tres miembros coincidieron en que los sumarios administrativos se inician con el auto de instrucción y culminan con la resolución del administrador; en que se rigen por las mismas leyes, tanto el código aduanero –Ley 2422– como la de los trámites administrativos –Ley 4679–; en que los sumarios caducan o perimen. Y, sobre todo, coincidieron en que la caducidad debió juzgarse preliminarmente, sin entrar al fondo (infracción aduanera). Sin embargo, sus razones (tesis) sobre esta caducidad fueron distintas. El Dr. Ávalos afirmó que existe caducidad cuando se incumplen los plazos legales (primera tesis) o cuando se excede la duración total que pro-

⁴ Acuerdo y Sentencia 503 del 29 de mayo de 2017, en los autos “Galerías Guaraní S.A. c/ Resolución 23 del 23 de agosto de 2013 y otra dictada por la Dirección Nacional de Aduanas”, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

viene de la sumatoria de los plazos (segunda tesis). El Dr. Escobar y la Dra. Agüero, por su parte, no vieron el plazo máximo de duración como consecuencia de la suma matemática de plazos individuales, pero si lo vieron como equivalente a 6 meses en la Ley 4679 (tercera tesis). Las tres tesis expresan un concepto de caducidad ambiguo y polisémico.

La DNA interpuso recurso de apelación y nulidad. La Sala Penal de la CSJ dictó el Acuerdo y Sentencia 796 del 17 de agosto de 2021 que declaró desierto el recurso de nulidad, rechazó la apelación y confirmó el Acuerdo y Sentencia 32 del 6 de mayo de 2020, con costas. El Acuerdo y Sentencia 796 del 17 de agosto de 2021 inició sus consideraciones con el voto del ministro Manuel Dejesús Ramírez Candia. Luego de reseñar las actuaciones del caso, el Dr. Ramírez Candia afirmó que la DNA mantuvo su postura en sus agravios, señalando que el Código Aduanero no establece plazo taxativo para la conclusión del sumario administrativo, sino que, por el contrario, obliga a la administración aduanera a agotar las investigaciones (Párr. 3, pág. 2, AyS 796). La DNA argumentó que la Ley 2422 autoriza la aplicación supletoria del código de procedimientos penales (art. 380) y que, conforme su art. 136, “toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable. Por tanto, todo procedimiento tendrá una duración máxima de cuatro años, contados desde el primer acto de procedimiento” (Párr. 1, pág. 3, AyS 796). El análisis jurídico del Dr. Ramírez Candia partió de lo que denominó “los presupuestos establecidos en la Ley para considerar que la Administración Aduanera se excedió en el plazo para culminar el sumario administrativo” (Párr. 2, pág. 3, AyS 796). En su opinión, la Ley 4679 que regula la caducidad de instancia (art. 11) “no determina el plazo máximo de duración del proceso, sino que determina los presupuestos para considerar que la instancia administrativa ha caducado” (Párr. 1, pág. 4, AyS 796). El Dr. Ramírez Candia realizó esta “aclaración” pues consideró que el Tribunal de Cuentas, si bien basó su decisión en el art. 11 de la Ley 4679, “lo debió hacer tomando en consideración lo dispuesto por la Ley Aduanera” (Párr. 2, pág. 4, AyS 796). Es decir, no considerando el plazo máximo de 6 meses, sino los plazos del propio procedimiento aduanero. Para mostrar esta posición, realizó un recuento de las etapas, trámites y plazos del sumario aduanero (Párr. 3, pág. 4, AyS 796) y señaló que “de la sumatoria de los plazos mencionados se llega a la cifra de 92 días hábiles. Motivo por el cual, si bien expresamente no hay un artículo en particular de la Ley Aduanera que determine la duración máxima del sumario, de la simple lectura de las normas transcritas y el cálculo de los plazos establecidos en éstas, se puede terminar el tiempo con el que cuenta la Administración para culminar el sumario” (Párr. 1, pág. 5, AyS 796). La aclaración de que la norma no establece un plazo máximo coincide con la defensa de la DNA y con la postura del Dr. Escobar en el Tribunal de Cuentas, aunque se aparta en cuanto sí realiza el cálculo matemático del Dr. Ávalos. Suscribió, por tanto, la primera tesis de la caducidad del procedimiento administrativo. El Dr. Ramírez Candia coincidió en que el procedimiento administrativo se inició con el auto de instrucción del sumario y concluyó con la resolución del administrador. Entre una y otra fecha, se superó el plazo máximo (sumatoria) de 92 días hábiles (Párr. 2, pág. 5, AyS 796) y “fue un sumario irregular por violar el principio de legalidad del procedimiento”

(Párr. 3, pág. 5, AyS 796). Coincidió con el Dr. Ávalos en la violación del art. 8 del Pacto de San José (Párr. 4, pág. 5, AyS 796) pero, a diferencia de aquel, impuso las costas al funcionario emisor del acto administrativo; es decir, al Administrador Luis Fernando Barrientos y al director nacional Julio Fernández Frutos, en virtud del art. 106 de la Constitución (Párr. 2, pág. 6, AyS 796), apoyado en la opinión de Rafael Bielsa⁵.

El siguiente voto correspondió al ministro Luis María Benítez Riera. El Dr. Benítez Riera concordó con el Dr. Ramírez Candia y se adhirió, por tanto, a la primera tesis de la caducidad del procedimiento administrativo. Su disidencia estuvo en la imposición de costas a los funcionarios públicos, dado que no tuvieron intervención en el proceso contencioso. Imponerles las costas, en su opinión, violaría el art. 16 de la Constitución y la defensa en juicio (Párr. 1, pág. 7, AyS 796), por lo que las impuso a la DNA.

El último voto correspondió a la ministra María Carolina Llanes. La Dra. Llanes concordó con el Dr. Ramírez Candia (Párr. 3, pág. 7, AyS 796) y se adhirió, por tanto, a la primera tesis de la caducidad del procedimiento administrativo. Realizó precisiones en lo excesivo de los plazos en ciertas etapas de pruebas y alegatos (Párr. 4, pág. 7, AyS 796) así como en los plazos para dictar resoluciones (Párr. 1, pág. 8, AyS 796). De ahí que haya sostenido que “el sumario administrativo aduanero no puede constituirse en un proceso indefinido en el tiempo” (Párr. 3, pág. 8, AyS 796), lo que configuró la vulneración del debido proceso en sede administrativa. Para la Dra. Llanes, el argumento de la DNA sobre la aplicación supletoria del código procesal penal y la extensión del plazo máximo a 4 años resulta improcedente, pues “implicaría suplir de manera innecesaria claras previsiones contenidas en el Código Aduanero, el cual establece plazos específicos para cada una de las etapas del sumario administrativo” (Párr. 1, pág. 9, AyS 796). Lo supletorio únicamente debe llenar los “eventuales vacíos legales”, lo que no ocurre en la Ley 2422. Para la Dra. Llanes, “tolerar una duración como la planteada por la representación apelante implicaría desfigurar el carácter sumario” (Párr. 2, pág. 9, AyS 796). Las costas fueron impuestas a la DNA.

El Acuerdo y Sentencia 796 del 17 de agosto de 2021 reunió, pues, la posición unánime de los tres ministros originarios de la Sala Penal de la CSJ, en la primera tesis de la caducidad del procedimiento administrativo. Todos coincidieron en que los plazos de las etapas de un sumario administrativo debieron sumarse matemáticamente, pues su carácter perentorio e improrrogable, en base al principio de legalidad, impuso a la Administración el deber legal de cumplirlos y no excederlos. Todos sostuvieron las mismas razones (tesis); coincidieron en que los sumarios administrativos se iniciaron con el auto de instrucción y culminaron con la resolución del administrador; en que se rigieron por las mismas leyes, tanto el código aduanero –Ley 2422– como la de los trámites administrativos –Ley 4679–; en que los sumarios caducan o perimen. Y, sobre todo, en que la caducidad debe juzgarse preliminarmente, sin entrar al fondo (infracción aduanera). Para la Sala Penal de la CSJ, el concepto de caducidad fue unívoco.

⁵ Bielsa, Rafael “Estudios de Derecho Público”. Tomo IV, Ed. Depalma, Buenos Aires. 1962. Págs. 309/310 (la cita es mencionada de esta manera en el Acuerdo y Sentencia 796).

A partir de aquí termina el contexto temporal del caso que atendimos e inicia el análisis de otras sentencias dictadas en el mismo sentido. Sin embargo, el lector puede realizar la misma inferencia, determinando en estos casos –o en sus propios casos– si la sumatoria de días hábiles transcurridos entre el dictado del auto de instrucción sumarial (inicio) y la resolución del administrador (conclusión) se supera o no el plazo establecido en la norma, proveniente de la sumatoria de los días hábiles establecidos en ella. Pero avancemos un poco más.

Decíamos más arriba que el voto del Dr. Ávalos en el Tribunal de Cuentas culminaba con la mención de un precedente. El Acuerdo y Sentencia 503 del 29 de mayo de 2017 fue dictado por la Sala Penal de la CSJ⁶. Esta sentencia tuvo por desistido el recurso de nulidad de la DNA, rechazó su recurso de apelación y confirmó el Acuerdo y Sentencia 286 del 10 de junio de 2015 dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala). El Acuerdo y Sentencia 503 del 29 de mayo de 2017 inició sus consideraciones con el voto del ministro Sindulfo Blanco. Luego de reseñar las actuaciones del caso, el Dr. Blanco consideró que la DNA sostuvo los mismos argumentos del 2020; es decir, que ningún artículo del código aduanero establece expresamente la caducidad del sumario administrativo y, en su caso, aplican de manera supletoria las disposiciones del código procesal penal con una duración máxima de cuatro años (Párr. 1, pág. 2, AyS 503).

El Dr. Blanco coincidió en que el punto de partida para considerar la duración de un sumario se inicia con el auto de instrucción, pero a diferencia de los demás, refirió a su notificación (Párr. 3, pág. 5, AyS 503) y concluye con la resolución del administrador (Párr. 1, pág. 6, AyS 503). Sobre este punto, realizó una precisión importante. El sumario concluye con la resolución del administrador “aunque podría bien determinar esa culminación la resolución [...] dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, en grado de apelación” (sic). Sin embargo, en su opinión, “esta última resolución tan solo ratifica lo resuelto en la resolución [...] que efectivamente pone fin al procedimiento” (Párr. 1, pág. 6, AyS 503). Con esta precisión, el Dr. Blanco señala que la reconsideración en sede administrativa solo ratifica –o, en su caso, revoca– la conclusión del sumario. Pero es siempre la resolución del administrador la que concluye el procedimiento. El Dr. Blanco se detuvo en el art. 356 del Código Aduanero y rescató la idea compartida por los magistrados; los plazos son improrrogables y perentorios. Pero surge con mayor precisión en sus consideraciones, que el sumario “deberá ser desarrollado en plazo razonable, teniendo en cuenta que la duración del proceso sumarial no podrá extenderse sine die, en perjuicio del administrado” (Párr. 1, pág. 7, AyS 503). Esta idea de “plazo razonable” o “duración razonable” está presente en los votos del Dr. Ávalos, del Dr. Ramírez Candia y de la Dra. Llanes, aunque no está referida a una idea de “caducidad” o “perención” como votaron los demás. En su opinión, un procedimiento sumarial puede iniciarse de oficio, autoriza atribuciones de practicar averiguaciones, investigaciones, análisis o verificaciones pertinentes,

⁶ Expediente: “Galerías Guaraní S.A. c/ Res. N° 23 del 23 de agosto de 2013 y otra dictada por la Dirección Nacional de Aduanas” (Expediente N° 347, Folio 56 vlt., año 2013), tramitado originariamente ante el Tribunal de Cuentas (2ª Sala).

otorga atribuciones para que la autoridad administrativa inste el procedimiento. Ahora bien, “mal podría aceptarse que el sumario se extienda a trescientos días, sin que ello signifique que se pretenda limitar el tiempo de duración de este de manera genérica, fijando como tope máximo un plazo único, sino que cada caso sea analizado, aislándolo como particular y concreto, respetando el principio de plazo razonable”. Esta es la cuarta tesis o principio de plazo razonable. El Dr. Blanco, a diferencia de quienes suscriben la caducidad del procedimiento (primera tesis), la caducidad de la instancia (segunda tesis) o la caducidad de instancia equivalente a plazo máximo (tercera tesis), afirmó que este plazo razonable no se fija en abstracto, sino en concreto y conforme las disposiciones normativas contenidas en el Código Aduanero, “en el cual se establecen las etapas procedimentales de manera concatenada y cronometrada” (Párr. 3, pág. 7, AyS 503), buscando de esta manera evitar la “duración indefinida” del procedimiento. No implica una idea de caducidad, sino un principio procesal que subordina la actuación de la administración al marco legal de sus funciones regladas, cuyo incumplimiento no puede aceptarse “en perjuicio del administrado” (Párr. 1, pág. 7, AyS 503). En la apreciación del argumento de la DNA sobre el código procesal penal, coincidió con la Dra. Llanes en que no existe laguna en la legislación aduanera (Párr. 4, pág. 7, AyS 503), por lo que no procede su aplicación supletoria. Queda por señalar que el Dr. Blanco no limitó su voto al análisis preliminar de la duración razonable, sino que también resolvió la cuestión de fondo. Señaló que “los tribunales en grado de apelación, se encuentran obligados a referirse a todas las cuestiones, articuladas por las partes” (Párr. 2, pág. 8, AyS 503). Respetó cabalmente la congruencia –*tantum appellatum quantum devolutum*–.

El siguiente voto fue el del ministro Luis María Benítez Riera, quien se adhirió al voto del ministro Blanco. Con ello suscribió la cuarta tesis o principio de plazo razonable. Esta posición, empero, fue distinta a la caducidad del procedimiento administrativo (primera tesis) que había asumido antes (Párr. 1, pág. 7, AyS 796). Ora por caducidad del procedimiento; ora por duración razonable, los sumarios no pueden ser indefinidos en el tiempo. Por su parte, el último voto fue de la Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa quien adhirió íntegramente al voto del ministro Blanco y suscribió la cuarta tesis o principio de plazo razonable. Trajo a colación dos fallos⁷, uno de los cuales será analizado más adelante.

Antes de continuar con el análisis del fallo traído a colación por la Dra. Pucheta, es importante señalar que el Acuerdo y Sentencia 503 del 29 de mayo de 2017 dictado por la Sala Penal de la CSJ confirmó el Acuerdo y Sentencia 286 del 10 de junio de 2015 dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala). Este es el que analizaré a continuación. El Acuerdo y Sentencia 286 del 10 de junio de 2015 inició sus consideraciones con el voto del Dr. Ramón Rolando Ojeda. Luego de reseñar extensamente las actuaciones del caso, donde anecdóticamente se observó la defensa del abogado Julio César Giménez Alderete, el Dr. Ojeda consideró la Resolución 23 del 23 de agosto de 2013 de la DNA (Párr. 3, pág. 19, AyS 286) y la procedencia de la acción contenciosa. En lo que refiere a nuestro tema, el Dr. Ojeda afirmó que para la autoridad administrativa “rige toda su amplitud

⁷ Acuerdo y Sentencia 1200 del 2 de diciembre de 2014 y Acuerdo y Sentencia 29 del 3 de febrero de 2013; ambos dictados por la Corte Suprema de Justicia (la cita es mencionada de esta manera en el Acuerdo y Sentencia 503).

del rigorismo procesal, esto es el apego necesario e irrestricto a las normas de procedimiento establecidas” (Párr. 2, pág. 21, AyS 286). Siguiendo a Rafael Bielsa, el cumplimiento de la forma es la regla. El Dr. Ojeda no analizó la duración del sumario como una cuestión preliminar en desmedro de todo lo demás. Por el contrario, ingresó primero al fondo de la cuestión (infracción aduanera) para luego centrarse en el “análisis de las cuestiones de forma” (Párr. 3, pág. 25, AyS 286). Consideró los argumentos del accionante sobre la “caducidad del sumario” y se remitió al inicio del sumario, que identificó con el auto de instrucción (Párr. 3, pág. 25, AyS 286). Al igual que los demás magistrados, el sumario se inició con el auto de instrucción y concluyó con la resolución del administrador (Párr. 1, pág. 26, AyS 286). Entre ambas fechas, “haciendo un simple cálculo matemático de los plazos” (Párr. 2, pág. 26, AyS 286), encontró que la suma de todos ellos alcanzó 98 días hábiles; una leve diferencia a los 92 días hábiles del Dr. Ramírez Candia (Párr. 1, pág. 5, AyS 796). Al igual que la “benevolencia” del Dr. Ávalos, elevó al doble la sumatoria inicial, estimando otras diligencias y medidas de mejor proveer que podría utilizar la administración, llevándolo a 196 días hábiles, lo que consideró “un término más que razonable para concluir las actuaciones” (Párr. 2, pág. 26, AyS 286). Para el Dr. Ojeda, “si el propio Código Aduanero establece que los plazos son perentorios e improrrogables y que producen el efecto respectivo por el transcurso del tiempo, conduce inevitablemente a considerar que se ha producido la caducidad del sumario” (Párr. 3, pág. 26, AyS 286). Esta es la primera tesis o caducidad del procedimiento administrativo. De manera similar al ministro Blanco, señaló que el abogado fiscal y la jueza instructora debieron instar el procedimiento. La Administración “es a la vez parte e investigadora, en una especie de procedimiento inquisitorial”, algo que no ocurría con el anterior Código Aduanero -Ley 1173/85- “que no disponía la perentoriedad de los plazos” (Párr. 1, pág. 27, AyS 286). Recordó que el anterior Decreto Reglamentario 15.813/86 establecía la duración del sumario en noventa días, pero no disponía plazos perentorios. Para el Dr. Ojeda, “lo mencionado recientemente constituye fundamento suficiente para la anulación de los actos administrativos impugnados” (Párr. 1, pág. 27, AyS 286)

Los magistrados Arsenio Coronel Benítez y Mario Maidana Griffith se adhirieron íntegramente al voto del Dr. Ojeda. En dicho sentido, el Acuerdo y Sentencia 286 del 10 de junio de 2015 dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala) suscribió la primera tesis o caducidad del procedimiento administrativo, por haberse superado excesivamente la duración establecida en sus plazos. El Tribunal de Cuentas no descartó el fondo, que también consideró en el fallo. Sin embargo, sí entendió que, allende las razones de la infracción aduanera, sobre la base de la perentoriedad de los plazos, “constituye fundamento suficiente para la anulación de los actos administrativos impugnados”.

Habíamos señalado que la Dra. Alicia Beatriz Pucheta de Correa, quien adhirió al voto del ministro Blanco, trajo a colación dos fallos. Uno de ellos, el Acuerdo y Sentencia 1200 del 2 de diciembre de 2014, dictado por la Sala Penal de la CSJ⁸, será analizado a continuación. Esta sentencia confirmó, con costas,

⁸ Expediente: “Multibras Energy S.A. c/ Res. N° 843 del 3 de diciembre de 2010 dictada por la Dirección Nacional de Aduanas”, tramitado originariamente ante el Tribunal de Cuentas (2ª Sala).

el Acuerdo y Sentencia 253 del 9 de julio de 2013, dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala), que había hecho lugar a la acción contenciosa administrativa y revocado la resolución del administrador de la DNA. La DNA interpuso recurso de apelación y nulidad. El Acuerdo y Sentencia 1200 del 2 de diciembre de 2014 inició sus consideraciones con el voto del ministro Luis María Benítez Riera. Luego de reseñar las actuaciones del caso, el Dr. Benítez Riera afirmó que la DNA mantuvo su postura en sus agravios, señalando que el Código Aduanero no establece plazo taxativo para la conclusión del sumario administrativo (Párr. 4, pág. 2, AyS 1200).

El Dr. Benítez Riera consideró que correspondió analizar “en primer término” la duración del sumario administrativo (Párr. 2, pág. 3, AyS 1200). Sobre dicha base, señaló que la sentencia impugnada dejó constancia de que “la instrucción del sumario administrativo data del mes de septiembre de 2008, habiendo concluido el mismo con la Resolución D.N.A. N° 5, del mes de octubre de 2010, es decir, más de 25 meses” (Párr. 2, pág. 3, AyS 1200). El Dr. Benítez Riera consideró los plazos son perentorios e improrrogables del art. 356 de la Ley 2422 y que la DNA debió ceñirse estrictamente a la ley y a las demás normas reglamentarias (Párr. 4, pág. 3, AyS 1200). Por esa razón, que el sumario administrativo haya tenido “una duración de 25 meses, período de tiempo que excede ampliamente los plazos previstos en el Arts. 362, 366, 367 y demás concordantes de la Ley 2422/04 [...] demuestra la excesiva duración del procedimiento sumarial y la absoluta pasividad administrativa, sobrepasando largamente los plazos establecidos en el Código Aduanero” (Párr. 1, pág. 4, AyS 1200). Para el Dr. Benítez Riera esta fue una situación “estrictamente procesal” que “imposibilita el estudio del fondo de la cuestión, por lo que no corresponde hacer referencia a los demás argumentos vertidos por la apelante” (Párr. 2, pág. 4, AyS 1200) y señaló que este es un criterio sostenido con anterioridad, mencionando una sentencia que será estudiada más adelante⁹. Con esta postura, sin aludir a caducidad ni perención alguna, suscribió la cuarta tesis o principio de plazo razonable.

Luego le correspondió votar a la ministra Alicia Pucheta de Correa. La Dra. Pucheta se adhirió al voto del Dr. Benítez Riera y enfatizó que “el punto central de discusión gira en torno al plazo de duración del procedimiento sumarial, y la excesiva pasividad por parte del Ente Público” (Párr. 5, pág. 4, AyS 1200). Señaló que el Tribunal de Cuentas expresó que el período de duración del sumario excedió ampliamente los plazos previstos en el Código Aduanero “que apenas alcanzan los 107 días hábiles” (Párr. 2, pág. 5, AyS 1200). Para los magistrados, independientemente de que la sumatoria de los plazos alcance los 92 días hábiles del Dr. Ramírez Candia, los 98 días hábiles del Dr. Ojeda o los 107 días hábiles de la Dra. Pucheta, el exceso se produce cuando esta sumatoria supera estas cifras o su eventual duplicación, en atención a la “benevolencia” del Dr. Ávalos o del Dr. Blanco. La Dra. Pucheta rescató el mismo precedente que su preopinante –Acuerdo y Sentencia 751– y señaló el numeral 10) del art. 17 de la Constitución que establece que “el sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley...” (Párr. 4, pág. 5, AyS 1200). Afirmó que “esta norma constitucional se ciñe a los principios republicanos de gobierno inspirados en

⁹ Acuerdo y Sentencia 751 del 16 de julio de 2013 (la cita es mencionada de esta manera en el Acuerdo y Sentencia 1200).

dos presupuestos esenciales: la limitación temporal de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en el sistema. Esta posición no busca otra cosa sino la fijación de límites en la duración de todos los procesos tanto penales como aquellos del cual pueden derivarse una sanción, por ende, los mismos resultan aplicables a los sumarios administrativos con la finalidad de combatir el retardo injustificado de la administración de justicia, en cumplimiento del certero adagio que prodiga que ‘la justicia tardía equivale a la consagración de la injusticia’.” (Párr. 1, pág. 6, AyS 1200). Reconforta leer en la opinión de los magistrados la reminiscencia republicana y el acento puesto en el ciudadano administrado. La Dra. Pucheta entendió que el Código Aduanero “reformula la garantía constitucional” en su artículo 356 al establecer los plazos perentorios e improrrogables (Párr. 2, pág. 6, AyS 1200) y su incumplimiento “trae aparejado de por sí la nulidad del sumario administrativo” (Párr. 3, pág. 6, AyS 1200). Concluyó su voto trayendo a colación un precedente judicial¹⁰ y suscribiendo la cuarta tesis o principio de plazo razonable.

El último voto fue del ministro Sindulfo Blanco quien se adhirió a los votos anteriores. De esta manera, el Acuerdo y Sentencia 1200 del 2 de diciembre de 2014, dictado por la Sala Penal de la CSJ, reunió de manera unánime la posición de sus miembros en base a la cuarta tesis o principio de plazo razonable, defendiendo la sumatoria de plazos perentorios e improrrogables. Enfatizó el análisis preliminar de la tesis que, de generar irregularidad, deviene innecesario el estudio del fondo.

El Acuerdo y Sentencia 751 del 16 de julio de 2013 fue dictado por la Sala Penal de la CSJ¹¹ y citado varias veces como un precedente relevante. Rechazó la nulidad del Acuerdo y Sentencia 200 del 30 de mayo de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala) y no hizo lugar al recurso de apelación de la DNA, confirmándolo, con costas. A diferencia de los fallos hasta aquí analizados que declararon desiertos los recursos de nulidad, este sí lo resuelve. El primer voto correspondió al ministro Sindulfo Blanco. Al considerar los antecedentes del caso, el Dr. Blanco señaló que “en la inteligencia del Tribunal a quo, el que entendió que la duración del procedimiento sumarial, el que se extendió desde el mes de agosto de 2009 al mes de junio de 2010, totalizando 22 meses, lo que sirvió para aparejar la caducidad del mismo” (Párr. 2, pág. 1, AyS 751). Según su relato, la DNA sostuvo en su defensa que el Tribunal de Cuentas realizó una “interpretación extensiva” de la Ley 2422/04, la que no establece el plazo máximo aludido. Al adentrarse en el análisis de las posiciones, recordó que la Ley 2422 “derogó al régimen positivo anterior, contenida en la Ley N° 1173/85 de fecha 17 de diciembre de 1985” (Párr. 4, pág. 2, AyS 751) y precisó que el Decreto 15.813/86 reglamentario establecía el plazo de 90 días para la tramitación del sumario administrativo, “lo que resultaba meramente referencial”, pues su incumplimiento

¹⁰ Acuerdo y Sentencia 29 del 3 de febrero de 2013 dictado por la Sala Penal en la causa “Eduardo Vera Brítez c/ Res. N° 4 del 24 de marzo de 2008 del Adm. De Aduanas del Puerto de Caacupemí y la resolución denegatoria ficta de la DNA (la cita es mencionada de esta manera en el Acuerdo y Sentencia 1200).

¹¹ Acuerdo y Sentencia 751 del 16 de julio de 2013 dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el expediente “Wali Anime Sweid c/ Resolución N° 494 del 29 de julio de 2010 dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, tramitado originariamente ante el Tribunal de Cuentas, 2ª Sala.

to o exceso en el desarrollo “no establecía consecuencia alguna, ni establecía perentoriedad de los plazos que asistían al desenlace procedimental bajo dicho régimen legal” (Párr. 5, pág. 2, AyS 751). Explicó que esa fue la razón por la cual la Sala Penal de la CSJ había resuelto de manera distinta en el 2007¹².

En la opinión del Dr. Blanco, la “imprevisión de orden normativo” de la Ley 1173, producto “probablemente de una deficiente técnica legislativa” le impuso la obligada lectura del Título XIII, Sección II de la Ley 2422 que establece los plazos perentorios e improrrogables (art. 356). “Dicha variación de orden normativo, produce lógicamente sus consecuencias afectando directamente a los sumarios administrativos cumplidos por ante la autoridad aduanera”. Sobre el mismo tema, “la duración del sumario administrativo bajo el nuevo régimen aduanero, no se registran precedentes ante esta instancia, por lo que la resolución del presente caso, puede definir un nuevo criterio” (Párr. 3, pág. 3, AyS 751). Este nuevo criterio no es otro que la cuarta tesis o principio de plazo razonable. El Dr. Blanco estableció –siguiendo a Eduardo Couture– que perentorio es un “atributo o calidad del término procesal que caduca por el solo ministerio de ley, sin necesidad de declaración alguna, y provoca de manera automática la extinción del derecho a realizar el acto procesal pendiente” (Párr. 4, pág. 3, AyS 751) y que improrrogable es un “atributo o calidad de un término que obsta a su extensión a un mayor número de días que los señalados por la ley para la realización del acto para el cual fue otorgado” (Párr. 4, pág. 3, AyS 751). De esta manera, dedujo que los plazos perentorios e improrrogables de la Ley 2422/04 (art. 356) “producen el efecto respectivo por el solo transcurso del tiempo” (Párr. 1, pág. 4, AyS 751). El ministro no se detuvo en la sola consideración de una opinión doctrinaria. Sostuvo que la perentoriedad ni la improrrogabilidad “carecerían de la potencialidad” de surtir sus plenos efectos respecto a los plazos del sumario, “si él mismo no fuere expresamente estipulado con un máximo de duración en él tiempo” (Párr. 2, pág. 4, AyS 751). La “potencialidad”, en su opinión, se alcanza con la integración del numeral 10) del art. 17 de la Constitución, del art. 8 del Pacto de San José, la aplicación supletoria del Código Procesal Penal autorizada por el art. 380 del Código Aduanero y el art. 136 del Código Procesal Penal que establece que “toda persona tendrá derecho a una resolución judicial definitiva en un plazo razonable” (Párr. 3, pág. 4, AyS 751). Con esta inferencia, el Dr. Blanco estableció en el principio procesal de “transitoriedad” de Adolfo Alvarado Velloso, por la sola razón de que los procesos no pueden ser indefinidos (Párr. 4, pág. 4, AyS 751).

“La idea de un proceso indefinido en el tiempo –sea este sumarial u ordinario– colisiona con la idea del debido proceso, garantía de rango constitucional”. Es insostenible que un sujeto de derecho, un ciudadano administrado sea “sometido de manera indefinida y abiertamente atemporal al sumario practicado contra el mismo por la administración pública [...]” (Párr. 1, pág. 5, AyS 751). Para el Dr. Blanco, es necesaria la regulación legal que expresamente imponga un límite “perfectamente delimitado o delimitable en el tiempo” (Párr. 2, pág. 5, AyS 751). Esta regulación es el art. 356 del Código Aduanero (Párr. 3, pág. 5, AyS 751).

¹² Acuerdo y Sentencia 12 del 7 de febrero de 2007, dictado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el expediente “Reconstitución de Transporte S.R.L. c/ Resoluciones N° 3 del 18 de abril de 2001 de la Administración de Aduana de Ciudad del Este y la N° 169 del 8 de noviembre de 2002, de la Dirección Nacional de Aduana”.

Pese a ello, consideró prudente no “incurrir en limitaciones indeseadas” (Párr. 4, pág. 5, AyS 751), de ahí que no esté conforme con la idea del Tribunal de Cuentas de establecer en abstracto un número máximo de días –107, en el caso–. Para el Dr. Blanco, como la cuantificación no está dada por la regulación ni la reglamentación, cada sumario debe “ser analizado como caso particular y concreto” a fin de poder ser determinado si se respetaron o no cada plazo de cada etapa, considerando todas las variables, para con ello, “ser determinada la oportunidad o no del total resultante” (Párr. 5, pág. 5, AyS 751); una idea ya analizada (Párr. 3, pág. 7, AyS 503). Sobre estas consideraciones, resolvió rechazar la nulidad pretendida por la DNA. Los ministros Luis María Benítez Riera y Alicia Pucheta de Correa, en ese orden, se adhirieron al voto por los mismos fundamentos.

Me gustaría terminar el análisis de las posiciones de los magistrados con la consideración del Acuerdo y Sentencia 200 del 30 de mayo de 2012, dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala)¹³, que fue confirmado por el Acuerdo y Sentencia 751 del 16 de julio de 2013, que la Sala Penal de la CSJ cita como precedente relevante. El Acuerdo y Sentencia 200 del 30 de mayo de 2012 hizo lugar a la acción contenciosa contra la Resolución 16 del 18 de junio de 2010 y la Resolución 494 del 29 de julio de 2010 de la DNA, revocando los actos administrativos, con costas. Esta es una sentencia puntualmente interesante, porque el Tribunal de Cuentas la dictó con anterioridad a la vigencia de la Ley 4679. La Ley 4679 de trámites administrativos fue sancionada el 5 de agosto de 2012 y promulgada el 18 de agosto de 2012, un par de meses después del fallo. De ahí que la idea de un exceso en la duración no haya sido –aún– asimilada a la caducidad o perención de instancia establecida en la ley.

El primer voto correspondió al magistrado Arsenio Coronel Benítez. El fallo analizó extensamente los antecedentes del caso. Y para mi gusto y satisfacción, el accionante Wali Anime Sweid fue defendido por el abogado Julio César Giménez Alderete. El Dr. Coronel consideró la posición de las partes. Entre ellas, la “caducidad” afirmada por la actora, dada la superación de los plazos perentorios (Párr. 1, pág. 3, AyS 200) y la oposición de la DNA sobre la base de que el impuso no estuvo presente en la sumariada (Párr. 1, pág. 10, AyS 200). El Dr. Coronel empezó con “el aspecto formal del acto administrativo” (Párr. 6, pág. 13, AyS 200). Recordó que “como todo órgano administrativo, la Dirección Nacional de Aduanas debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la Ley N° 2422/04 y demás normas reglamentarias” y “que en el derecho administrativo rige el principio de la legalidad, según el cual todo aquello que no esté expresamente permitido, está prohibido” (Párr. 1, pág. 14, AyS 200). Al estudiar los antecedentes administrativos, notó que la instrucción del sumario fue de agosto de 2008 y la resolución del administrador de junio de 2010. En este lapso “transcurrieron más de 22 meses, casi dos años, período de tiempo que excede ampliamente los plazos previstos en el Arts. 362, 366, 367 y demás concordantes de la Ley 2422/04, que apenas alcanzan los 107 días hábiles” (Párr. 2, pág. 14, AyS 200). Consideró la posición de la DNA, que pretendió trasladar el impulso o la instancia del procedimiento a la sumariada, como una “actitud realmente notoria y llama-

¹³ Expediente “Wali Anime Sweid c/ Resolución N° 494 del 29 de julio de 2010 dictada por la Dirección Nacional de Aduanas, tramitado ante el Tribunal de Cuentas, 2ª Sala.

tiva” (Párr. 3, pág. 14, AyS 200), “un pretexto” con el que quiso soslayar el hecho de que “es el órgano administrativo el que se encuentra compelido, por imperio de ley, a cumplir con los requisitos formales establecidos en la norma” (Párr. 4, pág. 14, AyS 200).

El Dr. Coronel citó el art. 356 del Código Aduanero (Párr. 5, pág. 14, AyS 200) y enfatizó el incumplimiento de los plazos perentorios, en lo que consideró la “mora administrativa” y el “irrespeto del órgano administrativo a las expresas y contundentes disposiciones legales” (Párr. 1, pág. 15, AyS 200). Por último, en lo referente a nuestro tema, citó precedentes dictados por el Tribunal de Cuentas en ambas salas¹⁴ (Párr. 2, pág. 15, AyS 200) y concluyó que, “todo lo antedicho, de por sí y antes inclusive de estudiar las cuestiones de fondo, sirven de mérito suficiente como para declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados por la demandante, en virtud a los evidentes vicios formales que los caracterizan” (Párr. 3, pág. 15, AyS 200). Los magistrados Amado Verón Duarte y Ramón Rolando Ojeda se adhirieron íntegramente al voto.

Consideraciones finales

El análisis de todas estas sentencias muestra que existe un claro criterio jurisprudencial. Un criterio no solo claro, sino establecido y al que los magistrados otorgaron y siguen otorgando altísima relevancia. Los tribunales de cuentas, en sus dos salas, mantuvieron el criterio en sus sentencias durante los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2015, 2016, 2017, 2018, 2020. La Sala Penal de la CSJ inició la elaboración del criterio a partir del 2013 y continuó haciéndolo en los años 2014, 2017, 2018, 2020, 2021. En todas estas sentencias los magistrados concuerdan en que la duración razonable de un proceso (procedimiento) administrativo debe sostenerse, pues no es aceptable su duración indefinida, considerando –en todos los casos– el carácter perentorio e improrrogable de los plazos legales. Todo sumario se inicia con un auto de instrucción y concluye con la resolución del administrador, entendido este como el primer funcionario en resolver la cuestión. Los funcionarios superiores, atendiendo reconsideraciones, revisiones o apelaciones, se limitan a reconsiderar, revisar, revocar o confirmar sumarios concluidos. De ahí que el cómputo de toda duración inicia con el auto de instrucción y termina con la primera resolución. El sumario es concebido como un proceso del cual puede proceder una sanción. Respetar los plazos legales implica un deber de legalidad, enmarcado en las disposiciones constitucionales del debido proceso (art. 17, num. 10, Constitución) y protegido por las garantías judiciales del Pacto de San José (art. 8). La Ley 1/89 establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter. Los tribunales

¹⁴ Acuerdo y Sentencia N° 26 del 29 de abril de 2008 dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala); Acuerdo y Sentencia N° 115 del 10 de agosto de 2009 dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala); Acuerdo y Sentencia N° 32 del 13 de mayo de 2010 dictado por el Tribunal de Cuentas (1ª Sala) y Acuerdo y Sentencia N° 362 del 11 de septiembre de 2011 dictado por el Tribunal de Cuentas (2ª Sala).

de cuentas, en ambas salas, y la Sala Penal de la CSJ rescatan esta perspectiva normativa y se citan recíprocamente, lo que muestra la presencia ininterrumpida del criterio de los magistrados; clara muestra de una jurisprudencia constante y uniforme en el juzgamiento de situaciones similares. El criterio, si bien fue analizado en las discusiones con la DNA, puede trasladarse y aplicarse perfectamente a toda la administración pública, como ocurre en el Acuerdo y Sentencia 328 del 23 de junio de 2020, dictado por la Sala Penal de la CSJ¹⁵, el cual alcanzó al Instituto Nacional de Cooperativismo (INCOOP). Un criterio que no se agota en la aplicación del Código Aduanero ni en la perención o caducidad de instancia administrativa, pues los tribunales de cuentas, en sus dos salas, dieron muestra de ello en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, antes de la vigencia de la Ley 4679/12, lo que denota con mayor énfasis una construcción jurisprudencial.

El criterio, sin embargo, como lo adelantaba al inicio, reposa sobre diferentes perspectivas –tesis– que pueden resumirse en cuatro. 1) un sumario no debe durar indefinidamente, pues el exceso de la sumatoria de los plazos legales establecidos en cada una de sus etapas supone la caducidad del sumario administrativo –primera tesis–; 2) un sumario no debe durar indefinidamente, pues la no instancia de su curso dentro de los plazos legales, entre sus etapas, supone la caducidad de la instancia administrativa –segunda tesis–; 3) un sumario no debe durar indefinidamente, pues si su duración excede el plazo máximo de 6 meses establecido en la Ley 4679/12, supone la caducidad de la instancia entendida como plazo máximo –tercera tesis–; y 4) un sumario no debe durar indefinidamente, pues el exceso de la sumatoria de los plazos legales supone el incumplimiento del principio de duración razonable –cuarta tesis–.

El análisis de las principales sentencias fue mostrando –a lo largo del trabajo– las diferencias que se dan entre unas y otras tesis. Destaca adrede la posición de cada uno de los magistrados que votaron y consideraron las razones para sostener cada una de ellas. Esta muestra deliberada pretende que el análisis de la jurisprudencia no se limite a la compilación inconexa de sentencias en determinado sentido, sino que aspira a que la interconexión de sus razones y del voto de cada magistrado se transforme en seguridad jurídica. Conocer cómo piensan las salas es importante; conocer cómo piensan sus magistrados es indispensable. Si el lector me permite una digresión, el análisis de la posición de cada magistrado reconoce también el esfuerzo intelectual de los jueces. Es curioso que, en la cita doctrinaria, los juristas estilemos enfatizar los autores de los libros; no así en la cita jurisprudencial, donde omitimos enfatizar el pensamiento de los jueces. Este análisis permite ver también que las tesis se contradicen y quizá este sea uno de los trabajos pendientes por realizar. Es decir, no sólo observándolos en los comentarios a las sentencias, sino observándolos desde el interior de los colegiados que componen las salas en los tribunales, unificando

¹⁵ Acuerdo y Sentencia N° 328 del 23 de junio de 2020 dictado por la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) en el expediente caratulado: "Darío Galván Díaz c/ Resolución 13.547 del 9 de junio de 2015 y otra dictada por el Instituto Nacional de Cooperativismo (INCOOP). En este caso fueron aplicadas la Ley 438/94 de Cooperativas, el Decreto 14.052/96 que reglamenta la Ley 438/94 y la Ley 2157/03 que regula el funcionamiento del Instituto de Cooperativismo y establece su carta orgánica. De manera supletoria se aplicó la Ley 1337/88 que establece el Código Procesal Civil y la Ley 4679/12 de trámites administrativos. Un tema no menor es que la Corte Suprema de Justicia no se limitó a revocar la sentencia del Tribunal de Cuentas (2ª Sala), sino que resolvió expresamente "declarar la caducidad y extinción del sumario administrativo" (numeral 3).

el voto de sus miembros. Solo revisando las posiciones que defienden el cálculo matemático encontramos 92, 98, 107 o 108 días hábiles en la misma norma, sin considerar la benevolencia que puede duplicarlos. Esta discrepancia no sólo es matemáticamente inaceptable, sino que su ambigüedad se traduce en inseguridad jurídica.

El proceso contencioso administrativo tiene normas específicas. Pero ello no supone que todo el restante sistema jurídico positivo devenga inaplicable. El trabajo de los jueces consiste en aplicar la ley la que se extrae del plexo entero de leyes que compone el sistema. En mi opinión, la aplicación supletoria del Código Procesal Penal –Ley 1286/98– establecida en el Código Aduanero –Ley 2422/04– debe considerarse al interior del ámbito aduanero. Pero procesalmente, conforme el art. 5 de la Ley 1462/35, la sustanciación del proceso contencioso administrativo debe también observar disposiciones del Código Procesal Civil –Ley 1337/88– y de leyes especiales sobre la materia, como lo advirtió correctamente el Dr. ESCOBAR. A ello debe sumarse la aplicación supletoria que el Código Procesal Civil establece para los procesos sustanciados en otros fueros (art. 836). En este conglomerado de normas –Ley 1462, códigos Procesal Civil, Procesal Penal, Aduanero y Ley 4679– el concepto de “caducidad de instancia” tiene connotaciones normativas diferentes, de ahí que su aplicación al mismo fenómeno pueda generar contradicciones que trataré de advertir. La caducidad y la perención de instancia no son sinónimas en el Código Procesal Civil como sí lo son en la Ley 4679 (art. 15). El Código Procesal Civil no establece normativamente en ningún sólo lugar el concepto de perención, independientemente de cómo la denominemos en la jerga. El Código Procesal Penal no establece normativamente en ningún sólo lugar el concepto de caducidad, aunque sí establece el concepto de perención para su etapa preparatoria (art. 139) y como efecto del abandono del procedimiento especial para la acción de reparación de daños (art. 448). Sí establece, por su parte, el concepto de duración máxima (art. 136) que ni el Código Procesal Civil ni la Ley 1462 ni la Ley 4679 establecen. La Ley 1462 no establece normativamente ni la caducidad ni la perención, aunque sí establece el abandono (art. 8), que tiene connotaciones similares en la Ley 4679 (art. 11) pero distintas en el Código Procesal Penal (arts. 106, 294, 426, 448) y en el Código Aduanero (arts. 163, 301). En este sentido, es dable sostener las contradicciones conceptuales que un mismo término puede tener por las connotaciones que recibe de sus propias normativas e, incluso, de cada magistrado. Advertida esta cuestión, los términos “caducidad”, “perención”, “abandono” y “duración razonable” podrían no tener la misma connotación como de hecho se aprecia en el análisis de las sentencias, de ahí que su ambigüedad exija mayor cuidado en el uso y aplicación que les damos en nuestros escritos y en nuestras sentencias.

A lo dicho debe sumarse que “caducidad de instancia” no equivale necesariamente a “caducidad del proceso (o procedimiento)”, pues en el proceso civil pueden caducar incidentes (instancias) o recursos (instancias), que no necesariamente suponen grados de conocimiento judicial que traigan como efecto la terminación definitiva del proceso principal, sino de determinada instancia (incidental o recursiva). Dicho en términos más simples, la caducidad de la instancia

no termina necesariamente un proceso civil. Entiendo que esta posición, establecida normativamente en el Código Procesal Civil y en la Ley 4679, descarta la validez de una caducidad del procedimiento administrativo –primera tesis–. Un sumario no debe durar indefinidamente. Pero el incumplimiento de los plazos legales establecidos en la norma en cuestión para desarrollar sus etapas o el exceso que su sumatoria produce, no supone ni necesaria ni normativamente, la “caducidad del procedimiento”. Habrá un incumplimiento normativo, una irregularidad por el incumplimiento de la norma (regla), pero no existe en los casos analizados norma alguna que establezca connotación en este sentido.

La aplicación estricta de la Ley 4679 descarta la caducidad de la instancia administrativa –segunda tesis–. La Ley 4679 establece la “caducidad de instancia” como la no instancia, el no impulso del curso del procedimiento sumarial dentro de los seis meses, contados desde la última actuación (art. 11). Caducidad y perención significan para la ley, que la administración (art. 12) tiene seis meses para impulsar sus procedimientos administrativos e ir instando su desarrollo, a riesgo de que caduquen o periman. Esta caducidad –o perención– de instancia es normativamente similar a la establecida en el Código Procesal Civil (art. 172), en tanto refiere al impulso, lo que ocurre en el proceso contencioso administrativo (art. 173, Ley 4867/13). Dicho de otra manera. Un sumario no debe durar indefinidamente. Pero la no instancia de su curso referida únicamente a los seis meses que deben darse entre sus etapas, no tiene normativamente una relación conceptual con la idea de duración razonable que se pretende enmarcar en las disposiciones constitucionales del debido proceso (art. 17, num. 10, Constitución) y en las garantías judiciales del Pacto de San José (art. 8, Ley 1/89). Una cosa es que el sumario no se prolongue más allá del plazo establecido por la ley, entendido este como plazo de duración y otra cosa es que no se insten o impulsen sus etapas en seis meses, entendido este como plazo de caducidad.

Si caducidad –o perención–, según la norma en cuestión, es el efecto procesal que se produce por no impulsar un procedimiento, que puede o no terminar dependiendo del grado de conocimiento en el que se encuentra, este razonamiento descarta la validez de la caducidad de la instancia entendida como plazo máximo –tercera tesis–. Un sumario no debe durar indefinidamente. Pero su duración máxima no procede del plazo de seis meses establecido en la Ley 4679/12, pues ella refiere normativamente al no impulso (art. 11), similar al establecido en el Código Procesal Civil (arts. 172 y 173, Ley 4867/13). Esta posición descarta el cálculo matemático y la sumatoria de plazos de etapas (primera tesis) y la no instancia de su curso (segunda tesis), convirtiendo el plazo de los seis meses en un plazo máximo de duración que la Ley 4679 no establece.

Por estas razones, principalmente normativas, entiendo que la posición válida es la que sostiene el principio de duración razonable –cuarta tesis–. Esta posición no se detiene en la Ley 4679. Se enfoca únicamente en la terminación del procedimiento, pues le interesa que sea desarrollado en plazo razonable, teniendo en cuenta que la duración de un sumario no puede extenderse sine die, en perjuicio del administrado. La idea de “plazo razonable” o “duración razona-

ble” no está referida a una idea de “caducidad” o “perención”. Pero sí está válidamente enmarcada en disposiciones normativas que establecen que los plazos son perentorios e improrrogables, en disposiciones constitucionales del debido proceso (art. 17, num. 10, Constitución) y en garantías judiciales del Pacto de San José (art. 8, Ley 1/89) que protegen el plazo de respuesta. Está arraigada a el principio de legalidad que impone a los funcionarios públicos el deber de cumplir plazos perentorios e improrrogables. Al pretender reflejarse no en abstracto, sino en concreto y conforme con cada caso, supera el obstáculo del cálculo matemático. Busca evitar la duración indefinida del procedimiento, respetando un principio procesal de transitoriedad –ALVARADO VELLOSO– y republicano de gobierno que reposan en dos presupuestos: la limitación temporal de los actos de gobierno y la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en el sistema.

Hasta aquí esta tesis fue mantenida como criterio jurisprudencial y que, con sus diferencias, es la mejor construcción lograda por los magistrados, por la forma en que responde a las finalidades procesales que persigue. Creo que este trabajo de construcción jurídica ha sido asombroso. No sólo por la consideración individual de los votos, sino por argumentos que magistrados como el Dr. SINDULFO BLANCO (Acuerdo y Sentencia 751) y el Dr. ARSENIO CORONEL (Acuerdo y Sentencia 200) supieron ofrecer en la explicación y aplicación del criterio a los casos que les tocó resolver. Sumados a los argumentos de abogados como JULIO CÉSAR GIMÉNEZ ALDERETE que supieron pensar el derecho. Hoy, al momento en que escribo e intento sistematizar un criterio que sirve y muchísimo, acaba de culminar la *vacatio legis* de la recientemente sancionada Ley 6715/21 “De procedimientos administrativos”, ya en vigencia. Esta ley, aún pendiente de reglamentación, pretende ordenar la administración pública y, según entiendo, recoge correctamente las ideas aquí sostenidas, diferenciando la caducidad como impulso (arts. 18, 80) de la duración razonable como plazo máximo (arts. 32, 81). Esta nueva ley, no solo asume lo que considero la tesis válida, sino que lo hace estableciendo un marco de principios administrativos (art. 32) sobre los cuales deberá aplicarse, muchos de los cuales subyacen a los votos de los magistrados. Mucho habrá por construirse a partir de su vigencia. Pero los cimientos de los últimos 15 años ofrecen una fundación imprescindible que todo magistrado deberá considerar, que todo abogado deberá conocer y que este trabajo pretende ofrecer.

Apéndice

Para su mejor comprensión, a modo de *apéndice*, realizo el recuento de las ocho sentencias analizadas en este trabajo, uniéndolas a las demás sentencias que fueron citadas en sus considerandos. Están clasificadas por salas y en orden cronológico, para que cada lector –abogado o magistrado– las ubique según su preferencia y el ámbito de litigación de sus conflictos.

Tribunal de Cuentas, Primera Sala:

- Acuerdo y Sentencia 32 del 13 de mayo de 2010;
- Acuerdo y Sentencia 166 del 3 de julio de 2015;

- Acuerdo y Sentencia 47 del 22 de marzo de 2016;
- Acuerdo y Sentencia 1 del 8 de febrero de 2017; y
- Acuerdo y Sentencia 32 del 6 de mayo de 2020.

Tribunal de Cuentas, Segunda Sala:

- Acuerdo y Sentencia 26 del 29 de abril de 2008;
- Acuerdo y Sentencia 115 del 10 de agosto de 2009;
- Acuerdo y Sentencia 362 del 11 de septiembre de 2011;
- Acuerdo y Sentencia 200 del 30 de mayo de 2012;
- Acuerdo y Sentencia 163 del 28 de mayo de 2013;
- Acuerdo y Sentencia 253 del 9 de julio de 2013;
- Acuerdo y Sentencia 286 del 10 de junio de 2015; y
- Acuerdo y Sentencia 227 del 23 de julio de 2018.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal:

- Acuerdo y Sentencia 12 del 7 de febrero de 2007 (sistema jurídico anterior);
- Acuerdo y Sentencia 29 del 3 de febrero de 2013;
- Acuerdo y Sentencia 751 del 16 de julio de 2013;
- Acuerdo y Sentencia 1200 del 2 de diciembre de 2014;
- Acuerdo y Sentencia 503 del 29 de mayo de 2017;
- Acuerdo y Sentencia 354 del 6 de septiembre de 2018;
- Acuerdo y Sentencia 328 del 23 de junio de 2020; y
- Acuerdo y Sentencia 796 del 17 de agosto de 2021.

LA ESTRUCTURA DE PAGOS, LA GARANTÍA SOBERANA Y LAS ALIANZAS PÚBLICO-PRIVADAS

Pedro Lacasa

RESUMEN: La industria de la construcción internacional está muy familiarizada con el rol que juegan las garantías soberanas en la obtención del financiamiento para obras de infraestructura, y más aún en obras públicas que utilizan la metodología de Project Finance. Sin embargo, la interpretación legal de las garantías soberanas de un Estado determinado varía de jurisdicción en jurisdicción. Pero ¿qué son las garantías soberanas en realidad y cuál es su papel en el sector de la construcción? Sin necesidad de responder aquella pregunta, el marco legal de las Alianzas Público-Privadas (APP) en Paraguay contempla posiblemente una operativa que logra asegurar el pago contractualmente asumido sin necesidad de una garantía soberana.

PALABRAS CLAVE: Garantía - Construcción - Alianza Público-Privada - Project Finance

ABSTRACT: The international construction industry is very familiar with the role of sovereign guarantees in obtaining financing for infrastructure projects, especially in projects which use the Project Finance methodology. The legal interpretation of such sovereign guarantees has been inconsistent from the courts of one country to another. But what are sovereign guarantees and what role do they play in the construction sector? Notwithstanding this, Public-Private Partnerships (PPPs) may contain a legal framework that secures the payments agreed within the project without recourse to sovereign guarantees. Paraguayan Law is a good example.

KEYWORDS: Guaranty - Construction - Public-Private Partnership - Project Finance.

Introducción

La construcción es una política pública. La infraestructura nacional requiere una regulación legal adecuada y un sistema judicial estable, aunque el Derecho de la Construcción sea considerado por algunos autores como un aspecto más del Derecho de los Contratos².

Igual, se entiende que la principal característica del Derecho de las Infraestructuras es su doble aspecto en donde lo Público y lo Privado convergen hasta formar la naturaleza legal de las infraestructuras públicas.

Allí radica la principal diferencia jurídica entre el Derecho de las Infraestruc-

¹ Abogado (Universidad Nacional de Asunción, 2013). Máster en Derecho Internacional Privado (Université Panthéon-Assas, 2016). Máster en Derecho de la Empresa (Universidad Católica, 2020). Summer school en derecho civil comparado europeo (Fundación de Derecho Continental, 2016). Diploma internacional en Derecho de la Energía e Inversiones (Heidelberg-CEDEP, 2017). Pasantía en Project Finance y Estructuración de PPPs (CND de Uruguay, 2018). Especialización en Derivados Financieros (Bolsa de Valores de Asunción, 2019). Curso en Derecho Internacional Privado (La Haya, 2021). Especialización en Blockchain, Derecho y Empresa (Austral, 2022).

² Alan W. Shilston, "International Aspects of Construction Law," *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 64, no. 1 (1998): 40-44.

turas (o Derecho de la Construcción) con las Contrataciones Públicas: mientras que para el primero rigen en forma compartida el Derecho Público y el Derecho Privado (con matices en donde adquiere relevancia el Derecho Público³ y donde es preponderante u omnipresente el Derecho Privado); para el segundo, rige casi enteramente el Derecho Público.

En efecto, el art. 64 de la flamante ley 7021/2022 “De suministro y contrataciones públicas” dispone que “En todo lo no previsto por la presente Ley, su reglamento y demás disposiciones administrativas que deriven de ellos, serán aplicables supletoriamente el Código Civil, las leyes que rigen el Procedimiento Contencioso Administrativo y el Código Procesal Civil”, siguiendo igual camino que la hoy abrogada ley 2051/2003 “De contrataciones públicas”, cuyo art. 8 dice que “En todo lo no previsto por esta ley, su reglamento y demás disposiciones administrativas que deriven de ellos, serán aplicables supletoriamente el Código Civil, las leyes que rigen el Procedimiento Contencioso Administrativo y el Código Procesal Civil” (o sea, en ambos casos, priman las leyes, decretos y resoluciones del Derecho Público y sólo en tanto y en cuanto éstos no prevean una situación determinada, ahí entraría el Derecho Privado a aportar soluciones).

A este respecto, brinda detalle el art. 3 del antiguo decreto 2992/2019 “Por el cual se reglamenta la ley 2051/2003 “De contrataciones públicas” diciendo que “cuando se utilice alguna de las figuras contractuales del Derecho Civil, se entenderá que se hace en un *sentido instrumental, prevaleciendo en todo caso la regulación de Derecho Público...*”.

Nótese que el art. 3 de dicho decreto utiliza el término “regulación” y no se limita a la “ley”. Esta disposición no se encuentra contemplada en el actual decreto 9823/2023 “Por el cual se reglamenta la ley 7021/2022 “De suministro y contrataciones públicas”.

En cuanto a la construcción, los proyectos de gran envergadura (y en general internacionales) de construcción requieren hoy día de la cooperación entre varias instituciones para lograr compartir los riesgos y el *expertise* en el desarrollo de los mismos⁴.

Esta relación entre un proyecto de construcción (y dentro de él, los pagos contemplados en favor del contratista) y los diferentes *stakeholders* provenientes de esferas de derecho privado y de derecho público como los bancos de inversión, las SPVs (*special purpose vehicles*), los subcontratistas, las compañías de seguro, las empresas públicas o de participación mayoritaria del Estado, las Entidades y Organismos Públicos que tienen competencia en el desarrollo de dicho proyecto⁵ y los proveedores del contratista, todos éstos, ubicados en dos

³ El Derecho de las Infraestructuras comprende a las modalidades de contratación del Estado que son alternativas a la contratación pública convencional como las APP, los contratos llave en mano y las concesiones E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, second edition (Oxford: ELSEVIER, 2014), 3.

⁴ Alan W. Shilston, “International Aspects of Construction Law,” *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 64, no. 1 (1998): 41.

⁵ Como lo es el MADES en cuestiones ambientales, el INFONA en cuestiones forestales, la Municipalidad pertinente en cuestiones de su competencia, entre otros.

o más jurisdicciones diferentes, resalta la relevancia de la estructura de pago en los proyectos de construcción de gran envergadura, como ocurre con las APPs.

A medida que el mundo se ha ido interconectando masivamente, las transacciones dejaron de ser puramente locales y ahora son (en gran medida) transnacionales⁶.

Esta “internacionalidad” del impacto de la estructura de pagos de los contratos de construcción de gran envergadura es lo que lo hace tan relevante. Sin embargo, las estructuras de pago utilizadas en el rubro de la construcción son numerosas, y van desde las utilizadas en la contratación pública “tradicional” hasta las utilizadas en las modalidades alternativas de contratación para proyectos de construcción.

La contratación pública “tradicional” se rige bajo los mandatos de la ley 7021/2022 “De suministro y contrataciones públicas” en cuanto a los nuevos contratos públicos; y en cuanto a los contratos públicos celebrados con anterioridad a la vigencia de la ley 7021/2002, rige la ley 2051/2003 “De contrataciones públicas” (ambas *lex generalis* para las compras y suministro del Estado, incluidas las obras públicas como son los contratos de construcción, reparación, conservación, ampliación y remodelación de estructuras⁷) y está sujeta a las disposiciones de sus decretos reglamentarios y las resoluciones administrativas de la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP).

En cambio, el derecho paraguayo ofrece otras alternativas de contratación por parte del Estado, como ser i) las APPs que se rigen por la ley 5102/2013, su decreto reglamentario 4183/2020 y las resoluciones especiales de las Entidades Públicas intervinientes⁸, ii) las obras “llave en mano” regidas por la ley 5074/2013 y sus decretos reglamentarios 5151/2016, 2283/2014 y 6730/2017 entre otros, y las iii) concesiones regidas bajo la ley 1618/2000 y su decreto reglamentario 11.967/2001.

Esta diferencia legislativa en relación a las distintas modalidades de contratación pública, bien frecuente en países de Derecho Civil⁹, incrementa su importancia a la hora de analizar la estructura de pagos a un contratista en el marco de un proyecto de construcción.

Por ejemplo, los procesos licitatorios de una APP son distintos a un proceso licitatorio extraído de la *lex generalis*¹⁰ (7021/2002, 2051/2003 y sus normas derivadas), y responden a los mandatos y criterios establecidos en la *lex specialis*

⁶ Michael Douglas, “The Lex Mercatoria and the Culture of Transnational Industry,” University of Miami International & Comparative Law Review 13, no. 2 (2006): 367.

⁷ Ley no. 7021/2022 “De suministros y contrataciones públicas”, art 3; Ley no. 2051/2003 “de Contrataciones Públicas”, art. 3 inc. p.

⁸ Como ser las resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (MOPC), las resoluciones del Ministerio de Hacienda (MH) o las resoluciones de la Agencia Financiera de Desarrollo (AFD), entre otros.

⁹ E.R. Yescombe, Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance. Oxford: ELSEVIER, 2007, 31.

¹⁰ “Which Principles And Rules Apply When Interpreting The Lex Specialis Of A Public Procurement Procedure? - Government Contracts, Procurement & PPP - Italy,” accessed August 11, 2023, <https://www.mondaq.com/italy/government-contracts-procurement-ppp/1255090/which-principles-and-rules-apply-when-interpreting-the-lex-specialis-of-a-public-procurement-procedure>.

(ley 5102/2013 y normas derivadas), como lo son la Precalificación y el Diálogo Competitivo obligatorios¹¹.

Aunque se haya sancionado en el 2022 la nueva *lex generalis* de las contrataciones públicas tradicionales, la ley 7021/2022 “De suministro y contrataciones públicas”, el art. 14 de esta nueva ley expresamente excluye a las APPs de su ámbito de aplicación; lo que significa que la ley 5102/2013 y sus normas derivadas continuarán vigentes, en coherencia con el principio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* (la ley posterior general no deroga a la ley anterior especial).

De estas 3 modalidades *alternativas* de contratación pública citadas (i.e., que no se rigen bajo la ley 7021/2022 ni sus normas derivadas o bajo la ley 2051/2003 ni sus normas derivadas) 2 son consideradas como “modalidades alternativas de *financiamiento* de la Inversión Pública” por el Ministerio de Hacienda (MH)¹², las APPs y las obras llave en mano. Esto tiene que ver con el *financiamiento* de dichos proyectos, lo cual varía sustancialmente del financiamiento utilizado en las contrataciones públicas tradicionales.

Respecto a los pagos en un proyecto de construcción vía APP, tradicionalmente y con base en el Derecho Comparado, se contemplan 4 tipos de pago del Estado al contratista¹³: i) pagos por disponibilidad (PPD); ii) pagos sujetos a ingresos generados por la infraestructura o servicio público; iii) pagos fijos (en Paraguay se utiliza la denominación de pagos diferidos de inversión o PDI) y iv) los pagos provenientes de impuestos por el uso o beneficio de la infraestructura o servicio público en cuestión.

Según el Banco Mundial, existen 2 tipos principales de pago en toda APP de parte del Estado al contratista: i) *user-pays* (el usuario paga; como en los servicios proveídos al usuario y cobrados a través de tarifas, peajes, etc.) y ii) *government-pays* (el Estado paga; como los pagos por disponibilidad -PPD- o los pagos fijos -PDI-). Sin embargo, el propio Banco Mundial ha señalado que “el mecanismo de pago de una APP debe estar estructurado de manera que la remuneración neta al contratista (en derecho paraguayo se le denomina Participante Privado) esté directamente relacionado al desempeño y niveles de servicio”¹⁴.

En cuanto a los pagos fijos o PDI, a pesar de que dichos pagos son obligaciones contractuales emanadas de un contrato administrativo de parte del Estado en favor del Participante Privado o contratista, igual la naturaleza jurídica de estos pagos sigue siendo poco clara.

¹¹ Decreto 4183/2020 “Por el cual se reglamenta la ley n° 5102/2013, «de promoción de la inversión en infraestructura pública y ampliación y mejoramiento de los bienes y servicios a cargo del estado», y se abroga el decreto n° 1350/2014”, art. 42.

¹² “SNIP | Sistema Nacional de Inversión Pública,” accessed August 11, 2023, http://snip.hacienda.gov.py/Snip_Web/portal/financiamiento.html.

¹³ A pesar de que “una de las principales características de las APP es que los pagos están sujetos al desempeño y niveles de servicio del contratista” Claudia María Martínez Bogado, “Determinants of Infrastructure Investment through Public-Private Partnerships in Latin-America and the Caribbean” (France, IESEG School of Management, 2015), accessed August 11, 2023 <https://www.stp.gov.py/v1/wp-content/uploads/2017/04/Final-Thesis.pdf>.

¹⁴ “PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP LEGAL RESOURCE CENTER,” PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP LEGAL RESOURCE CENTER, accessed August 24, 2022, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>.

Si el Estado Paraguayo (representado por alguna de las Administraciones Contratantes habilitadas en la ley APP¹⁵) no honra sus obligaciones contractuales ¿dicho incumplimiento contractual compromete a algún activo estatal en específico? En suma, ¿los pagos fijos (o PDI) en una APP están protegidos por la garantía soberana del Estado Paraguayo?

Es sabido que no toda deuda pública está garantizada con garantía soberana. De hecho, no todas las deudas (públicas o privadas) están garantizadas con algún instrumento. Sin la necesidad de entrar en el debate de si las APPs impactan o no a la deuda pública stricto sensu, el tema acerca los pagos contractualmente asumidos dentro de una APP y cómo estos son garantizados en favor al Participante Privado el altamente relevante.

¿Están dichos pagos cubiertos por la garantía soberana del Estado paraguayo? Si la respuesta es no, ¿cómo los lenders (los financistas de los proyectos, como bancos de inversión o banca privada de algunos multilaterales) pueden sentirse seguros con el repago de su deuda?

Este artículo responderá puntualmente a esas preguntas, pero primero, se debe entender el *quid pro quo*¹⁶ respecto a los pagos fijos o PDI en los contratos APP según la ley 5102/2013 y normas derivadas (I). Luego, se analizará la ingeniería financiera detrás de los pagos fijos o PDI en el derecho paraguayo¹⁷ (II).

I. Quid pro quo, APP y garantía soberana

Los contratos APP son acuerdos de larga duración entre el sector público y el sector privado para el diseño, construcción financiamiento y operación de infraestructura pública¹⁸ que generalmente utilizan la metodología *Project Finance*¹⁹.

El *quid pro quo* en los pagos de las APP quizás no sean *a priori* muy claro: en el caso de los pagos fijos ¿qué significan exactamente? (a).

Si un monto líquido es adeudado de parte del Estado a un acreedor privado, ¿esto implica el recurso a los activos del Estado (paraguayo) para satisfacer dicha deuda? En otras palabras, si el Estado no honra los pagos fijos o PDI estipulados en el contrato de APP, el acreedor de dichos pagos ¿puede recurrir a otros bienes del Estado Paraguayo para ejecutar forzosamente ese pago? (b).

¹⁵ Como el MOPC, la ANDE, o el Ministerio de Justicia.

¹⁶ Quid pro quo significa literalmente "algo a cambio de algo" y se usa como locución con el sentido de "cosa que se recibe como compensación por la cesión de otra" RAE, "quid pro quo | Diccionario panhispánico de dudas," «Diccionario panhispánico de dudas», accessed May 21, 2023, <https://www.rae.es/dpd/quid-pro-quo>.

¹⁷ Conocido por tener uno de los marcos legales más modernos en cuanto a APPs Bruno Werneck and Mário Saadi, *The Public-Private Partnership Law Review*, Second Edition (London, UK: Law Business Research Ltd., 2016), 184.

¹⁸ E.R. Yescombe, *Public-Private Partnerships: Principles of Policy and Finance*. Oxford: ELSEVIER, 2007: 3

¹⁹ Pedro Lacasa, "Project Finance, Una Oportunidad Para Incrementar La Inversión Pública Con El Sector Privado," SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, December 20, 2019), <https://papers.ssrn.com/abstract=3947077>.

a) El quid pro quo de los pagos fijos o PDIs: terminología legal

En varios contratos de APP los Estados acuerdan desembolsar un pago fijo a favor del Participante Privado y en tales casos el riesgo de la parte privada cae virtualmente a cero debido a la predictibilidad del flujo futuro de los ingresos a percibir.

En el marco legal paraguayo, los pagos fijos son conocidos como “pagos diferidos de inversión” (PDI), los cuales se pueden definir como:

Pagos fijos en Dólares de los Estados Unidos de América, no actualizables, semestrales, que la Administración Contratante abonará a la SOE en concepto de remuneración del financiamiento no cubierto por los aportes de Capital realizados por los accionistas de la SOE. Los pagos se realizarán a través del Fideicomiso de Garantía y Liquidez que será instruido por el Ministerio de Hacienda a tal efecto²⁰

En los contratos BOT²¹ o DBFO²² (ambos con siglas en inglés), especialmente aquellos dedicados a la construcción de rutas públicas, los pagos fijos o PDI pueden llegar a ser frecuentes en las negociaciones de dichos proyectos, ya que el ingreso estimado de los peajes y de los Pagos Por Disponibilidad (PPD) no es lo suficientemente predecible para asegurar el repago a los acreedores/financistas de dichos proyectos ruteros, teniendo en cuenta que la legislación APP de Paraguay no establece *expressis verbis* un método particular de pago²³.

Los pagos fijos estipulados en un contrato APP a favor del Participante Privado ofrecen un flujo futuro de dinero que es estable, seguro y predecible sobre el cual el Participante Privado puede apalancarse. Asimismo, los financistas interesados en fondear esas APPs prefieren pagos firmes e invariables en lugar de pagos cambiantes como los PPD.

Si bien el Derecho de la Construcción es, en la mayoría de los países de *Common Law* europeo como Reino Unido y Gales, esencialmente un derecho hecho por los jueces²⁴, en los países de Derecho Civil esto es diferente, y depende en gran medida de la ley positiva (escrita y sancionada por el Congreso) y en regulaciones emanadas de autoridades públicas competentes (como decretos, resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, etc.).

Además, corresponde acotar que la mayoría de los países de Derecho Civil de Latinoamérica, prefiere usar la terminología de “deuda pública” (la cual puede

²⁰ Contrato PPP 01/2017 “Contrato de Diseño, Financiación, Construcción, Mantenimiento y Operación de Dos Rutas Nacionales (2 y 7)”, cláusula IV. “Detalle de Proyecto,” accessed August 13, 2023, <https://app.gov.py/detalle-proyecto/>.

²¹ Build-Operate-Transfer (contrato de construcción-operación y transferencia del activo).

²² Design-Build-Finance-Operate (contrato de diseño, construcción, financiación y operación). “Design-Build-Finance-Operate (DBFO),” Practical Law, accessed August 13, 2023, [http://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-501-7294?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](http://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-501-7294?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)).

²³ Bruno Werneck and Mário Saadi, *The Public-Private Partnership Law Review*, Second Edition (London, UK: Law Business Research Ltd. (2016), 191.

²⁴ Alan W. Shilston, “International Aspects of Construction Law,” *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 64, no. 1 (1998): 43.

o no estar apoyada en garantía soberana) sobre “deuda soberana” (del inglés *sovereign debt*). En cambio, la doctrina legal internacional y especialmente aquella proveniente de países de *Common Law*, utilizan los términos “deuda pública” y “deuda soberana” como sinónimos y de manera intercambiable²⁵, a pesar de que no toda deuda pública está garantizada con una garantía soberana.

b) Garantía soberana y los pagos fijos en las APPs: cuando se necesita algo más que la buena fe

Por más de que los pagos fijos en una APP sean obligaciones contractuales asumidas por la parte pública en favor del Participante Privado, en realidad es muy común que el Estado paraguayo contraiga deudas por bienes y/o servicios basándose en su sola firma, esto es, sin ofrecer algún activo subyacente (fianza, garantía, etc.) para que los acreedores recurran en caso de impago.

Si hay algo que se enseña en el Derecho Privado paraguayo es que “el patrimonio es la garantía común de los acreedores” (de hecho, el Parágrafo II de la Sección I del Capítulo I del Título II “de las obligaciones” del Código Civil se llama “garantía común de los acreedores”), lo que comúnmente es conocido como “Principio de responsabilidad patrimonial del deudor o derecho de prenda general sobre el patrimonio del deudor”²⁶ y que se encuentra en el art. 430 del Código Civil paraguayo:

“El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros”

Igual noción es compartida por el Derecho Privado de Argentina²⁷, Chile²⁸, Uruguay²⁹, Italia³⁰ y Francia³¹, entre otros. Sin embargo, con las deudas contraídas por los Estados, esto es diferente y no porque la deuda pública de un país determinado esté garantizada con un *collateral* en específico, sino más bien por las penalidades que los acreedores podrían imponer a los deudores incumplidores, como la restricción (o reducción) en el acceso del sistema de comercio internacional³².

²⁵ Esta utilización de los dos términos como si fueran exactamente la misma cosa hasta es adoptada por el Fondo Monetario Internacional, “The IMF and Sovereign Debt,” IMF, accessed August 29, 2022, <https://www.imf.org/en/Topics/sovereign-debt>. Y lo hace, especialmente en las “Guidelines for Public Debt Management” (Guías para el manejo de la deuda pública) “Guidelines for Public Debt Management,” accessed August 29, 2022, <https://www.imf.org/external/np/mae/pdebt/2000/eng/index.htm>. Otros ejemplos se encuentran en “Sovereign Debt Definition,” Investopedia, accessed August 29, 2022, <https://www.investopedia.com/terms/s/sovereign-debt.asp>. “Which Countries Have Too Much Debt?,” The Balance, accessed August 29, 2022, <https://www.thebalance.com/sovereign-debt-definition-importance-and-rankings-3306353>. “Sovereign Debt,” Corporate Finance Institute, accessed August 29, 2022, <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/credit/sovereign-debt/>.

²⁶ Enrique Varsi Rospogliosi and Marco Torres Maldonado, “El patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores,” El Peruano - Jurídica, no. 2 (March 22, 2019).

²⁷ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley 26.994/14, Art. 743.

²⁸ Cristián Aedo Barrena, “LAS GARANTÍAS DEL ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO: ESPECIAL REFERENCIA A LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA,” Revista chilena de derecho 35, no. 2 (August 2008), <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000200004>.

²⁹ Código Civil Uruguayo, art. 2372.

³⁰ Codice Civile, art. 2740.

³¹ Code Civil, art. 2285.

³² Jeremy Bulow, “Debt and Default: Corporate vs. Sovereign,” in *New Palgrave Dictionary of Money and Finance* (New York: Stockton Press, 1992), 579–82.

En otras palabras, el Principio de responsabilidad patrimonial reflejado en el art. 430 del Código Civil paraguayo no se aplica al Estado paraguayo (persona jurídica en virtud del art. 91 del mismo cuerpo legal). De hecho, no se aplica a la mayoría de los Estados Soberanos.

Sin embargo, en virtud del Principio de responsabilidad patrimonial, si un contratista privado no honra sus obligaciones monetarias debido a un estado de "dificultad empresarial", sus acreedores pueden recurrir al sistema jurisdiccional (judicial o extrajudicial) para liquidar al patrimonio del deudor o asumir el control de la empresa/persona jurídica. Esto no ocurre con los Estados deudores. Las doctrinas jurídicas sobre el Derecho a la Construcción no han apuntado a este problema de manera apropiada³³.

Una garantía soberana puede definirse como la obligación de un Estado (el garante) de hacer frente a obligaciones dinerarias de un deudor público (Agencia, Organismo o Entidad pública) a un acreedor en caso de que dicho deudor (el Beneficiario) no logre honrar sus obligaciones monetarias³⁴.

El otorgamiento de garantías soberanas en contrataciones públicas concernientes al desarrollo de infraestructura como el caso de los contratos llave en mano y las concesiones, puede resultar atractivo para los gobiernos pues así logran cumplir sus objetivos en materia de infraestructura sin tener que aumentar el gasto público o recurrir a empréstitos³⁵. Este bien podría ser el caso para las APP.

Según Jèze, existen dos tipos de garantías de parte de un Estado: las garantías reales (*sûreté réelle*) y las garantías personales (*sûreté personnelle*)³⁶. Se aclara que Jèze identificó estos tipos de garantía en lo que respecta a préstamos públicos, pero en virtud del art. 41 de la ley 1535/1999 "De administración financiera del Estado" toda operación de crédito público se extiende a "la contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de más de un ejercicio financiero" (entre los cuales, están contemplados *ipso iure* la construcción de obras públicas y sus servicios relacionados, por ende, están contemplados los pagos fijos o PDI de las APP.)

Las *garantías reales* aseguran el repago del Estado al acreedor privado a través de la designación de un activo en específico afectado a dicho propósito o designando ingresos públicos específicos que serán afectados a dicho propósito³⁷. Las *garantías personales*, en cambio, es un compromiso (una promesa) de pago de parte del Estado con relación a las deudas de un Ente público.

³³ Michael Riegner, "Legal Frameworks and General Principles for Indicators in Sovereign Debt Restructuring," *The Yale Journal of International Law Online* 41, no. 2 (Fall 2016): 141-75.

³⁴ Tomas Magnusson, "Sovereign Financial Guarantees" (The Swedish National Debt Office, April 1999), http://www.publicdebt.net/export/sites/pdm/pdm/GOALS/Cost-and-Risk/Documents/magnusson_guarantees.pdf.

³⁵ Lilia Razlog, Tim Irwin, and Chris Marrison, "A Framework for Managing Government Guarantees" (The World Bank Group, 2020), <https://documents1.worldbank.org/curated/en/444621590552809834/pdf/A-Framework-for-Managing-Government-Guarantees.pdf>.

³⁶ Gaston Jèze, "La garantie des emprunts publics d'État," in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 7 (The Hague: Brill | Nijhoff, 1925), 155-236.

³⁷ *Ibid* 156.

Una garantía soberana, tal como está prevista en el derecho paraguayo, podría encajar en ambos tipos de garantías soberanas identificadas por Jèze (*sûreté réelle* -garantía real- o *sûreté personnelle* -garantía personal-).

Las garantías soberanas, sean reales o personales, son exposiciones que un Estado asume en aras a contraer una obligación principal (la cual es garantizada). Dado que dichas garantías soberanas no constituyen "obligaciones firmes", ellas forman parte de los pasivos contingentes de un Estado³⁸.

Así, en derecho paraguayo, en el caso de que un Ente público no honre sus obligaciones dinerarias contractuales frente a un acreedor privado, el Estado por se asume el pago de dichas obligaciones, a veces *comprometiendo a los fondos del Tesoro Público*³⁹ y otras veces *declarando* (a través de un contrato de Garantía Soberana aprobado por el Congreso⁴⁰) que el Estado (paraguayo) asumirá el repago de los montos adeudados por un Ente público.

Las garantías soberanas forman parte de los pasivos contingentes de un Estado porque dichas garantías son obligaciones contractuales supeditadas a un evento concreto que puede no llegar a pasar⁴¹. La probabilidad de que la contingencia ocurra y la magnitud del impacto en el Estado para hacer frente a la obligación garantizada son fáciles de predecir considerando que la probabilidad y la magnitud son cuestiones que dependen de condiciones exógenas (como la ocurrencia de eventos externos e.g. un desastre natural, una crisis bancaria, una pandemia, etc.) y endógenas (e.g. el diseño de programas de gobierno, etc., los contratos de Garantía Soberana aprobados por el Congreso, etc.⁴²).

En derecho paraguayo, los pagos fijos o PDI debidos por un Ente Público a un contratista privado con base en contratos APP no conllevan una Garantía Soberana (ni por ley, ni tampoco un contrato de garantía suscrito por el Ministerio de Economía y Finanzas⁴³). Sin embargo, las disposiciones legales y contractuales de las APP en Paraguay relativas a dichos pagos fijos o PDI son más que suficientes para asegurar el repago de las obligaciones dinerarias de un Ente público o Administración Contratante.

³⁸ International Monetary Fund, "Manual on Fiscal Transparency" (IMF, 2007), <https://www.imf.org/external/np/pp/2007/eng/051507m.pdf>, accessed August 29, 2023

³⁹ Un ejemplo de esta "garantía soberana real" es la ley 6324/2019 "Que otorga garantía del Estado paraguayo, por medio del Tesoro Público, a obras de distribución y transmisión de energía eléctrica realizadas por la Administración Nacional de Electricidad (ANDE)...".

⁴⁰ Un ejemplo de esta "garantía soberana personal" es el contrato de Garantía Soberana del 21 de mayo de 2019 (por el cual el Estado paraguayo se erige como garante ante las obligaciones de la ANDE con el Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata -FONPLATA-) aprobado por el Congreso a través de la ley 6493/2020, disponible en <http://digesto.senado.gov.py/ups/leyes/11076.pdf>, accessed August 30, 2023

⁴¹ Según las Normas Internacionales de Contabilidad (IAS por sus siglas en inglés) los pasivos contingentes son "obligaciones posibles, en la medida que todavía se tiene que confirmar si la entidad tiene una obligación presente" ver "IFRS - IAS 37 Provisions, Contingent Liabilities and Contingent Assets," accessed September 5, 2023, <https://www.ifrs.org/issued-standards/list-of-standards/ias-37-provisions-contingent-liabilities-and-contingent-assets/>, accessed August 30, 2023.

⁴² Hana Polackova, "Government Contingent Liabilities: A Hidden Risk to Fiscal Stability," in XII Seminario Regional de Política Fiscal (Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Santiago, Chile: United Nations, 2000), 235, <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/34722?show=full&locale=attribute=en>.

⁴³ Otrora el Ministerio de Hacienda.

II. Los pagos fijos de la APP en Paraguay

Aparte de la ventaja que supone la asunción de la deuda de la Administración Contratante (o Ente público) por parte del Estado *in totum*, existen varias razones por las cuales los gobiernos desean comprometerse en garantías soberanas⁴⁴ en el marco de una APP:⁴⁵

- Reforzar la confianza en el mercado APP a través del compromiso del gobierno
- Atraer mayor inversión extranjera a las transacciones de APP
- Robustecer la credibilidad de los programas nacionales de APP
- Reducir el costo del capital y mejorar el valor por dinero
- Lidar con la inestabilidad de los mercados financieros⁴⁶

Siendo las Garantías Soberanas pasivos contingentes, ellas no se incluyen en la definición de “deuda externa” de un Estado. La exclusión de los pasivos contingentes no significa que las Garantías Soberanas estén excluidas *per se*, sino que, en realidad, se considera que la deuda garantizada es atribuible al Ente público o Administración Contratante que la contrajo (quien es el verdadero deudor) y no al garante (el Estado paraguayo). Se cree que esta sea una de las razones principales por la que los Estados eligen suscribir Garantías Soberanas en proyectos APP.

En una APP, los riesgos deberían ser distribuidos a modo de ser soportados por aquella parte más apta para manejarlos. El sector privado se encuentra generalmente en una mejor posición para manejar y mitigar ciertos riesgos que el sector público, como el riesgo de construcción. Sin embargo, suelen darse circunstancias por las cuales la distribución de riesgos estándar no ofrezca la totalidad de beneficios de una APP y es ahí precisamente donde las Garantías Soberanas juegan un papel crucial⁴⁷.

Si bien las Garantías Soberanas son mecanismos legales de los Estados para incentivar al sector privado (e.g. *sponsors*, bancos, etc.) a participar en proyectos APP, las Garantías Soberanas pueden adoptar distintas formas⁴⁸.

Los pasivos estatales, respecto al riesgo fiscal, son explícitos o implícitos y firmes o contingentes. La Garantía Soberana es entonces un pasivo contingente explícito (obligación específica de parte del Estado determinada por ley o me-

⁴⁴ Consideradas como compromisos jurídicos vinculantes de parte de un garante a asumir la deuda de un tercero garantizado, ver Bank for International Settlements (BIS) et al., “External Debt Statistics” (IMF, 2003), <https://www.imf.org/external/pubs/ft/eds/Eng/Guide/index.htm>, accessed August 30, 2023.

⁴⁵ European PPP Expertise Centre, “State Guarantees in PPPs,” May 2011, 7-8, https://www.eib.org/attachments/epec/epec_state_guarantees_in_ppps_en.pdf.

⁴⁶ Las Garantías Soberanas pueden ser usadas para atraer el financiamiento de proyectos APP de otras vías, como el mercado de capitales (e.g. la propuesta de Project Bond Initiative de la Unión Europea y los Fonds Commun de Titrisation PPP – fondos comunes de titularización en APP- de Francia).

⁴⁷ European PPP Expertise Centre, “State Guarantees in PPPs,” May 2011, https://www.eib.org/attachments/epec/epec_state_guarantees_in_ppps_en.pdf, 5.

⁴⁸ *Ibid.*

dian­te un con­trato⁴⁹). Pe­ro ¿cuál es su rol en una APP del Es­tado pa­ru­gwayo?

Los con­tra­tos APP im­plican la par­ti­ci­pación del Es­tado en ob­li­ga­cio­nes a fa­vor de un ope­ra­dor del sec­tor pri­va­do. ¿Es­tán los pa­gos fi­jos o PDI de una APP ga­ran­ti­za­dos por una ga­ran­tía so­bera­na en de­re­cho pa­ru­gwayo? En ca­so de que sí lo es­tén ¿por qué ti­po de Ga­ran­tía So­bera­na (re­cor­dan­do a Jèze)? En ca­so de que no lo es­tén ¿hay una ra­zón su­fi­cien­te para ello? (a)

A pe­sar de las di­fe­ren­cias le­gales en­tre los pa­gos fi­jos o PDI en una APP y los pa­gos fi­jos en una obra llave en ma­no, en re­a­li­dad, di­chas di­fe­ren­cias no son tan sus­tan­cia­les como pa­recen (b).

Garantías a los pagos fijos o PDI en las APP: la importancia de las disposiciones de la ley 5102/2013

Actualmente, no hay un solo contrato de Garantía Soberana aprobado por el Congreso paraguayo relativo a pagos de APPs, pero tampoco hay contratos de Garantía Soberana para otros proyectos de infraestructura de gran envergadura bajo regímenes *alternativos* de contratación pública, como lo son las obras llave en mano, ni tampoco para proyectos de infraestructura de mediano o pequeño alcance (como aquellos llevados a cabo bajo el régimen *tradicional* de obras públicas, hoy bajo imperio de la ley 7021/2022 “De suministro y contrataciones públicas”, otrora bajo imperio de la ley 2051/2003).

Una excepción es el contrato de Garantía Soberana otorgado de parte del Estado paraguayo en favor de FONPLATA con base en un préstamo a la ANDE para el financiamiento del Proyecto de construcción de subestación de transformación y líneas de transmisión de energía en la localidad de Valenzuela, aprobado por la ley 6493/2020 (y de igual manera, se aclara que esta contratación tampoco se rige por la ley 7021/2022 ni sus normas derivadas, al ser una “contratación excluida”⁵⁰).

Sin embargo, la ley 5102/2013 (ley de APP) no contiene disposición alguna referente a Garantías Soberanas. La legislación APP de Paraguay (ley 5102/2013, decreto reglamentario 4183/2020 y otras normas de inferior jerarquía) se desentiende de las garantías soberanas.

¿Pero cómo es que sin una garantía firme y seria que asegure a los pagos fijos en una APP en favor del Participante Privado pueden los *lenders* estar dispuestos a financiar tales proyectos? Es en este punto donde las disposiciones legales toman relevancia altísima.

En derecho paraguayo, ni la ley APP ni su decreto reglamentario proveen un mecanismo de pago específico (es decir, que cada estructura de pago será fijada

⁴⁹ Hana Polackova, “Government Contingent Liabilities: A Hidden Risk to Fiscal Stability,” in XII Seminario Regional de Política Fiscal (Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Santiago, Chile: United Nations, 2000), <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/34722?show=full&locale-attribute=en>, 234.

⁵⁰ Ley 7021/2022, art. 14 inc. e); ley 2051/2003, art. 2 inc. c).

ad hoc en los documentos de licitación (Pliego de Bases y Condiciones del llamado a Precalificación, Pliego de Bases y Condiciones del llamado a Licitación, etc.) luego de negociaciones entre los potenciales Participantes Privados y el Ente público o Administración Contratante⁵¹. Esto significa que la Administración Contratante (i.e., la parte contractual pública en un contrato APP) está legalmente habilitada a fijar mecanismos de pago *ad hoc* para cada proyecto APP⁵².

No obstante, las regulaciones APP de Paraguay no contemplan Garantías Soberanas *ad hoc*. De hecho, no es muy necesario contemplar Garantías Soberanas, considerando los otros tipos de garantías determinados por la propia ley APP.

El artículo 38 de la ley 5102/2013 contempla dos tipos de garantías especiales para los financistas de un proyecto APP:

El Participante Privado podrá financiar el desarrollo de proyectos de participación público-privada a través de las modalidades, instrumentos y operaciones financieras reconocidas y regularmente utilizadas en mercados financieros nacionales o internacionales. Podrá constituir, en beneficio de sus acreedores y para asegurar obligaciones que guarden relación directa con el desarrollo de su contrato de participación público-privada, una garantía especial consistente en una prenda o constitución de fideicomiso de garantía respecto de los derechos emergentes del contrato de participación público-privada, incluyendo el flujo futuro de fondos generados por el proyecto, y las acciones representativas del paquete accionario de la sociedad que actúe como participante privado

La prenda de acciones y el fideicomiso de garantía de los flujos futuros del proyecto APP son dos características de la legislación en APP de Paraguay y no están presentes en la ley 5074/2013 para obras "llave en mano" ni tampoco en la ley 7021/2022 "De suministro y contrataciones públicas" (la cual representa el régimen legal de las contrataciones públicas *tradicionales* del Paraguay).

En consecuencia, se comprende el hecho de que las Garantías Soberanas no sean indispensables para la *bancabilidad* de los proyectos APP (ya sean estas garantías disposiciones legales o contractuales).

Los PDI devengados una vez emitida el acta de recepción provisoria de cada uno de los tramos funcionales de las Rutas 2 y 7, se considerarán incondicionales e irrevocables por parte de la Administración Contratante a través del Fideicomiso.

Aunque la legislación APP paraguaya no contenga de forma expresa los términos "garantía soberana", las garantías especiales previstas en el art. 38 de la

⁵¹ Bruno Werneck and Mário Saadi, *The Public-Private Partnership Law Review*, Second Edition (London, UK: Law Business Research Ltd., 2016), 191.

⁵² Esto, en concordancia con los documentos estándar de APP ver "Guías y Manuales de Proyectos de Participación Público Privada (PPP)," accessed August 31, 2023, <https://app.gov.py/guias-y-manuales-de-proyectos-de-participacion-publico-privada-ppp/>.

ley 5102/2013 resultan igual o más atractivas para los inversionistas que otras garantías previstas para mecanismos diferentes de contratación pública.

Los pagos fijos de las APP y los pagos fijos de las obras llave en mano: algunas diferencias que revelan la solidez de las garantías especiales en las APPs

A pesar de que ambos regímenes legales podrían apuntar al mismo objetivo (la construcción de infraestructura pública), las APP varían de las obras llave en mano no solamente en cuestiones *orgánicas*, sino también respecto a sus mecanismos de remuneración (considerando los pagos fijos).

En primer lugar, corresponde resaltar que una de las diferencias *orgánicas* es que la ley 5074/2013 popularmente conocida como “llave en mano” aplica únicamente a aquellos proyectos que ya tengan asegurado el financiamiento total⁵³, mientras que la ley 5102/2013 (la ley APP) aplica a los proyectos para infraestructura pública y para la prestación de bienes y servicios públicos sin especificar este requerimiento *expressis verbis*.

O sea que de acuerdo al Principio de Legalidad del Derecho Administrativo, que se resume en el adagio “todo lo que no está *expresamente* permitido, está prohibido”, si la ley 5102/2013 no exige puntualmente en ningún momento que los proyectos pretendientes de APP cuenten ya con financiamiento asegurado, mal podrá exigir cualquier Administración Contratante, el Ministerio de Economía y Finanzas u otra Entidad Pública dicho financiamiento asegurado sin base legal que así lo permita (*expresamente*)⁵⁴. En consecuencia, dado que las obras llave en mano poseen una mayor flexibilidad financiera en la fase de estructuración del proyecto que las APP, no es sorprendente que ambas figuras difieran en sus mecanismos de pago.

Para dar un ejemplo, mientras que la cesión de los derechos de cobro es la *default rule*⁵⁵ en las obras llave en mano, los pagos fijos de las APP no pueden ser cedidos a terceros, salvo las excepciones detalladas en el art. 38 de la ley 5102/2013: i) una prenda respecto de las acciones representativas del paquete accionario de la sociedad que actúe como Participante Privado y; ii) un fideicomiso de garantía respecto de los derechos emergentes del contrato APP, incluyendo los flujos futuros de fondos generados por el proyecto APP.

Así también, los pagos fijos de una obra llave en mano provienen directamente del Estado Paraguayo, representado por el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones. En cambio, los pagos fijos de una APP emanan de un Fondo Fiduciario de Garantía y Liquidez, un instrumento creado por la ley 5102/2013 para cada proyecto APP. Mediante este Fondo Fiduciario, se asegura el pago y la

⁵³ Ley 1302/1998 “Que establece modalidades y condiciones especiales y complementarias a la ley No. 1045/1983 “Que establece el régimen de obras públicas”. Para profundizar sobre el régimen “llave en mano” en Paraguay, ver Pedro Lacasa, “Llave En Mano Made in Paraguay: ¿Un Castillo de Naipes Con Una Base Derogada?,” Revista Académica de La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de La UNA, 2019, 357-74.

⁵⁴ Siguiendo el adagio jurídico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (cuando la ley quiso, dispuso; cuando no, guardó silencio).

⁵⁵ Pedro Lacasa, “Project Finance in Paraguay - PPP’s Fixed Payments, Sovereign Guarantees, and Other Special Sureties,” *International Construction Law Review*, no. 2 (April 2023).

liquidez en tiempo oportuno⁵⁶, con las ventajas que implica aislar un patrimonio autónomo dedicado exclusivamente para un fin determinado por ley.

En segundo lugar, y aunque los pagos fijos de las obras llave en mano bajo la ley 5074/2013 posean la Garantía Soberana, la realidad es que dicha garantía sería una “garantía personal” (*sûreté personnelle*) en términos de Jèze, y se respalda en el “prestigio y solvencia” (*full faith and credit* como se expresa en los *Offering Memorandums* de los Bonos Soberanos⁵⁷), sin que haya un solo Contrato de Garantía Soberana que los respalde (como ocurre con el contrato de garantía aprobado por la ley 6493/2020) ni comprometen *activos estatales específicos* a dicha Garantía Soberana.

En cambio, los pagos fijos o PDI de una APP se respaldan en la estructura legal y financiera del propio proyecto APP, en lugar del “prestigio y solvencia” (*full faith and credit*); y es en este punto donde las garantías especiales del artículo 38 de la ley APP se vuelve atractivo y sumamente relevante.

En conclusión, y a pesar de que el significado, el alcance y la aplicabilidad de lo que es una Garantía Soberana podría variar de tribunal en tribunal⁵⁸, la estructura financiera de las APPs posee un marco legal y regulatorio que implica una protección de los pagos fijos o PDI sin la necesidad de una Garantía Soberana.

⁵⁶ Promoción de la Inversión en Infraestructura Pública y Ampliación y Mejoramiento de los Bienes y Servicios a Cargo del Estado ley 5102/2013, art 11 y siguientes.

⁵⁷ Viceministerio de Economía y Planificación, “Bonos Externos” accessed September 6, 2023, <https://economia.gov.py/index.php/financiamiento/bonos-externos>.

⁵⁸ El affaire Gramont Berres que implica el rationale de las cortes americanas y de las cortes suizas son una prueba de ello.

BIBLIOGRAFÍA

- Aedo Barrena, Cristián. "LAS GARANTÍAS DEL ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO: ESPECIAL REFERENCIA A LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA," *Revista chilena de derecho* 35, no. 2 (2008), <https://doi.org/10.4067/S0718-34372008000200004>.
- Banco Mundial. "PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP LEGAL RESOURCE CENTER," PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP LEGAL RESOURCE CENTER, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>.
- Bulow, Jeremy. "Debt and Default: Corporate vs. Sovereign," in *New Palgrave Dictionary of Money and Finance* (New York: Stockton Press, 1992), 579-582.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Ley 26.994/14.
- Código Civil Uruguayo.
- Codice Civile.
- Code Civil.
- Contrato PPP 01/2017 "Contrato de Diseño, Financiación, Construcción, Mantenimiento y Operación de Dos Rutas Nacionales (2 y 7)", cláusula IV. "Detalle de Proyecto," <https://app.gov.py/detalle-proyecto/>.
- Decreto 4183/2020.
- Douglas, Michael. "The Lex Mercatoria and the Culture of Transnational Industry". *University of Miami International & Comparative Law Review* 13, N° 2 (2006).
- European PPP Expertise Centre, "State Guarantees in PPPs," mayo 2011, https://www.eib.org/attachments/epec/epec_state_guarantees_in_ppps_en.pdf.
- Fondo Monetario Internacional, "Manual on Fiscal Transparency" (IMF, 2007), <https://www.imf.org/external/np/pp/2007/eng/051507m.pdf>.
- Fondo Monetario Internacional, "The IMF and Sovereign Debt," IMF. <https://www.imf.org/en/Topics/sovereign-debt>.
- "Guías y Manuales de Proyectos de Participación Público Privada (PPP)," <https://app.gov.py/guias-y-manuales-de-proyectos-de-participacion-publico-privada-ppp/>.
- Jèze, Gaston. "La garantie des emprunts publics d'État," in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 7 (The Hague: Brill | Nijhoff, 1925).
- Lacasa, Pedro. "Project Finance, Una Oportunidad Para Incrementar La Inversión Pública Con El Sector Privado," *SSRN Scholarly Paper* (Rochester, NY, 20 diciembre, 2019), <https://papers.ssrn.com/abstract=3947077>.
- Lacasa, Pedro. "Llave En Mano Made in Paraguay: ¿Un Castillo de Naipes Con Una Base Derogada?," *Revista Académica de La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de La UNA*, (2019), 357-74.
- Lacasa, Pedro. "Project Finance in Paraguay - PPP's Fixed Payments, Sovereign Guarantees, and Other Special Sureties," *International Construction Law Review*, no. 2 (Abril 2023).
- Ley 1302/1998 "Que establece modalidades y condiciones especiales y complementarias a la ley No. 1045/1983 "Que establece el régimen de obras públicas".
- Ley 7021/2022 "De suministro y contrataciones públicas"
- Ley 2051/2003 de Contrataciones Públicas.

- Ley 5102/2013 "PROMOCION DE LA INVERSION EN INFRAESTRUCTURA PUBLICA Y AMPLIACION Y MEJORAMIENTO DE LOS BIENES Y SERVICIOS A CARGO DEL ESTADO".
- Ley 6324/2019 "Que otorga garantía del Estado paraguayo, por medio del Tesoro Público, a obras de distribución y transmisión de energía eléctrica realizadas por la Administración Nacional de Electricidad (ANDE)...".
- Ley 6493/2020.
- Lila Razlog, Tim Irwin, and Chris Marrison, "A Framework for Managing Government Guarantees" (The World Bank Group, 2020), <https://documents1.worldbank.org/curated/en/444621590552809834/pdf/A-Framework-for-Managing-Government-Guarantees.pdf>.
- Magnusson, Tomas. "Sovereign Financial Guarantees" (The Swedish National Debt Office, April 1999), http://www.publicdebtnet.org/export/sites/pdm/pdm/GOALS/Cost-and-Risk/Documents/magnusson_guarantees.pdf.
- Martínez Bogado, Claudia María. "Determinants of Infrastructure Investment through Public-Private Partnerships in Latin-America and the Caribbean". Tesis, IESEG School of Management, 2015), <https://www.stp.gov.py/v1/wp-content/uploads/2017/04/Final-Thesis.pdf>.
- Polackova, Hana. "Government Contingent Liabilities: A Hidden Risk to Fiscal Stability," in XII Seminario Regional de Política Fiscal (Comisión Económica para América Latina y El Caribe, Santiago, Chile: United Nations, 2000), 235, <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/34722?show=full&locale-attribute=en>.
- Real Academia Española, "Quid pro quo", en Diccionario panhispánico de dudas. <https://www.rae.es/dpd/quid-pro-quo>.
- Riegner, Michael. "Legal Frameworks and General Principles for Indicators in Sovereign Debt Restructuring," *The Yale Journal of International Law Online* 41, no. 2 (2016)
- Shilston, Alan W. "International Aspects of Construction Law," *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 64, no. 1 (1998).
- "SNIP | Sistema Nacional de Inversión Pública," http://snip.hacienda.gov.py/Snip_Web/portal/financiamiento.html.
- "Sovereign Debt," Corporate Finance Institute. <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/credit/sovereign-debt/>.
- "Which Principles And Rules Apply When Interpreting The Lex Specialis Of A Public Procurement Procedure? - Government Contracts, Procurement & PPP - Italy," <https://www.mondaq.com/italy/government-contracts-procurement--ppp/1255090/which-principles-and-rules-apply-when-interpreting-the-lex-specialis-of-a-public-procurement-procedure>.
- Varsi Rospogliosi, Enrique y xTorres Maldonado, Enrique. "El patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores," *El Peruano - Jurídica*, no. 2 (22 de marzo, 2019).
- Werneck, Bruno y Saadi, Mário. "The Public-Private Partnership Law Review", Law Business Research Ltd. Londres, Segunda Edición (2016).



revistajurídica

DERECHO DE LA COMPETENCIA



DENEGACIÓN INJUSTIFICADA DE SUMINISTRO. CARGA DE LA PRUEBA. EL CASO TELEDEPORTES

Gustavo A. Benítez Fernández

RESUMEN: Este artículo analiza el primer caso de abuso de posición dominante en Paraguay, el cual involucró la supuesta negativa injustificada de la firma TELEDEPORTES a proporcionar acceso a los derechos de transmisión de los partidos de fútbol paraguayo a las firmas AMX Paraguay y TUVES Paraguay. El fallo absolvió a la investigada, destacándose que en la acusación no se acreditó lo injustificado de la infracción, ni que el insumo fuera objetivamente necesario para competir en un mercado descendente. El artículo examina sobre quién recae la responsabilidad de demostrar que la conducta en cuestión está justificada objetivamente, incluyendo la generación de ganancias en eficiencia económica. Se revisa de igual manera la incorporación de guías orientativas extranjeras en la fundamentación del fallo.

PALABRAS CLAVE: abuso de posición dominante - conducta excluyente abusiva - derecho de autor - competencia - regulación - carga de la prueba - necesidad objetiva de un insumo - negativa injustificada a proveer - justificación objetiva - regla de la razón.

ABSTRACT: This article analyzes the first case of abuse of dominant position in Paraguay, which involved the alleged unjustified refusal of the company TELEDEPORTES to provide access to the broadcasting rights of Paraguayan football matches to the companies AMX Paraguay and TUVES Paraguay. The judgment acquitted the defendant, emphasizing that the accusation did not establish the unjustified nature of the infringement, nor that the input was objectively necessary to compete in a downstream market. The article examines who bears the burden of proving that the conduct in question is objectively justified, including the generation of efficiency gains. It also reviews the incorporation of foreign guidelines in the reasoning of the judgment.

KEYWORDS: abuse of a dominant position - abusive exclusionary conduct - copyright - competition - regulation - burden of proof - objective necessity of an input - refusal to supply - objective justification - rule of reason.

La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios, es una conducta susceptible de ser considerada como abusiva de acuerdo a nuestro sistema normativo en materia de defensa de la competencia². Decimos que esta figura puede ser potencialmente abusiva pues el enfoque utilizado por nuestra legislación para evaluar la legalidad de las conductas que puedan restringir la competencia es la regla de la razón³.

¹ Abogado por la Universidad Católica Ntra. Señora de la Asunción, 2006. LLM Universitat Pompeu Fabra, 2015-2016. Becario del Programa Carlos Antonio López. Ex-Director de Investigaciones Comisión Nacional de la Competencia. Docente de la asignatura Economía Política en el curso de admisión a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Ntra. Señora de la Asunción. Asesor Legal en Políticas de Competencia y Regulación.

² Ley N.º 4956/2013 de Defensa de la Competencia.- Art. 9º Abuso de posición dominante. lit. a) El abuso podrá consistir, en: núm. 3. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de producto o de prestación de servicios; (...)

³ Decimos que una práctica es ilegal "per se" si hay relativamente poco que considerar para condenar la práctica con la razonable seguridad de que estamos haciendo del mundo económico un lugar mejor. En contraste aplicamos un "principio de la razón", más completo, cuando los efectos competitivos son menos evidentes de inmediato. En tales casos, primero debemos determinar si existe poder de mercado capaz de ser ejercido. Si es así, debemos saber si este ejercicio en particular

En efecto, nuestro marco normativo contempla el análisis de eficiencias para la valoración de las conductas prohibidas⁴, y establece que la carga de la prueba sobre la existencia de las mismas recae sobre la persona física o jurídica que las alegue⁵. De esta manera se concede al infractor la posibilidad de ofrecer argumentos válidos o razones legítimas que sean relevantes para justificar o eximir su responsabilidad en la comisión de una infracción.

El caso que nos ocupa trata sobre una norma jurídica que prohíbe a una firma en posición dominante negarse a satisfacer las demandas de compra de productos o prestación de servicios de manera injustificada. *Sensu contrario* la norma no prohíbe de manera absoluta que una firma en posición dominante se niegue a satisfacer lo que se le demande, toda vez que puede existir una justificación válida para dicha negativa.

Al respecto, se destaca que la guía orientativa⁶ que fuera utilizada en la fundamentación del fallo que comentaremos a continuación, determina de manera clara que incumbe a la empresa dominante presentar todas las pruebas necesarias para demostrar que la conducta en cuestión está justificada objetivamente⁷.

Además, el fallo ha incorporado al análisis del tipo infractor otros elementos particulares que no se encuentran expresamente señalados en la normativa paraguaya vigente. Si bien la absolución no se fundamenta expresamente en la ausencia de estos elementos adicionales, en el fallo se sostiene que estos debieron ser demostrados. Aún así, y si bien no corresponde exigir la demostración de elementos que no forman parte del tipo infractor para la acreditación de la conducta imputada, *so pena* de violentar el principio de legalidad; nos serviremos de la guía orientativa utilizada en la fundamentación del fallo para referirnos a los elementos que, según la misma, deben ser considerados para concluir que un insumo es objetivamente necesario para competir en un mercado descendente. Sobre este punto, es relevante señalar que al tratarse del primer caso sobre abuso de posición dominante en nuestro país, no existía un precedente legal (*stare decisis*) hasta el momento del fallo, y en tanto la incorporación de estos elementos no podía preverse.

es perjudicial y, en tal caso, si es esencial para cualquier beneficio que se reclame por ello. Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise, Principle and Execution* [La Empresa Antimonopolio. Principio y Ejecución (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008)], 108.

⁴ Ley N.º 4956/2013 de Defensa de la Competencia. Artículo 2º. inc. 3. A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el numeral anterior, el órgano de aplicación tomará en cuenta si estas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos involucrados comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas y el beneficio que se traslada a los consumidores.

⁵ Decreto 1490/2014 por el cual se reglamenta la ley N.º 4956/2013 "Defensa de la Competencia". - Art. 3º. - Carga de la Prueba. Para verificar la existencia de la infracción, en los casos de las conductas tipificadas en el Capítulo II De los Acuerdos Prohibidos y el Capítulo III de las Conductas Abusivas del Título I de la Ley, la carga de la prueba recae sobre la CONACOM. Por el contrario, una vez probada la existencia de una infracción, la carga de la prueba sobre la existencia de ganancias en eficiencia económica que compensen sus efectos negativos en el mercado recaerá sobre la persona física o jurídica que las alegue.

⁶ Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (Texto pertinente a efectos del EEE) (OJ C, C/45, 24.02.2009, p. 7, CELEX: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224(01))). En adelante: Comisión Europea, "Comunicación".

⁷ Comisión Europea. "Comunicación", par. 31.

Regulación asimétrica. Abuso de posición dominante. Carga de la prueba.

En primer término, hemos de decir que, si bien tener una posición dominante conlleva una responsabilidad especial⁸, gozar de esta posición no es una circunstancia que este prohibida en sí misma⁹. La prohibición impone obligaciones a las empresas dominantes, las cuales no se aplican al resto de los participantes del mercado. En este sentido el abuso de una posición dominante contiene dos dimensiones, una estructural, relativa a la condición de dominante de la firma en el mercado en el que opera, y otra conductual, vinculada al comportamiento de la firma en dicho mercado.

De esta manera se destaca que el abuso tiene una relación estrecha con el comportamiento individual¹⁰ de una firma y la influencia que este comportamiento pueda tener sobre las condiciones de competencia en el mercado en el que opera¹¹. Por su parte, el enunciado normativo que prohíbe el abuso determina de manera objetiva y general cuales son las formas o conductas específicas en las que el abuso puede manifestarse. Siguiendo esta línea argumentativa podríamos afirmar que quien goce de una posición dominante, tiene la especial responsabilidad de no incurrir en las formas o conductas en las que el abuso puede manifestarse, o lo que es lo mismo, quien goce de una posición dominante se encuentra sometido a una regulación asimétrica.

En este sentido, es preciso hacer énfasis en que la LDC establece una presunción *juris tantum* sobre la conducta del dominante. Esto es así toda vez que, para evaluar la legalidad de las conductas o acuerdos que puedan restringir la competencia, nuestra normativa utiliza la regla de la razón. Es decir, la prohibición opera solamente en ausencia de argumentos válidos o razones legítimas que respalden el no cumplimiento de la disposición normativa. Esta justificación de la firma dominante puede hacerse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria y/o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores¹². En el caso contrario, la conducta es considerada como abusiva.

A su vez, nuestra normativa dispone que la carga de la prueba para verificar la existencia de la infracción recae sobre la autoridad de aplicación. Luego, una vez probada la existencia de una infracción, la carga de la prueba respecto de la

⁸ Esta declaración se repite de manera habitual en las sentencias de los tribunales de la Unión Europea y en las decisiones de la Comisión sobre el artículo 102. Wish y Baily, *Competition Law*, 202.

⁹ El art. 9º LDC in fine dispone que (...) Los que detentan una posición dominante de mercado no serán pasibles, por esa sola circunstancia, de sanciones establecidas en la presente Ley, (...).

¹⁰ (...) Este concepto de independencia está relacionado con el grado de presión competitiva ejercido sobre la empresa en cuestión. La dominación implica que esta presión competitiva no es suficientemente eficaz y, por lo tanto, que la empresa en cuestión disfruta de un poder de mercado sustancial durante cierto tiempo. Esto significa que las decisiones de la empresa son en gran parte insensibles a las acciones y reacciones de sus competidores, sus clientes y, en último término, de los consumidores. (...) Comisión Europea. "Comunicación", 10.

¹¹ Si bien el art. 9º LDC prohíbe la explotación abusiva por una o varias personas jurídicas, no es el objetivo de este trabajo profundizar sobre la dominancia conjunta, figura por demás controvertida en la materia.

¹² Comisión Europea. "Comunicación", pág. 28.

existencia de ganancias de eficiencia económica recaerá sobre la persona física o jurídica que las alegue. Volveremos sobre este punto más adelante, cuando hagamos referencia a las formas en las que puede demostrarse que una conducta es objetivamente necesaria y/o que genera eficiencias, de acuerdo a la guía orientativa utilizada en la fundamentación del fallo.

La determinación del abuso de una posición dominante, al menos de acuerdo a nuestro marco normativo, es el resultado de un proceso lógico formal que sigue una estructura coherente y sistemática. Destacamos nuevamente que si bien el solo hecho de infringir alguna de las formas o conductas listadas en el artículo 9º podría ser calificado como una conducta abusiva *prima facie*, nuestra normativa concede a las empresas dominantes la posibilidad de justificar su comportamiento¹³.

Intencionalidad

Capítulo aparte constituye la sección *in fine* del art. 9º LDC que incorpora al tipo infractor la necesidad de comprobar que las actividades prohibidas han sido realizadas con el fin de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros. Este elemento subjetivo no se corresponde con las fuentes normativas en las cuales se inspira nuestra legislación. Al respecto se ha dicho que *“la nota característica de este concepto de abuso, aplicado en las primeras decisiones sobre conductas abusivas, es su naturaleza objetiva. Para la concurrencia de ilícito no es necesaria la existencia de culpa o intención, ni siquiera una actuación moralmente reprobable. El elemento subjetivo se ignora completamente, tal y como también ocurre en sentencias como Continental Can o United Brands”*¹⁴.

Con la inclusión de este elemento sobre el final del enunciado normativo del artículo 9º LDC, el legislador nacional ha desatendido el desarrollo jurisprudencial y doctrinario alcanzado en la materia, poniendo en riesgo la eficacia de dicha disposición.

El fallo en consideración, también abordó la cuestión de la intencionalidad, señalándose que la calificación de abusiva de una conducta debe quedar sometida a ciertos límites derivados de los rasgos fundamentales de la noción de

¹³ Sobre el concepto de justificación objetiva se ha dicho que: “(...) es evidente que la jurisprudencia comunitaria ofrece a las empresas dominantes la posibilidad de demostrar una justificación objetiva de su comportamiento, aunque se trate de un abuso *prima facie*. Me ocuparé ahora de la cuestión de la justificación objetiva. He de añadir que el análisis de dos fases sugerido por la distinción entre un comportamiento abusivo y su justificación objetiva es, en mi opinión algo artificial. El art. 82, a diferencia del artículo 81, no contiene ninguna disposición expresa para la exención de los comportamientos que, de no ser por dicha exención, estarían comprendidos en él. En efecto, el propio hecho de que el comportamiento sea calificado como «comportamiento abusivo» sugiere que ya se ha alcanzado una conclusión negativa, a diferencia de la terminología más neutral de «impedir, restringir o falsear el juego de la competencia» con arreglo al artículo 81 CE. Conclusiones del Abogado General SR. F.G. JACOBS presentadas el 28 de octubre de 2004 en el caso C-53/03 Syfait y otros. [2005] ECR I-4609, para. 71. ECLI:EU:C:2005:333

¹⁴ Daniel Escoda Villacorta y Beatriz Sanz Fernández-Vega, “Prohibición del abuso de posición dominante (II): tipos de abuso”, Tratado de Derecho de la Competencia. José María Beneyto, y Jerónimo Mailló [Directores]. (2da. ed., Tomo I, Barcelona, España y Unión Europea, Editorial Wolters Kluwer,) p. 461.

abuso, entre los cuales se explicita que el abuso es un concepto objetivo¹⁵. Sin embargo, con posterioridad y de manera contradictoria, en el mismo fallo se señala que la sección *in fine* del art. 9º LDC cobra especial importancia a la hora de definir los factores que deben ser alegados y probados por la autoridad de aplicación para valorar y sancionar una supuesta conducta abusiva¹⁶. Factores que, como veremos, no surgen del texto de la ley.

Alegaciones comprobadas

Excede el propósito de este trabajo referirse a la naturaleza y los diferentes tipos de abuso de posición dominante. Tampoco ahondaremos en los hechos relevantes o no controvertidos del caso. Nos limitaremos a mencionar que el fallo absolutorio tuvo por probado:

1. Que aguas arriba existe un mercado relevante consistente en la distribución mayorista de las señales que incluyen la transmisión en vivo y en directo de los partidos de fútbol de los campeonatos de primera división organizados por la APF, con alcance nacional, en el cual TELEDEPORTES estaría cometiendo la supuesta negativa de suministro de un insumo, esencial¹⁷ para competir en el mercado aguas abajo¹⁸.

2. Que el mercado aguas abajo, afectado, y también definido, es el mercado de televisión por suscripción, incluyendo a los cableoperadores de distribución, UHF, DATDH, IPTV y Personal Flow (OTT), con alcance nacional¹⁹.

3. Que la firma TELEDEPORTES goza de una posición de dominio en el mercado de distribución mayorista de las señales que incluyen la transmisión en vivo y en directo de los partidos de fútbol de los campeonatos de primera división organizados por la APF, con alcance nacional, al no estar expuesto a una competencia efectiva y sustancial en el mismo.²⁰

4. Que existió una denegación de suministro por parte de la acusada.²¹

Finalmente también quedó demostrado que numerosos competidores en el mercado de TV por suscripción en Paraguay, contrario a lo sucedido en su momento con AMX y TUVES, se vieron favorecidos con la provisión del insumo en cuestión, mediante la provisión por parte de TELEDEPORTES de manera usual y sin inconvenientes de las señales de TIGO SPORTS y TIGO SPORTS+ en sus grillas²².

¹⁵ "TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 110.

¹⁶ *Ibid.* 118.

¹⁷ Nos referiremos a la esencialidad o necesidad objetiva del insumo en los apartados finales.

¹⁸ "TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 97.

¹⁹ *Ibid.* 97.

²⁰ *Ibid.* 99.

²¹ *Ibid.* 125.

²² *Ibid.* 126.

Análisis sobre la Justificación de la Denegación

Una vez constatado el hecho de que existió una denegación de suministro por parte de un actor en posición dominante, corresponde analizar la justificación del dominante respecto de su conducta. En las próximas líneas nos referiremos brevemente al análisis realizado por el órgano investigador respecto de la justificación aportada por la investigada. Luego haremos una breve referencia a la inexistencia de alegaciones sobre ganancias en eficiencia económica. Finalmente, expondremos el razonamiento que fuera desarrollado para afirmar que la negativa se dio con la intención de obtener ventajas indebidas y causar perjuicios a otros.

La firma investigada justifico su denegación a proveer las señales solicitadas en un derecho de autor que protege su obra²³. Al respecto la Dirección de Investigación procedió a examinar si esta circunstancia era suficiente a efectos de justificar la conducta del infractor. Este hecho planteaba un antagonismo entre las normas de Derecho de Autor y las de Derecho de la Competencia, ambas con el mismo rango constitucional y pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico. En tanto se llevó a cabo un análisis de los derechos resguardados por el derecho de autor, y si estos se verían conculcados en el supuesto de imponer una obligación de suministro²⁴. Es decir, se procedió a evaluar si la conducta en cuestión fue imprescindible y proporcional a su presunto objetivo.

Luego de analizar la justificación, el órgano investigador llegó a la conclusión de que los Derechos de Autor no pueden ser ejercidos de manera abusiva, provocando una limitación injustificada del comercio. Dicho de otra manera, la interpretación sobre el alcance de los Derechos de Autor debe excluir cualquier circunstancia en la que estos limiten o restrinjan abusiva o injustificadamente el comercio o el libre mercado. *“El ejercicio de un Derecho de Propiedad Intelectual, como lo son los Derechos de Autor, no puede limitar o restringir el comercio de manera abusiva o injustificable, o en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”*²⁵.

Finalmente fueron analizados cada uno de los aspectos comprendidos dentro de los derechos de autor²⁶, observándose que ninguno se vería perturbado por la provisión del insumo solicitado por AMX y TUVES²⁷. En tanto, el órgano investigador concluyó que la denegación de un insumo que tiene como efecto restringir injustificada o abusivamente la competencia, claramente constituye una limitación en el comercio, circunstancia que no está permitida en el ejercicio

²³ Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, (Dirección de Investigación, 29 de abril, 2021), 19 - 20.

²⁴ Ibid. 66 - 71.

²⁵ Ibid. 66

²⁶ Ley N.º 1328/1998 de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Art. 15: El autor de una obra tiene por el solo hecho de la creación la titularidad originaria de un derecho oponible a todos, el cual comprende los derechos de orden moral o patrimonial determinados en la presente ley. La enajenación del soporte material que contiene la obra, no implica ninguna cesión de derechos en favor del adquirente, salvo estipulación contractual expresa o disposición legal en contrario. A su vez el artículo 18 del mismo cuerpo legal, reza: Son derechos morales: 1. el derecho de divulgación; 2. el derecho de paternidad; 3. el derecho de integridad; y 4. el derecho de retiro de la obra del comercio.

²⁷ Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, (Dirección de Investigación), 68 - 70.

de los Derechos de Autor. No pueden invocarse estos derechos como único medio de justificación para denegar un insumo²⁸.

Falta de racionalidad económica

Al mismo tiempo se señaló que la contraprestación abonada por los demás operadores de TV por suscripción²⁹ demuestra que lo solicitado por AMX y TUVES es técnica y económicamente viable, además de lucrativo para TELEDEPORTES. En este sentido, al no haberse concedido la señal solicitada por las denunciantes, precisamente las dos operadoras que –por cantidad de suscriptores– estarían abonando a TELEDEPORTES montos mucho mayores que los demás competidores, se renunció a la contraprestación que estas firmas pudieron haber abonado, y al consecuente lucro derivado de esta actividad.

Esta situación resulta un contrasentido desde el punto de vista económico, en otras palabras, carece de una racionalidad o lógica económica legítima. Llegados a este punto resulta oportuno recordar que en el fallo se señala, citando a Gutiérrez, que la calificación de abusiva de una conducta debe quedar sometida a ciertos límites derivados de los rasgos fundamentales de la noción de abuso, entre los cuales se menciona que “... no existirá abuso si la conducta está objetivamente justificada, esto es, si responde a una racionalidad económica distinta de la simple restricción de la competencia en el mercado” o, dicho de otra forma, “... las conductas sin justificación objetiva son las que carecen de una racionalidad o lógica económica legítima (i.e., distinta de la voluntad de dañar a un competidor o restringir la competencia) y las que resulten comercialmente arbitrarias³⁰. Sobre este contrasentido, nos referiremos en próximos apartados en atención a su vinculación con la intencionalidad de la conducta.

Ganancias en eficiencia

Por lo demás, no se presentaron documentos ni fundamentación técnica alguna que indique ganancias en eficiencia económica generadas a partir de la conducta objeto de la investigación.

Sobre la intencionalidad de la conducta

El informe técnico de acusación argumenta sobre cuál fue el impacto razonablemente anticipado que tuvo la investigada al momento de tomar la decisión de denegar la provisión de sus señales, considerando que la misma tiene como actividad principal el desarrollo de contenidos de TV y fútbol³¹. La conclusión a la que se llegó en la acusación es que “*la denegación se sustenta en que la investigada se encuentra en una situación de superioridad respecto de sus*

²⁸ Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, (Dirección de Investigación), 70.

²⁹ Copaco y las demás cableoperadoras del interior que si contrataban con TELEDEPORTES.

³⁰ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 112.

³¹ Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, (Dirección de Investigación, 29 de abril, 2021), 72.

competidores en el mercado de televisión por suscripción a nivel nacional y que esta superioridad deviene del alto poder de negociación que ostenta al ser el [único] distribuidor de señales de fútbol paraguayo, que incluye contenido con alto valor de programación, y a la vez ser propietario del más grande operador de TV por suscripción de nuestro país³². Continúa el informe técnico señalando que – “... al no ser independiente TELEDEPORTES, se reducen los incentivos para maximizar beneficios en el eslabón de la cadena en el que opera”³³.

Finalmente se señala que “la denegación no encuentra razonabilidad o sentido económico salvo el de eliminar o disminuir la [intensidad] de la competencia en el mercado de televisión por suscripción en el Paraguay, obteniendo [de esta manera] ventajas indebidas y causando perjuicio a sus competidores en dicho mercado afectado”³⁴. Es decir, el impacto razonablemente esperado por la investigada al denegar el insumo, renunciando a las rentas que podría haberle reportado el licenciamiento de las señales tanto a AMX como a TUVES, fue el de obtener una ventaja anticompetitiva en el mercado aguas abajo, donde se distribuyen estas señales.

Razonamiento del fallo

El fallo es absolutorio. En el mismo se concluye que en la acusación no se acreditó que la conducta imputada a TELEDEPORTES fuera injustificada. Por otra parte, el órgano juzgador señaló cuál es, a su criterio, la manera en que debe analizarse si una conducta es o no objetivamente necesaria a efectos de su justificación. Finalmente, se describen otras circunstancias particulares que, a criterio del órgano decisorio, debieron haber sido consideradas por el órgano acusador a fin de acreditar la conducta imputada.

Entre sus conclusiones, el Directorio se realiza la siguiente pregunta –¿Podemos acaso, a partir de un hecho – ciertamente probado – de la provisión a unas empresas de un bien o servicio, que la negativa a conceder dicha provisión a otras es, por esa sola razón, prueba suficiente de que dicha denegación es injustificada? – continúa el órgano decisorio respondiéndose que: –no cabe duda de que cuando una empresa en posición de dominio deniega un suministro, del que además es el único proveedor, constituye un indicio de que tal conducta podría constituir un abuso.³⁵ – (...) Sin embargo, este indicio requiere de otros elementos que puedan llevar a la convicción de que la negativa en cuestión es injustificada. (...) Como señalamos más arriba, de la mano de Alfonso Gutierrez, [...] no existirá abuso si la conducta está **objetivamente justificada**, esto es, si

³² Ibid. 72

³³ Comisión Nacional de la Competencia (CNC). (2008). Informe sobre la Competencia en los Mercados de Adquisición y Explotación de Derecho Audiovisuales de Fútbol en España. Madrid, España: Comisión Nacional de la Competencia, p. 45. citado en el Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, 73 y 74.

³⁴ Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, (Dirección de Investigación, 29 de abril, 2021), 74.

³⁵ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/JAL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 126.

responde a una racionalidad económica distinta de la simple restricción de la competencia en el mercado. Ni en la acusación, ni en los alegatos finales, la DI bajo el título LA NEGATIVA ES INJUSTIFICADA A LA LUZ DE LA LDC aporta hechos o teorías económicas (con base fáctica) que siquiera pretendan explicar lo injustificado de la decisión de TELEDEPORTES de negarse a proveer a otros competidores de las señales del fútbol nacional³⁶.

Nótese que a criterio del órgano resolutorio la justificación sobre si una conducta está o no justificada recae sobre el órgano acusador. Sin embargo, en el fallo no se explica ni se razona sobre cuál es el fundamento de esta inversión en la carga de la prueba.

Asimismo, debemos destacar que si bien para el órgano juzgador está claro que el ejercicio del derecho excluyente que importan los derechos de propiedad intelectual, puede suponer un comportamiento abusivo³⁷, en el fallo no se realiza una ponderación respecto del análisis realizado en la acusación en relación a la justificación de la conducta alegada por la investigada. Tan solo se esgrimió que el caso no debía girar en torno a la prevalencia del derecho de la competencia sobre los derechos de propiedad intelectual sino sobre la comprobación de la concurrencia de los factores y circunstancias genéricos del tipo abuso de posición dominante y, más específicamente, la concurrencia cumulativa de las siguientes circunstancias: que el insumo es objetivamente necesario para competir con eficacia en un mercado descendente; sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente y; sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores³⁸.

Finalmente, es preciso hacer notar que estos factores y circunstancias a los que se refiere el órgano juzgador, y los cuales a su criterio debieron ser tenidos en cuenta por el órgano investigador para determinar que una conducta es injustificada, fueron extraídos *in totum* de la *Comunicación*, la cual es utilizada para orientar las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 102 TFUE³⁹. Recordemos que este artículo se refiere a la conducta unilateral de empresas dominantes que actúan de manera abusiva. En particular estos elementos son tenidos en cuenta para determinar de manera general, en que casos la Comisión Europea priorizará su intervención⁴⁰, pero en ningún caso

³⁶ Ibid. 127.

³⁷ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 137.

³⁸ Ibid. 137.

³⁹ Euro Lex, "Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea", consultado en: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2008/art_102/oj Artículo 102 (ex art. 82 TCE) Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, en:

a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

⁴⁰ Por lo general, la Comisión intervendrá de conformidad con el artículo 82 cuando, sobre la base de pruebas sólidas y convincentes, sea probable que la conducta presuntamente abusiva dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado. La

resultan relevantes para llegar a una conclusión sobre la legalidad o justificación de una conducta anticompetitiva⁴¹.

Incumbe a la empresa dominante demostrar que la conducta es objetivamente justificada

A continuación, nos adentraremos en el texto de la *Comunicación* a fin de analizar como se establece en la misma la carga de la prueba en lo que respecta a la justificación de una conducta anticompetitiva. Antes, recordemos que el enunciado del artículo 9º LDC dice, en lo pertinente, que la conducta prohibida a un dominante es “*la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra de productos o prestación de servicios*”. De esta manera, una vez determinada la existencia de una posición dominante, y verificada la negativa (el abuso de dicha posición), el siguiente paso lógico es el de evaluar si la conducta se encuentra o no justificada. Veamos entonces.

En su sección III D, la cual hace referencia a la necesidad objetiva y eficiencias, la *Comunicación* dice:

- 28. *En su aplicación del artículo 82, la Comisión también examinará las alegaciones presentadas por una empresa dominante para justificar su conducta. Esta justificación de la empresa dominante puede hacerse demostrando que su conducta es objetivamente necesaria o que genera eficiencias sustanciales que superan cualquier efecto anticompetitivo para los consumidores. En este contexto, la Comisión evaluará si la conducta en cuestión es imprescindible y proporcional al presunto objetivo de la empresa dominante.*⁴²

- 30. *Incumbe a la empresa dominante presentar todas las pruebas necesarias para demostrar que la conducta en cuestión está justificada objetivamente. A continuación, es la Comisión la que debe evaluar en último término si la conducta en cuestión es o no objetivamente necesaria y, tras ponderar cualesquiera efectos anticompetitivos evidentes y cualesquiera eficiencias alegadas y justificadas, si es probable que dé lugar a un perjuicio para los consumidores.*⁴³

Constatamos de esta manera la concordancia entre lo estipulado en nuestro marco normativo y la *Comunicación* respecto a quien compete justificar la conducta.

Por otra parte, concluye el órgano decisorio que la DI tendría que haber valorado, sobre la base de pruebas sólidas y convincentes, si la imposición de la

Comisión considera que, para efectuar esta evaluación, son generalmente pertinentes los siguientes factores: (...). Comisión Europea. “Comunicación”, pág. 20.

⁴¹ En relación a su carácter de guía orientativa se ha dicho que “... la orientación no es un conjunto de pautas que describen la ley existente. Más bien, explica por qué la Comisión, con sus recursos limitados, tendría un mayor interés en investigar algunos casos que otros; en particular, explica que es la probabilidad de que una determinada conducta pueda causar exclusión competitiva y, en última instancia, causar daño a los consumidores, lo que legitima la intervención por parte de la Comisión. Wish y Baily, *Competition Law*, 187.

⁴² Comisión Europea, “Comunicación”, par. 28.

⁴³ *Ibid.*, par. 31.

obligación de conceder accesos a los contenidos desarrollados por TELEDEPORTES, de sus canales TIGO SPORTS y TIGO SPORTS+, fruto de fuertes inversiones, no llevarían a largo plazo a desestimular la inversión y la innovación.⁴⁴

Al respecto la *Comunicación* dice que:

- 89. *La Comisión tomará en consideración las alegaciones de la empresa dominante de que la denegación de suministro es necesaria para que la empresa dominante pueda obtener un rendimiento adecuado de las inversiones necesarias para desarrollar su actividad comercial de suministro de insumos, lo que crea incentivos para seguir invirtiendo en el futuro, teniendo en cuenta el riesgo de fracaso del proyecto. La Comisión también tomará en consideración los argumentos de la empresa dominante de que su propia innovación se verá afectada negativamente por la obligación de suministro o por los cambios estructurales de las condiciones de mercado que conllevará la imposición de dicha obligación, incluido el desarrollo de la innovación subsiguiente por parte de los competidores*⁴⁵. -

- 90. *Sin embargo, al considerar estos argumentos, la Comisión velará por el cumplimiento de las condiciones establecidas en la sección III D. En especial incumbe a la empresa dominante demostrar cualquier probable impacto negativo de una obligación de abastecer sobre su propio nivel de innovación. Si una empresa dominante ya ha suministrado el insumo en cuestión, esto puede ser pertinente a la hora de examinar los argumentos de que la denegación de suministro se justifica por razones de eficiencia*⁴⁶. -

A continuación, en el fallo se insiste en que *-faltan, pues, en la acusación de la DI, respecto de lo injustificado de la denegación, no solo un análisis con la profundidad que el asunto requiere, sino también las pruebas concretas, sólidas y convincentes que sustenten dicho análisis*⁴⁷. - Más adelante, se expresa en el fallo que *-la tarea de investigación debió centrarse en la obtención de pruebas, directas o indirectas, que pudieran llevarnos a la convicción de que la negativa (probada) es injustificada (no probada)-*.⁴⁸

Vemos así que el análisis detallado de las conclusiones a las que llega el órgano resolutorio, contrastadas con la guía orientativa que fuera utilizada como base para desarrollar la fundamentación del fallo, nos revela la presencia de un error significativo en su razonamiento. El órgano decisorio, al atribuir la carga de la prueba al órgano acusador, se ha basado en una premisa incorrecta, omitiendo considerar lo expresado en la propia guía orientativa en lo relativo a la carga de la prueba. Por lo demás, reiteramos, el artículo 3º del Decreto Reglamentario N.º 1490/2014, el cual reglamenta la LDC, claramente dispone que una vez probada la existencia de la infracción, la carga de la prueba sobre la existencia

⁴⁴ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 137.

⁴⁵ Comunicación, 89.

⁴⁶ Ibid., 90.

⁴⁷ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 138.

⁴⁸ Ibid. 139.

de ganancias en eficiencia económica que compensen sus efectos negativos en el mercado recaerá sobre la persona física o jurídica que las alegue. Por lo demás, tampoco incumbe al órgano investigador arrimar pruebas respecto de un eventual desincentivo a la inversión y la innovación en caso de imponerse una obligación de suministro.

La interpretación establecida en el fallo nos conduce a una conclusión ilógica. Pretender que el órgano investigador, antes de imputar una conducta como abusiva, deba descartar todas las posibles ganancias en eficiencia que pudieran derivarse de esta conducta, arrimar pruebas respecto de un eventual desincentivo a la inversión, y excluir todas aquellas situaciones que pudieran alegarse a efectos de justificar que una conducta es objetivamente necesaria, resulta irrazonable. Este error compromete seriamente la integridad y la coherencia del fallo.

Incorporación de nuevos factores al tipo infractor.

Antes de considerar esta etapa del análisis es importante recordar que partimos de la base de que exigir la comprobación de elementos o requisitos adicionales que no están contemplados en el tipo legal de la conducta imputada, so pena de tener por no acreditada la misma, excede la competencia y la autoridad del órgano resolutorio, lo cual a su vez quebranta el principio de legalidad. La *Comunicación* a la que se alude en reiteradas oportunidades en la fundamentación del fallo, no es un documento de directrices que describa la ley vigente en nuestro país.

Una vez aclarado lo anterior, avancemos. En el fallo se establece que *–si bien, no cabe duda de que los elementos señalados por la DI son claramente constitutivos del tipo, no es menos cierto, como hemos descrito supra que tanto el tipo general abuso de posición dominante, como el particular, denegación de suministro requieren para su configuración y, por tanto, para su comprobación, la concurrencia de otros factores y circunstancias–*⁴⁹. A renglón seguido continúa señalándose en el fallo que *–se podría afirmar, en sentido contrario, que la literalidad de la norma no exige la comprobación de otras circunstancias adicionales como las señaladas supra, y que los referidos requisitos fueron desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina europeas y españolas en razón de que, como ya dijimos, no cuentan en sus respectivos ordenamientos jurídicos con una disposición similar a la del último párrafo de nuestro artículo 9º–*⁵⁰.

De lo anterior destacamos que el razonamiento empleado para respaldar la inclusión de estos nuevos factores al análisis resulta insuficiente. No se ha establecido una conexión explícita entre los factores incorporados y el elemento de intencionalidad del artículo 9º LDC, el cual además resulta controvertido en el contexto del análisis de un abuso de posición dominante. Al respecto, es oportuno

⁴⁹ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 119.

⁵⁰ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 119

tuno reiterar que la caracterización de la conducta de un dominante como abusiva no depende de su intención subjetiva de excluir competidores o debilitar la competencia. “Las autoridades de competencia analizan el efecto (actual o potencial) de la conducta, no sus razones”.⁵¹

Sobre la necesidad objetiva del insumo.

Si bien el fallo se funda en que no se acreditó que la conducta imputada haya sido injustificada, y en ese sentido –que no resulta de utilidad práctica a los fines de la resolución seguir avanzando en el análisis del cumplimiento de los demás requisitos del tipo–⁵², para el Directorio mereció especial atención el hecho de que la autoridad investigadora no se haya planteado la necesidad de alegarlos y probarlos.

En particular, se hace mención al hecho de que no se acreditó que el producto o servicio resulte esencial para competir con eficacia en un mercado descendente, ya que “... no se cuentan con los elementos suficientes como para llegar a la convicción de que dicho contenido sea esencial u objetivamente imprescindible para competir en el mercado de televisión por suscripción”⁵³. Por lo demás, en la fallo no se indican cuáles son los elementos que debieron estar presentes y, en consecuencia, resultar suficientes para considerar que un insumo es objetivamente necesario para competir en un mercado descendente.

En tanto dedicaremos las líneas finales de este trabajo para conocer cuáles son estos elementos. Para hacerlo nos serviremos, una vez más, de la *Comunicación*, esta vez de su sección referente a la denegación de suministro y compresión de márgenes. Quedará pendiente, para otra ocasión, referirnos al resto de los elementos señalados en la *Comunicación*, y los cuales también formaron parte de la acusación.

Siendo así las cosas, la *Comunicación* señala en lo pertinente que:

– 76. *Por lo general los problemas de competencia surgen cuando la empresa dominante compite en el mercado «descendente» con el comprador al que se niega a suministrar. El término «mercado descendente» se emplea para referirse al mercado para el cual el insumo denegado es necesario para fabricar un producto o prestar un servicio. Esta sección se ocupa únicamente de este tipo de negativas.* –⁵⁴

En relación a los factores específicos para evaluar esta conducta la *Comunicación* señala que:

– 81. *La Comisión considerará que el control de estas prácticas es prioritario siempre que concurren todas las siguientes circunstancias cumulativas:*

la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario

⁵¹ Jones y Sufrin, EC Competition Law, 324.

⁵² TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 139.

⁵³ Ibid. 139 - 140.

⁵⁴ Comisión Europea. “Comunicación”, 76.

para competir con eficacia en un mercado descendente,
sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y
sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.

A continuación, en el párrafo 82 del mismo documento, se menciona que, en algunos casos concretos, no hay razón para que la Comisión se desvíe de su norma general de control y muestre el posible cierre anticompetitivo del mercado sin examinar si concurren las tres circunstancias acumulativas contempladas en el apartado 81. En lo pertinente el párrafo 82 señala que *“en algunos casos concretos, puede ser evidente que la imposición de una obligación de suministro no puede obviamente tener efectos negativos para los incentivos del propietario del insumo y/o de otros operadores para invertir e innovar en el mercado ascendente, ya sea previa o posteriormente”*. Entre otras cosas se señala que *esto puede ocurrir cuando la posición de la empresa dominante en el mercado ascendente se ha desarrollado al amparo de derechos especiales o exclusivos*⁵⁵.

Al respecto es importante señalar que los “derechos de TV de los eventos de fútbol paraguayo organizados por la APF”, son derechos que se explotan de manera exclusiva. En efecto, entre el 2007 y el 2020 se suscribieron al menos 4 contratos de exclusividad entre la propietaria de los derechos y TELEDEPORTES, período de tiempo durante el cual un solo grupo económico fue titular de los derechos de explotación de manera ininterrumpida.

Recientemente, el Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia, a través de su opinión D/03/2023, se pronunció respecto del *“Llamado para adjudicar la cesión de los derechos de TV de los eventos de fútbol paraguayo organizados por la APF correspondientes a los años 2024 al 2027”*⁵⁶. En dicha opinión se analizaron las cláusulas de los contratos suscritos en los años 2007, 2011, 2017 y 2020. Luego de un pormenorizado análisis de todos y cada uno de estos contratos, se señala en la opinión que *“... con base a las condiciones previamente reseñadas, podemos afirmar que no resulta extraña la inexistencia de otros potenciales oferentes y que quien resulte beneficiada con el objeto del contrato pueda ser solamente la contratista, pues las condiciones del contrato implicarían ventajas para la actual cesionaria de los derechos del fútbol”*⁵⁷.

Volviendo al caso que nos ocupa, ya en el informe técnico de acusación se destacaba, en relación a los contratos previamente suscritos entre las partes, que lo pactado en la cláusula de preferencia *“a todas luces bloquea cualquier intento de acceso al mercado por parte de terceros distintos del grupo económico al que pertenece TELEDEPORTES”*⁵⁸. Incluso en el fallo se reconoce que

⁵⁵ Comisión Europea. “Comunicación”, 82.

⁵⁶ Llamado para adjudicar la cesión de los derechos de TV de los eventos de fútbol paraguayo organizados por la APF correspondiente a los años 2024 al 2027. Opinión del Directorio D/03/2023. (Comisión Nacional de la Competencia, 26 de junio de 2023).

⁵⁷ Ibid. 14.

⁵⁸ Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, (Dirección de Investigación, 29 de abril, 2021), 27.

la investigada no estaba expuesta a una presión competitiva suficiente, (...) especialmente, y aunque no es motivo de análisis en este punto, en razón de la cláusula que les otorga un derecho de preferencia y última oferta al momento de licitar nuevamente por los mismos derechos⁵⁹.

En el informe técnico de acusación también se hizo mención a que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), ente regulador de las telecomunicaciones en el territorio nacional, ante un requerimiento de información en el marco del análisis de una operación de concentración, presentó un cuadro comparativo de las ventajas y desventajas competitivas de los diferentes operadores de TV paga, y al momento de referirse a las ventajas en cuanto al contenido de la firma Servicios y Productos Multimedios (SPM) (empresa verticalmente integrada a TELEDEPORTES, por ende parte del mismo grupo económico), destacó que «posee ventaja en cuanto a poseer señal de fútbol nacional, que es un contenido de alta demanda, o contenido MUST HAVE», y al referirse a sus competidores AMX y PERSONAL, menciona que «no posee fútbol nacional, es una desventaja en relación a SPM, COPACO S.A. y operadores locales⁶⁰.

No obstante, el juzgador no otorgó relevancia a estas circunstancias al momento de resolver la cuestión. Si bien, sobre el final del fallo, el Directorio manifestó su preocupación respecto del mercado de adquisición de los derechos de televisación del fútbol de la APF, no se analizó su implicancia en la caracterización del insumo “fútbol paraguayo de primera división o fútbol nacional” como objetivamente necesario para competir en el mercado aguas abajo.

A este respecto, tal como hemos referido más arriba, la propia *Comunicación* reconoce como evidente que, en casos como este, donde la posición dominante de mercado se ha desarrollado al amparo de derechos especiales o exclusivos, la imposición de una obligación de suministrar no tiene efectos negativos sobre los incentivos del propietario/licenciante del insumo para invertir o innovar en el mercado ascendente. En tanto, el posible cierre anticompetitivo del mercado puede demostrarse sin examinar si concurren de manera cumulativa las tres circunstancias contempladas en su apartado 81.⁶¹

Que, en este sentido, y tal como ha sido señalado más arriba, nos limitaremos únicamente a verificar cuales son los requisitos que deben ser considerados para concluir que un insumo es objetivamente necesario para competir en un mercado descendente, quedando pendiente el análisis de los demás factores para una posterior eventualidad.

Insumo objetivamente necesario. Grado de sustituibilidad.

Nos dice la Comunicación al respecto que:

⁵⁹ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 86.

⁶⁰ Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, (Dirección de Investigación, 29 de abril, 2021), 30 - 31.

⁶¹ Comisión Europea. “Comunicación”, pág. 82 in fine.

- 83. Al examinar si una denegación de suministro merece su atención prioritaria, la Comisión considerará si el suministro del insumo denegado es objetivamente necesario para que los operadores puedan competir eficazmente en el mercado. Esto no significa que sin el insumo denegado ningún competidor podría introducirse o sobrevivir en el mercado descendente. Se considerará más bien que un insumo es imprescindible cuando no haya ningún sustituto real o potencial en el que puedan basarse los competidores del mercado descendente para contrarrestar –al menos a largo plazo– las consecuencias negativas de la denegación. A este respecto, la Comisión procederá por lo general a evaluar si los competidores podrían realmente, en un futuro próximo, producir un insumo igual que el de la empresa dominante. Esta capacidad de copiar el insumo supone la creación de una fuente alternativa eficaz de suministro que permita a los competidores ejercer una presión competitiva sobre la empresa dominante en el mercado descendente (...). -

En este sentido conviene recordar que, según lo expresado por el mismo órgano resolutorio al momento de definir el mercado relevante, «el mercado de producto relevante del fútbol paraguayo de primera división es un mercado en sí mismo»⁶² y que «el producto fútbol local tampoco puede ser sustituible desde la perspectiva del proveedor, por una parte, porque las características propias del producto son irreplicables...»⁶³.

Vemos así que es el propio órgano decisorio quien ha reconocido, tal como fuera alegado en la acusación, que el insumo en cuestión no tiene sustituto, y en consecuencia (siguiendo el propio criterio de la *Comunicación*) el mismo es objetivamente necesario para competir con eficacia en un mercado descendente, o lo que es lo mismo, que no existe la posibilidad de crear una fuente eficaz de suministro que permita a los competidores ejercer una presión competitiva efectiva sobre la empresa dominante en el mercado descendente.

La esencialidad o la necesidad objetiva de un insumo no forma parte del tipo legal descrito en el numeral 3 del artículo 9º LDC. Aún así, se ha recurrido a una guía orientativa a fin de sustentar la necesidad de su configuración a efectos de imputar la negativa injustificada de suministro como una conducta abusiva. Si bien esta guía no forma parte del marco legal aplicable, hemos utilizado los criterios y elementos establecidos en ella para determinar si un insumo es objetivamente necesario para competir en un mercado descendente. De esta manera, siguiendo los estándares establecidos en la *Comunicación*, nos encontramos con que la presencia de los elementos requeridos por la misma es innegable. En tanto deben cuestionar y rechazarse las conclusiones del fallo que sugieren lo contrario, ya que contradicen la evidencia y el análisis basado en la propia guía orientativa aludida en múltiples ocasiones en la resolución de este caso.

⁶² TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 86.

⁶³ TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013 Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021), 86.

Consideraciones finales

A modo de conclusión, recapitulemos. El abuso de posición dominante ha sido tradicionalmente reconocido como una conducta objetiva, es decir, que para la concurrencia del ilícito no debería ser necesario la existencia de culpa o intención, ni siquiera una actuación moralmente reprobable. A pesar de esto el legislador nacional ha incorporado a la redacción del texto normativo un elemento subjetivo, sin considerar plenamente su impacto en el contexto general, lo que puede conducir, como hemos visto, a una interpretación o aplicación errónea que contradice su intención original.

El criterio sentado por el Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia, en este primer antecedente sobre abuso de posición dominante, es que quien debe demostrar lo injustificado de una conducta abusiva es la Dirección de Investigación. Se ha omitido, sin embargo, hacer referencia a las razones que sustentan esta inversión en la carga de la prueba. Como resultado del criterio adoptado, de aquí en adelante el órgano investigador deberá considerar y descartar todas y cada una de las circunstancias que pudieran justificar una conducta abusiva antes de imputar una infracción a un investigado, esto incluye evaluar las posibles ganancias en eficiencia económica derivadas de la conducta.⁶⁴

Por otra parte, la resolución absolutoria tampoco justifica suficientemente la utilización y la exigencia de la demostración de factores adicionales extraídos de una guía orientativa. En este trabajo no hemos tenido oportunidad de referirnos a todos estos elementos, no obstante, nos centramos en las consideraciones relacionadas con la necesidad objetiva del insumo denegado. En el fallo se niega que dicha circunstancia haya sido probada, sin embargo, al momento de definir el mercado relevante, ha sido el propio órgano decisorio quien ha sostenido que el insumo del que se trata no puede ser fácilmente duplicado o sustituido por los competidores. Este criterio de valoración es justamente el utilizado en la *Comunicación* para analizar si el suministro del insumo denegado es objetivamente necesario para que los operadores puedan competir eficazmente en un mercado descendente.

En cualquier caso, el principal equívoco cometido en este punto no radica en la ilegalidad o la falta de justificación en la utilización de guías u orientaciones extranjeras para fundamentar el fallo. Más bien, el problema surge en atención a que el documento aludido es originalmente utilizado como marco de referencia para valorar la priorización de actuaciones, y no como una guía que describe elementos típicos necesarios para determinar si una conducta será considerada o no como una infracción. Se trata, por tanto, de un enfoque que requiere una revisión a fin de asegurar una utilización más precisa y coherente de los lineamientos traídos a colación. En este sentido sería recomendable incorporar

⁶⁴ En fecha 28 de diciembre del 2021, la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia formuló un recurso de reconsideración contra la Resolución D/AL N.º 87/2021. Dicho recurso fue rechazado mediante la Resolución D/AL N.º 09/2022, en la cual se sentó la postura respecto de que la Dirección de Investigaciones no puede recurrir una resolución del Directorio en la que no posee interés legítimo ni le genera agravio. Asimismo, se sentó el criterio de que, en los procesos seguidos ante la CONACOM, la Dirección de Investigación no reviste la calidad de parte sino la de instructor.

una directriz normativa propia que funcione como guía interpretativa para este tipo de casos. De esta manera, la autoridad de aplicación podría establecer sus criterios de priorización e interpretación, lo que contribuiría a reducir la incertidumbre en torno a las acciones que una empresa en posición dominante puede o no llevar a cabo.

De lo anterior no podemos concluir sino que las razones y justificaciones formuladas en la resolución absolutoria no son suficientes ni adecuadas para sostener su decisión. Confiamos en que este análisis crítico contribuya a un diálogo constructivo y a una mejor comprensión en torno a este y otros temas relacionados al derecho de la competencia en nuestro país.

REFERENCIAS

- *Conclusiones del Abogado General SR. F.G. JACOBS presentadas el 28 de octubre de 2004 en el caso C-53/03 Syfait y otros.* [2005] ECR I-4609, para. 71. ECLI:EU:C:2005:333.
- *Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes (Texto pertinente a efectos del EEE)* (OJ C, C/45, 24.02.2009, 7, CELEX: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52009XC0224(01)))
- *Decreto N.º 1490/2014 por el cual se reglamenta la Ley N.º 4956/2013 “Defensa de la Competencia”.* Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. España. «BOE» núm. 159, de 04 de julio de 2007.
- *Escoda Villacorta, Daniel y Sanz Fernández-Vega, Beariz.* “Prohibición del abuso de posición dominante (II): tipos de abuso”, *Tratado de Derecho de la Competencia.*
- *José María Beneyto, y Jerónimo Maillo [directores].* (2da. ed., Tomo I, Barcelona, España y Unión Europea, Editorial Wolters Kluwer).
- *Hovenkamp, Herbert.* “The Antitrust Enterprise, Principle and Execution” [La Empresa Antimonopolio. Principio y Ejecución]. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

- Informe técnico de acusación - Expediente N.º 3/2020 - TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY 4956/2013, (Dirección de Investigación, 29 de abril, 2021).
- Jones, Allison y Sufrin, Brenda. "EC Competition Law. Text, Cases and Materials" [Derecho de Competencia de la Comisión Europea. Textos, casos y materiales], 3ra. ed. (Oxford, Reino Unido: Oxford University Press).
- Ley N.º 1328/1998 de Derecho de Autor y Derechos Conexos.
- Ley N.º 4956/2013 de Defensa de la Competencia. Paraguay
- "Llamado para adjudicar la cesión de los derechos de TV de los eventos de fútbol paraguayo organizados por la APF correspondiente a los años 2024 al 2027". Opinión del Directorio D/03/2023. (Comisión Nacional de la Competencia, 26 de junio de 2023).
- "TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013, Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL N.º 87 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 23 de noviembre, 2021).
- "TELEDEPORTES PARAGUAY S.A. S/ SUPUESTA INFRACCIÓN DE LA LEY N.º 4956/2013, Sumario de Investigación N.º 003/2020, Resolución D/AL 09 (Comisión Nacional de la Competencia del Paraguay, 09 de febrero, 2022).
- Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - Tercera Parte: Políticas y acciones internas de la Unión - Título VII: Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones - Capítulo 1: Normas sobre competencia - Sección primera: Disposiciones aplicables a las empresas - Artículos 101 y 102 (antiguos artículos 81 y 82 TCE).
- Wish, Richard y Bailey, David. "Competition Law" [Derecho de Competencia], 8ª edición. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2015.

EL PAPEL DE LA REGULACIÓN LEGAL DE COMPETENCIA EN LA CORRECCIÓN DE FALLOS DE MERCADO Y LA BÚSQUEDA DE BIENESTAR SOCIAL

Fátima María Prono Brítez¹

RESUMEN: El derecho y la economía se reúnen en una disciplina que reconoce que estos dos ámbitos del saber deben permanecer juntos para un mayor entendimiento de la regulación en los mercados. La regulación en materia de competencia, en los últimos años ha cobrado mayor protagonismo a nivel Latinoamérica y Paraguay no queda exceptuado de ello, iniciando sus primeros pasos en la materia en el año 2013 y continuando con una actuación cada vez más protagonista. Es así que a lo largo del ensayo se realizará un análisis de la regulación legal de competencia en el país, resaltando sus ámbitos de actuación. Por otro lado, se desarrollará un análisis en conjunto legal y económico, donde se demostrará que la finalidad de la regulación en competencia es la búsqueda de mercados más eficientes, con igualdad de oportunidades para todos sus competidores y con un fin común que constituye en el bienestar social.

PALABRAS CLAVES: Regulación, competencia, libre concurrencia, fallos de mercado, bienestar social, acuerdo restrictivo, conducta abusiva.

ABSTRACT: Law and economics come together in a discipline that recognizes that these two fields of knowledge must remain together for a better understanding of market regulation. In recent years, competition regulation has gained greater prominence in Latin America and Paraguay is no exception, starting its first steps in the field in 2013 and continuing with a more and more protagonist performance. Thus, throughout the essay, an analysis of the legal regulation of competition in the country will be made, highlighting its areas of action. On the other hand, a joint legal and economic analysis will be developed, where it will be shown that the purpose of competition regulation is the search for more efficient markets, with equal opportunities for all competitors and with a common goal that is social welfare.

KEYWORDS: Regulation, competition, free competition, market failure, social welfare, restrictive covenants, abusive conduct.

Introducción

La regulación en materia de competencia da sus primeros pasos en Paraguay en el 2013 con la creación de la Ley Nro. 4956 de “Defensa de la Competencia”. A partir de la fecha inicia el interés en la materia principalmente por competidores en búsqueda de igualdad de condiciones en distintos mercados.

¹ Estudiante del 5° Año de la Carrera de Economía en la Facultad de Ciencias Contables, Administrativas y Económicas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Alumna del Diplomado en Finanzas dictado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Pasante en la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia (C.O.N.A.C.O.M.), Año 2021. Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad Católica - Campus Asunción (F.E.U.C.C.A.), Año 2022. Presidente de la Confederación de Estudiantes de la Universidad Católica (C.O.N.F.E.U.C.), Año 2022. Participante del Moot de Libre Competencia organizado por la Universidad del Pacífico del Perú y el Estudio Jurídico Bullard Falla Ezcurra+, Año 2021 y 2023 (Lima, Perú). Premio a 3° Mejor Oradora General en el año 2023.

Entre las principales finalidades de la citada ley se encuentra la promoción de la libre competencia en los mercados. Esto implica que, la entidad reguladora tiene como tarea establecer criterios y sanciones para garantizar, por un lado, que todos los competidores compitan bajo las mismas condiciones, y por otro, que los consumidores no se vean afectados negativamente por las asimetrías de información.

La competencia utiliza al campo jurídico como herramienta para regular los mercados, teniendo entre sus posibilidades: el apercibimiento e intimación al cese de efectos contrarios a las normas de la ley, la declaración de nulidad o la aplicación de multas.

A lo largo del presente ensayo se expondrán los alcances de la actuación de la entidad reguladora, su implicancia y efecto sobre los mercados, realizando un análisis sobre los fallos de mercado y posteriormente resaltando el papel de la regulación en competencia como camino al bienestar social.

Disposiciones constitucionales sobre la libre competencia y competencia en el mercado

Cuando se hace referencia y estudian a derechos tan trascendentes como son los de la libre competencia y competencia en el mercado, se torna menester evaluarlo integralmente, con una visión sistémica y considerándolo como fenómeno que no solo encuentra su reconocimiento en leyes inferiores, sino que, en principio, en aquella que es la superior en el ordenamiento jurídico nacional.

La libre competencia y la competencia en el mercado son derechos reconocidos en la propia Constitución de la República del Paraguay.

Constituyen, definitivamente, la piedra angular todo el aparato económico, no solo estatal, sino que, de manera principal, de la actividad económica privada de las personas tanto físicas como jurídicas que tienden a utilizar los recursos para un mejor bienestar propio y social.

Resultan, así, necesarios para un crecimiento económico sano, que otorgue la posibilidad de proveer bienes y servicios dentro de un mercado en el que esté en vigor la regla más importante de todas: la fijación de los precios sobre la base de la oferta y la demanda, con una "competencia" que se proyecte a la concreción de un estado de eficiencia.

No es ajena, como se ha mencionado, la Constitución al respecto de este punto en particular. De hecho, no lo pudo haber sido, ya que es la definición de una política pública determinada como "convención" y "pacto" social, hecha y plasmada por los constituyentes en el año 1992. Se ha optado por un "Estado Social de Derecho"² pero con una política macroeconómica que materializa la ideología política-económica de "libre mercado" con "competencia" libre dentro

² Constitución de la República del Paraguay, art. 1.

del mercado.

El Art. 107 de la Constitución dispone, en lo pertinente, cuanto sigue:

“DE LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA: *Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. (...)”.*

Como podemos ver, el aseguramiento es total: no se busca solamente otorgar la posibilidad de dedicarse a la actividad económica que uno decida, fundado en la libertad, y siempre y cuando ella sea lícita -extremo que lo determinará, naturalmente, la ley- sino que también introduce el claro e indiscutible reconocimiento de la “garantía” de la competencia en el mercado.

La Constitución, además, como “norma” entendida desde el punto de vista filosófico y lógico que es, legisla la “prohibición” de la creación de monopolios y el alza o la baja artificial de precios que traben la libre concurrencia.

Se tratan de prohibiciones que, claramente, no son taxativas: prohíbe las acciones, quizás, más nocivas para la libre concurrencia y competencia en el mercado; pero, al asegurar la competencia, protege a ésta de prácticas anticompetitivas en general. Es ese, pues, el entendimiento que debe darse a esta disposición constitucional en complemento con la legislación inferior.

Regulación del mercado y, en consecuencia, de los derechos

Vale la pena determinar, a fin de que el lector comprenda a cabalidad a lo que se refiere este punto, que existen diversas formas de regular un mercado. Un mercado, se regula no solo desde la economía con determinaciones políticas de la administración estatal, sino que también con normas organizativas.

Como bien lo dice SANTARELLI, citando a TOBÍAS y LATERZA: *“El mercado, ante todo, constituye un orden de intercambio de bienes y servicios; por tanto, requiere de normas que la organicen, es decir, que lo doten de ciertas regularidades, de modo de volver previsible el comportamiento de los individuos que en él actúan”*.³

De la apreciación transcrita, resulta claro que el mercado se encuentra regulado desde el punto de vista normativo jurídico, así como también económico, conforme veremos en el desarrollo del presente trabajo.

Nada más importante que la previsibilidad, anclada en la seguridad jurídica y económica, que convierte al mercado en “creíble” para la ejecución de los actos y consecución de los fines de los agentes que se desarrollan en él.

³ Fulvio G. Santarelli, *Contrato y Mercado* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2018), 68.

Ningún derecho es absoluto, eso claro está, por lo que la “libre competencia” está sujeta al hecho de la materialización de la “competencia” real en el mercado, que se encuentra promovida, resguardada y regulada por legislaciones inferiores.

La regulación en materia de competencia en el Paraguay

La legislación infra constitucional, a la que nos referiremos, que materializa la competencia en el mercado y protege a la libre competencia es la Ley Nro. 4956 del año 2013 de “Defensa de la Competencia”.

Este cuerpo normativo no es sino una herramienta útil para hacer realidad al “Estado de Derecho” y regular y limitar las acciones de los agentes que concurren dentro de un mercado determinado, con el objeto, siempre, de la libre competencia, entendida como aquel derecho de competir contra otros en términos de igualdad de condiciones, sea posible.

El Art. 1º de la mencionada legislación ya nos determina su objeto:

“Del objeto de la Ley.

La presente Ley tiene por objeto defender y promover la libre competencia en los mercados. Los actos contra la libre competencia quedan prohibidos y serán corregidos o castigados, mediante los mecanismos y sanciones previstas en esta Ley.”

Del Art. 107 de la Constitución al Art. 1º de la Ley Nro. 4956 encontramos un variado sistema de conceptos que permiten la posibilidad de competir libremente en los mercados paraguayos de bienes y servicios.

El articulado transcripto nos enseña que la ley fue sancionada para “defender” y “promover” la libre competencia que marca la norma rectora, la Constitución. Esta defensa se materializa con la especificación y tipificación de conductas que son consideradas anticompetitivas o abusivas del dominio que se pudiera tener de un mercado, que son consideradas prohibidas y a las que se establecen sanciones de una variada gama.

La promoción de la competencia es una consecuencia directa de estas prohibiciones, pues al controlar las acciones de los agentes de los mercados y sancionarlas cuando estas se encuentran fuera de la órbita de la ley, es decir, cuando se perfeccionan las conductas tipificadas, se promueve a que se respete de manera irrestricta el principio de la libre competencia sana y dentro de los parámetros que son determinados a tales efectos.

Con sus disposiciones, no hace otra cosa que intentar “corregir” los fallos del mercado, conforme veremos más adelante.

El sistema de la Ley Nro. 4956

La comentada y referida legislación, para cumplir con su finalidad y objeto, lleva adelante una técnica estructurada en tipificación de conductas y sanciones, siguiendo el lineamiento de lo que en la práctica se denomina “derecho administrativo sancionador”.

Así, valiéndose de herramientas como la determinación de un actuar en específico, y una pena, sanción o medida administrativa como su consecuencia, transitando primeramente por un procedimiento administrativo, hace posible la corrección de los fallos del mercado.

Es una verdadera “puesta en escena” de políticas públicas estatales que tienen su base en la ideología filosófica de la economía que se pregona en nuestro país, cuya estructura y marco lo ha determinado la propia Constitución de la República.

En efecto, la Ley Nro. 4956 establece, primeramente, la conceptualización del “mercado relevante” en el Art. 6º de la misma, prescribiendo que este elemento del derecho de la competencia es *“el ramo de la actividad económica y la zona geográfica correspondiente, definido de forma tal que abarque todos los bienes o servicios sustituibles y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo, si una restricción o abuso diera lugar a un aumento significativo de los precios.”*

Nótese la transparencia de la regulación: el mercado relevante a los efectos de la ley, en puridad, se trata de una confluencia de actividad económica y zona geográfica determinada, entre los que entran a jugar los bienes o servicios que son sustituibles entre sí, además de los agentes que compiten entre ellos en la realización de la “oferta”. A estos bienes y servicios deben encontrarse en el mercado relevante para que el consumidor se acerque a los mismos, caso que exista un aumento de precios que responda a un factor restrictivo o actuar abusivo.

Entendido así el mercado relevante, técnicamente desde el punto de vista del derecho de la competencia, pasemos ahora revista a las conductas tipificadas que la propia legislación introduce.

Acuerdos restrictivos

El Art. 8º de la comentada legislación establece que se encuentra prohibidos legalmente los acuerdos que tengan como finalidad restringir, falsear o impedir la competencia en el mercado “nacional” -claramente que, cuando se analiza una conducta nos estaremos circunscribiendo a un mercado relevante-.

Determina algunas prácticas como ser:

1. la fijación o imposición de precios;
2. la limitación, restricción o control de modo injustificado del mercado, la

- producción o distribución;
3. la repartición de mercados, la clientela o fuentes de aprovisionamiento;
 4. la aplicación a terceros contratantes condiciones desiguales;
 5. subordinar la celebración de contratos a una prestación suplementaria que no guarde relación con el objeto de los contratos;
 6. licitaciones colusorias;
 7. negativa a contratar.

Estas son, solamente algunas de las prácticas que sirven como base para corregir los fallos de mercado, valiéndose de la propia legislación en materia de defensa de la competencia.

Conductas abusivas

Existen, además, conductas abusivas que se relacionan también con la posición de dominio en el mercado que puedan ostentar.

En efecto, el Art. 9º de la Ley Nro. 4956 dispone que:

“Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias de las personas físicas o jurídicas contenidas en el Artículo 3º de esta Ley, de su posición de dominio en todo o en parte del mercado relevante.

A los efectos de la presente Ley, se entiende que una persona física o jurídica goza de posición dominante, cuando para un determinado producto o servicio no está expuesta a una competencia efectiva y sustancial. (...)”.

Según vemos, requisito indispensable para una “conducta abusiva” es la posición de dominio, que se representa cuando básicamente no existen otros agentes competidores en el mercado relevante, o cuando estos existiesen, no representan en sí una competencia efectiva y sustancial, dado que las decisiones que pueda tomar el agente competidor con posición dominante no podrán ser, de ninguna manera, revertidos o impedidos por otros competidores con mucha menos participación de mercado.

Se establecen reglamentación técnica para definir si existe una posición dominante de mercado.

El abuso se representa de diversas maneras, según la ley comentada. En general, son similares a aquellos “acuerdos restrictivos” pero, naturalmente, se trata de un actuar unilateral de quien ejerza el poder de dominio del mercado y no propiamente de “acuerdos” en razón de que no existe una “contraparte”. Así también, se regula la aplicación de los precios predatorios.

De las sanciones

Transcurrido el procedimiento administrativo pertinente, y habiéndose demostrado alguna práctica anticompetitiva, ya sea por abuso de dominio de mercado o un acuerdo restrictivo, se podrán establecer sanciones.

Elas consisten, de conformidad al Art. 63º de la comentada ley, básicamente en:

1. apercibimientos e intimación al cese de efectos contrarios a las normas de la ley;
2. la declaración de nulidad;
3. la aplicación de multas.

Todas estas son herramientas para corregir las denominadas fallas de mercado, cuestión puntal que será desarrollada seguidamente.

Los Fallos de Mercado

Los mercados desempeñan un papel vital en toda economía, en condiciones ideales se considera que los mismos se encuentran equilibrados y hacen a la economía más eficiente. Como es bien conocida la metáfora inventada por el padre de la economía Adam Smith "La Mano Invisible", este sostenía que el mercado se regula por sí solo y que llega al punto de equilibrio en cuanto a precios, entre hogares y empresas por medio de la búsqueda del interés individual de los agentes.

... lo único que busca es su propia ganancia, y en éste, como en otros muchos casos, una mano invisible le lleva a promover un fin que no estaba en sus intenciones. Y ello no es necesariamente malo para la sociedad. Al buscar su propio interés a menudo promueve el de la sociedad más eficazmente que si realmente pretendiera promoverlo.⁴

Lo anterior no sucede en todas las situaciones donde interactúan agentes económicos: los hogares, las familias y el Estado, muchas veces los resultados de los mercados no son satisfactorios, y la búsqueda del propio interés individual resulta ser egoísta y abusiva.

Existe el término económico de "Eficiencia en el sentido Pareto", que no es más que la asignación eficiente de los recursos que tengan la propiedad de no poder mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra. En otras palabras, lo que busque la eficiencia en el sentido Pareto es el máximo nivel de bienestar sin perjudicar negativamente a ningún individuo o agente. Cuando no existen asignaciones en el sentido Pareto, estamos ante fallos de mercado.

La economía evidencia seis condiciones en las cuáles los mercados no son eficientes en el sentido Pareto, es decir, situaciones en las que existen fallos de mercado y que constituyen un argumento a favor de la intervención del Estado en la economía. A continuación, se detalla el fallo de interés para el presente análisis: "Fallo de Competencia Imperfecta".

Para que los mercados sean eficientes en el sentido Pareto y se encuentren

⁴ Adam Smith, *The Wealth of Nations*, Nueva York, Modern Library, 1937, publicado originalmente en 1776.

equilibrados, debe existir la competencia perfecta, que es la situación donde existe un gran número de empresas que ofrecen bienes y/o servicios y no tienen el poder de influir en los precios⁵. Sin embargo, la competencia perfecta hoy día es una utopía, y la realidad es que los mercados son imperfectos.

Entre los mercados imperfectos más conocidos se encuentran: los monopolios, que son mercados donde existe un solo oferente o empresa y muchos compradores, los oligopolios donde existen unos pocos oferentes y muchos compradores. Aquel monopolio, aun prohibido por la legislación, existe de facto en ciertos mercados. En los mercados donde existen fallos de mercado, las empresas pueden optar por estrategias que impidan, restrinjan o falseen la libre competencia, es por ello por lo que existe la regulación legal de los mercados.

Corrección del Fallo de Competencia Imperfecta

Como fue mencionado anteriormente, los intereses individuales de los agentes pueden no coincidir con los principios de la libre competencia. Las empresas naturalmente buscan maximizar sus beneficios porque desean mayores utilidades, a lo que esta posición puede hacer que las mismas incurran en prácticas que las coloquen ventajosamente y perjudiquen a otros competidores en los mercados.

Existen diversos mecanismos para la corrección de fallos de mercado, tales como:

- **Multas e Impuestos:** son pagos que el Estado impone a las empresas para subsanar algún perjuicio generado por las mismas, que haya afectado a otro consumidor o al medio ambiente.
- **Subvenciones:** son los pagos brindados por el Estado a empresas cuyas acciones generan un impacto positivo sobre los individuos o el medio ambiente.
- **Permisos transferibles:** son permisos negociables que funcionan con un sistema de límites máximos e intercambio. Por ejemplo, empresas que tienen un permiso de subir los precios de ciertos productos hasta un monto establecido por la entidad reguladora.
- **Utilización del sistema Jurídico:** para la clara definición y el respeto de los derechos de propiedad, la garantía del cumplimiento de los acuerdos de intercambio (contratos), la existencia de un orden en la sociedad.

Es así como la regulación legal en competencia constituye una herramienta fundamental para la corrección del fallo de competencia imperfecta, con el fin de asegurar mercados en condiciones iguales para todos sus competidores

La norma jurídica y su incidencia en la economía. ¿Como corrige los denominamos fallos de mercado?

En los últimos años se ha presenciado un crecimiento acelerado de la eco-

⁵ Joseph E. Stiglitz y Jay K. Rosengard, *La Economía del Sector Público* (Barcelona, España: Antoni Bosch editor, 2015), 100-119.

nomía como producto de un mundo cada vez más globalizado. Pese al ritmo de innovaciones, varios agentes del mercado se han fortalecido al punto que, en algunos casos, construyeron monopolios que afectan al mercado.

De aquí nace el Estado regulador, orientado a estructurar normativas que promuevan la competencia y protejan los derechos de los consumidores en escenarios asimétricos en los que se ven inmersos a la hora de tomar decisiones para satisfacer sus necesidades básicas.

La finalidad de la corrección del fallo de mercados imperfectos

El objetivo principal de toda intervención del Estado en materia regulatoria es promover y asegurar la libre competencia. Esta estimula la innovación y el progreso tecnológico, permite que los consumidores accedan a un mayor número de bienes y servicios a través de la baja de precios, provoca un aumento del salario real de los trabajadores, facilita el acceso al mercado de nuevas empresas lo que genera nuevos empleos, entre otros beneficios.

Las normas referidas a la competencia comprenden: las de libre competencia, las de competencia desleal y las de protección al consumidor. Todas ellas con una finalidad única: el bienestar social de los consumidores.

El Bienestar Social

La economía del bienestar es la rama de la economía que estudia cuestiones normativas y como la más importante entre ellas, como debe gestionarse una economía: qué producirse, cómo producirse, para quién producir y quién debe tomar estas decisiones.

Existen dos teoremas que constituyen a la economía del bienestar: el primero habla de que *toda economía competitiva es eficiente en el sentido de Pareto*, y el segundo sostiene que *toda asignación eficiente de los recursos en el sentido de Pareto puede alcanzarse por medio de un mecanismo de mercado competitivo con una redistribución inicial*.

Bajo estos fundamentos nace el concepto de bienestar social, que es la satisfacción conjunta de necesidades que responden a la calidad de vida del ser humano en la sociedad.

Desde la regulación en materia de competencia se busca contribuir al bienestar social promoviendo y garantizando⁶:

1. Libre competencia: en la búsqueda de garantizar que toda persona pueda dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades;

⁶ Hugo Eyzaguirre del Sante, Políticas de Competencia y su Aplicación – Fundamentos Económicos (Lima, Perú: Fondo Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2011), 31-84.

2. Derecho del consumidor: la asimetría de información pone en desventaja al consumidor ya que este tiene menos información que el productor a la hora de realizar una transacción. El consumidor conoce menos sobre las características del bien o servicio, y el productor tendrá incentivos de aprovecharse de esta situación desventajosa. Por ello, la protección del consumidor no se refiere a buscar que el proveedor cumpla lo formalmente ofrecido;
3. Libre competencia: se busca evitar acciones de agentes que tengan como finalidad restringir, impedir o falsear la libre competencia en los mercados;
4. Competencia desleal: trata de la forma en la que se lleva a cabo la competencia en los mercados. Existen formas de competir que son perjudiciales para la sociedad, en especial aquellas que implican actos de deslealtad, esto último es lo que se busca suprimir.

Conclusión

De este trabajo, es dable concluir que el Derecho y la Economía constituyen un complemento perfecto para la búsqueda del equilibrio del mercado que, como elemento trascendente a nivel social, representa nada más y nada menos que el vehículo por el cual nos dirigimos al bienestar integral que buscamos.

El Derecho, como norma regulatoria, interviene eficazmente en una Economía a fin de que ésta sea mucho más eficiente y equilibrada para el progreso y desarrollo.

La decisión política -que parte de la base de la legislación- de intervenir a fin de corregir los fallos de mercado que son comunes y corrientes, se encuentra presente en nuestro país, y su aplicación es cada vez más conocida y respetada.

El estado de eficiencia, anhelado por todos, beneficioso para nuestra realidad, resulta un desafío que se construye abordando los sucesos con un foco multidisciplinario. Es fundamental, para concretar los fines sociales, comprender que, sin una regulación coherente, aplicable en la realidad y que responda a los verdaderos problemas que se presentan, no podríamos imaginar una economía que también sea justa, y que asigne los recursos eficientemente para todos los individuos que somos parte de ella.

BIBLIOGRAFÍA

- Eyzaguirre del Sante, Hugo. 2011. *Políticas de Competencia y su Aplicación*. Lima: Fondo Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Santarelli, Fulvio G. 2018. *Contrato y Mercado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.
- Smith, Adam. 1776. *The Wealth Of Nations*. New York: Modern Library.
- Stiglitz, Joseph E. 2015. *La Economía del Sector Público*. Barcelona: Antoni Bosch.

ANTECEDENTES, LIMITACIONES, DESARROLLO, Y DESAFÍOS DEL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PARAGUAY

Fabrizio Boggino¹

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo principal argumentar la importancia de las leyes de defensa de la competencia para el desarrollo y crecimiento económico del Paraguay. Para ello, primero, se realiza un análisis de las limitaciones culturales, políticas, económicas, e institucionales que dificultaron la promulgación de una de Defensa de la Competencia en el país. A continuación, se explican los antecedentes históricos que precedieron a la Ley No. 4.956/2.013, incluyendo menciones en las Constituciones anteriores a las de 1992, proyectos normativos presentados, y posturas a favor y en contra. Luego, se brinda un detalle de la actuación de la CONACOM, Autoridad de Aplicación de la Ley, en sus primeros diez años de existencia. Finalmente, se concluye explicando los desafíos y oportunidades de mejora que tiene nuestro marco normativo e institucional, reiterando, una vez más, la importancia de la aplicación de la Ley.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la competencia, competencia, mercado, crecimiento económico, desarrollo, CONACOM, monopolios, cárteles, cultura.

ABSTRACT: The objective of this article is to state the importance of the enforcement of the competition laws for the development and economic growth of the country. To that extent, first, the author analyzes the cultural, political, economic, and institutional elements that have limited the development of competition law in Paraguay. Next, the author explains the historical backgrounds that preceded the Law 4.956/2.013, including mentions to the oldest Constitutions, bills projected, and postures in favor and against. Then, the author gives details of the performance of the Competition Agency, the CONACOM, in its first ten years of existence. Lastly, the author concludes explaining the challenges that will face the enforcement of the competition law, and the opportunity for improvements, considering all in all the importance of the enforcement of the law for the development and economic growth of the country.

KEYWORDS: Antitrust Law, competition, market, economic growth, development, CONACOM, monopolies, cartels, culture.

I. Contexto previo

A pocas semanas de haberse cumplidos diez años de la promulgación de la Ley 4.956/2.013, de *Defensa de la Competencia* (en adelante, “la Ley”), que llegó para reglamentar y desarrollar el derecho consagrado en el artículo 107 de la Constitución de 1992 de la República del Paraguay – mejor tarde que nunca –², consideré oportuno condensar en un artículo los antecedentes históricos y

¹ Abogado, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, mención Sobresaliente (2015). Especialista en Derecho de la Competencia, Universidad Carlos III de Madrid (2020). Posgrado en Economía y Finanzas para Abogados, Barcelona School of Management, Universidad Pompeu Fabra. (2020). Entre noviembre de 2019 y febrero de 2023, Director del Gabinete Técnico del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia. Desde marzo de 2023, Abogado Asociado al Estudio Jurídico Peroni, Sosa, Tellechea, Burt & Narvaja.

² Hasta ese momento, el Paraguay era uno de los pocos países del Continente y del Mundo en no contar con un marco legal

culturales que llevaron al estado actual del derecho de competencia – o libre competencia o defensa de la competencia – en el país, así como también el desarrollo jurisprudencial y doctrinario ya existente a partir de los primeros fallos e interpretaciones normativas de la autoridad de aplicación de la Ley, sin dejar de mencionar, por último, las razones por las cuales es innegociable seguir apostando por la consolidación y *enforcement* de la Ley para el desarrollo y crecimiento económico del Paraguay. Lo anterior, particularmente aprovechando tanto la actual coyuntura política, en la cual acaban de asumir funciones nuevos gobernantes, como la académica, en donde cada vez más profesionales y estudiantes de derecho, economía y afines se muestran interesados por la materia.

Pese a este décimo aniversario, no mentiríamos al decir que el derecho de competencia en Paraguay sigue en pañales, dando sus primeros pasos. Y ello es así porque los años son sólo una variable más entre todas las que determinan el crecimiento y consolidación de una Ley en la materia y la consecución en alto porcentaje de sus objetivos, cuales son defender y promover la competencia en los mercados³, para lo cual la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, la “CONACOM”), autoridad de aplicación de la Ley, tiene atribuciones para investigar y sancionar acuerdos restrictivos⁴ y abusos de posición dominante⁵, así como también para evaluar y denegar o condicionar aquellas operaciones de concentración que sean incompatibles con el mercado⁶, sin perjuicio de sus funciones de promoción o abogacía de la competencia⁷.

En efecto, como acertadamente apunta Guillermo Cabanellas, “...lo más fácil es sancionar la correspondiente legislación. Lo difícil y prolongado es construir organismos administrativos con capacidad para aplicar ese régimen; formar tribunales con conocimiento del tema, desarrollar una jurisprudencia y una doctrina adaptadas al medio local, y lograr que la población -y particularmente, el empresariado- tomen conocimiento de las reglas y las acaten”⁸.

Sobre el punto, como veremos en el apartado IV, la actividad de la CONACOM en estos primeros años se ha visto principalmente enfocada en la evaluación de operaciones de concentración notificadas, lo cual deviene casi lógico, atendiendo al carácter obligatorio de este procedimiento de darse las circunstancias o umbrales previstos en la Ley, por un lado, y, por el otro, en la emisión

específico que se ocupe del derecho de libre competencia o defensa de competencia, ni una Autoridad competente en la materia. En efecto, explica Juan David Gutiérrez que, a la fecha, solo once países de América Latina y el Caribe no cuentan con legislación nacional de competencia, todos ellos localizados en Centroamérica y el Caribe (Gutiérrez, Juan David (2021). Derecho de la Competencia en América Latina y el Caribe: Evolución y principales retos, en Comisión Nacional de la Competencia y Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, “Anuario de Derecho de la Competencia” (Editorial La Ley), 126.

³ Ley 4956/2013, Art. 1.

⁴ Ley 4956/2013, Art. 8 y concordantes

⁵ Ley 4956/2013, Art. 9 y concordantes

⁶ Ley 4.956/2.013, Art. 14 y concordantes

⁷ Según la International Competition Network, por por promoción de la competencia entendemos al conjunto de actividades llevadas a cabo por la Autoridad de Competencia, que, por medio de mecanismos no coactivos, se encaminan a fomentar un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, fundamentalmente a través de la interacción con operadores económicos y otros agentes sociales, la colaboración con otras administraciones públicas y la sensibilización del público en general acerca de los beneficios de la competencia (En ICN's Annual Conference, Advocacy and Competition Policy (2002), Napoles, Italia. Disponible al 2 de septiembre de 2023 en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AWG_AdvocacyReport2002.pdf)

⁸ Cabanellas, Guillermo, Prólogo, en “Régimen legal de defensa de la competencia en el Paraguay, Ley comentada, anotada y concordada” (Editora Litocolor S.R.L.), 24.

de opiniones técnicas sobre leyes o proyectos de leyes o normativas de rango inferior que contengan disposiciones que dificulten la competencia en los respectivos mercados relacionados, en cumplimiento de sus funciones de abogacía. Sin embargo, salvo contadas excepciones, aun son pocos los casos donde la CONACOM ha ejercido sus funciones de investigación y sanción de conductas prohibidas, principal desafío para la Institución en la próxima década.

Ahora, lo señalado por Cabanellas y la tarea de la CONACOM es aún más difícil en un país como el nuestro, en donde, a pesar de haberse incluido en las anteriores Constituciones disposiciones relacionadas a la economía de mercado como sistema económico elegido o deseado, como veremos más adelante, la competencia no es un valor arraigado ni en la población ni en las empresas, puesto que nunca fue considerada como un elemento necesario para el crecimiento económico del país, a pesar de contundente experiencia que demuestra lo contrario.

En esa tesitura, a pesar de que Latinoamérica es una vasta región compuesta por países con distintas historias y realidades, expertos en la materia como Julián Peña señalan que es posible reconocer algunos elementos comunes que limitaron el desarrollo del derecho de competencia en la región, siendo estos elementos o limitaciones: culturales, políticos, económicos e institucionales⁹. Estas limitaciones son, a mi criterio, perfectamente aplicables al caso del Paraguay, y sobre ello también profundizaremos en el apartado II.

Mirando ya para adelante, afortunadamente, no podemos dejar de resaltar que en su primer discurso como Presidente electo, Santiago Peña señaló que “... los problemas de crecimiento y, sobre todo, la erradicación de la pobreza solo se solucionan con economías de mercado abiertas, correctamente reguladas, y con reglas de juego claras y estables...”¹⁰, dándole, a mi entender, un *endorsement* más que positivo al rol que cumple la ley de defensa de la competencia y las funciones y atribuciones de su Autoridad de Aplicación.

Por último y en hilo con lo anterior, recién recientemente la CONACOM se ha sometido voluntariamente a un examen entre homólogos expertos en derecho y política de competencia, lo que ha concluido en un informe final con observaciones y recomendaciones elaboradas por especialistas de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”, por sus siglas en inglés)¹¹. De existir voluntad política y apoyo del sector privado y académico, este informe constituye un insumo más que relevante para explorar las posibilidades de mejorar el marco normativo e institucional de la materia.

⁹ Peña, Julián, *The limits of competition law in Latin America*, en Sokol, D.D. & Liano, I., “The Global Limits of Competition Law”, Stanford, California, Stanford Law Books, 2012.

¹⁰ Peña Palacios, Santiago, Discurso de fecha 15 de agosto de 2023. Además, agregó que el recientemente creado Ministerio de Economía sería el responsable de formular, coordinar y supervisar estas políticas económicas del Estado, con el objetivo de promover el desarrollo económico sostenible y la generación de empleo, además de impulsar la competitividad y la productividad de los diferentes sectores económicos y de establecer medidas para la protección de los consumidores.

¹¹ Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2023d4_es.pdf.

II. Limitaciones para el desarrollo del derecho de libre competencia en el Paraguay

Como explica Peña respecto de las limitaciones culturales al desarrollo del derecho de libre competencia, siglos de colonialismo portugués y español forjaron las raíces de un sistema institucional anti mercado en donde el gobierno siempre fue omnipresente. Más aun, a pesar de que ideas de libre mercado inspiraron a la mayoría de las constituciones latinoamericanas del siglo XVIII, entre 1920 y 1980 la mayoría de los gobiernos de la región apostaron por un fuerte intervencionismo en los mercados, con la protección a las industrias locales frente a las extranjeras, control de precios, y compañías estatales como prestadoras de servicios básicos como pilares fundamentales de las políticas de desarrollo económico¹².

Nuestro caso no fue distinto. Como apunta Lezcano Claude, en la Constitución de 1940 por ejemplo se pueden apreciar tanto la influencia de la ideología fascista (particularmente en las disposiciones orgánicas) como las ideas de aspiración socialista (en la parte dogmática)¹³. En efecto, en su artículo 15, la Constitución de 1940 disponía que el Estado “...regulará la vida económica nacional...”, y “...podrá nacionalizar, con indemnización, los servicios públicos y monopolizar la producción, circulación y venta de artículos de primera necesidad”. Asimismo, en su artículo 19, establecía que todos los habitantes de la República gozaban del derecho a ejercer el comercio e industria lícitos, salvo las limitaciones que, por razones sociales y económicas de interés nacional, imponga la Ley.

A su vez, si bien la Constitución de 1967 –que, siguiendo con LEZCANO CLAUDE, sustituyó a la de 1940 principalmente por la necesidad de posibilitar que Stroessner continúe en el ejercicio de la presidencia de la República, mediante la introducción de la reelección presidencial y otras disposiciones atentatorias contra el principio de equilibrio de poderes– eliminó en papeles las disposiciones de la anterior respecto del intervencionismo estatal como regla, señalando en su artículo 94 que el rol del Estado era promover “...el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles con el objeto de impulsar el crecimiento dinámico de la economía nacional, crear nuevas fuentes de trabajo y de riqueza, y asegurar el bienestar general...”, y que la iniciativa privada sería estimulada, para que todos los habitantes puedan dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, las empresas estatales prestadoras de servicios públicos básicos se mantuvieron e incluso fueron creadas en dicho período presidencial, por un lado, y, por el otro, era necesaria la bendición de las altas autoridades para participar en ciertos mercados y rubros, contrariamente a lo escrito en la carta magna, como es de público conocimiento.

En ese orden, de hecho, PEÑA señala que recién desde finales de los 80 y comienzos de los 90, con la caída de las dictaduras e influenciados por el Con-

¹² Peña, Julián, op. cit.

¹³ Lezcano Claude, Luis. Historia Constitucional del Paraguay (Período 1870-2012), en Universidad Americana, “Revista Jurídica”, Volumen 3, Noviembre de 2012, 173

senso de Washington, los países de la región empezaron a implementar políticas pro mercados abiertos, desregulando y liberalizando los sectores económicos, privatizando empresas estatales, eliminando ciertos subsidios gubernamentales, recibiendo inversión extranjera y, por sobre todo, implementando políticas de libre competencia en la forma de leyes de defensa de la competencia (que en algunos casos ya existían pero fueron reformadas).

Ahora bien, como explican Zevaco y Kretschmer, *“en el Paraguay, luego de la caída de Stroessner (pero no de la élite capitalista que venía manejando sus intereses desde el Estado), los intereses por reformar la política económica desde unas estrategias debatidas hacia un objetivo más democrático eran casi nulos”*¹⁴, y, en ese orden, *“los cambios económicos fueron entonces decididos en el marco de los tratados y convenios de cooperación que los gobernantes seguían firmando para, por un lado conservar el control sobre su poder y riqueza acumulada, y por otro, integrar el nuevo escenario de negocios que se estaba perfilando en la región del Cono Sur”*¹⁵.

De hecho, PEÑA explica que la arraigada tradición de dirigismo gubernamental en la región resultó en un fuerte corporativismo institucional que implicaba que, por décadas, los empresarios se vieron forzados a negociar con los gobernantes no solo para ejercer el comercio, sino para fijar precios u otras condiciones comerciales; además, naturalmente, era más rentable gastar recursos en hacer *lobby* antes que en ser más competitivos e innovar.

Considerando entonces que lo normal siempre fue negociar con el estado y con los competidores, tanto la desregulación de los distintos mercados como la implementación de leyes de defensa de la competencia –que prohíben los acuerdos entre competidores para fijar precios, condiciones comerciales, repartirse mercados, licitaciones y otra serie de conductas dañinas para el mercado y los consumidores finales– creó dificultades para los empresarios, ya que no estaban preparados para tan abrupto cambio en las reglas de juego.

Esto se sigue viendo hoy en día en Paraguay. A modo ilustrativo, en los casos donde la CONACOM impuso sanciones a asociaciones gremiales de los rubros combustibles y gas licuado petróleo por recomendar colectivamente a sus asociados la fijación coordinada de los precios de venta de dichos productos al público, la respuesta en el marco de los respectivos sumarios fue en todo momento que dicha conducta no se encontraba prohibida y que sancionarla deventría contraria al derecho constitucional de la libre expresión, en total desconocimiento e incomprensión –de los propios abogados defensores inclusive – de los alcances de la prohibición contenida en el artículo 8 de la Ley¹⁶.

¹⁴ Zevaco, Sarah y Kretschmer, Regina, Neoliberalismo y políticas de infraestructura, en Villagra Rojas, Luis (Compilador), “La economía paraguaya bajo el orden neoliberal”, Editorial Arandurá, 1era edición, marzo de 2011, 147.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ver noticia y sanciones de resolución en: <https://www.conacom.gov.py/noticias/el-directorio-de-la-conacom-sanciono-apesa-por-infraccion-del-articulo-8-de-la-ley-49562013>, <https://www.conacom.gov.py/noticias/el-directorio-de-la-conacom-sanciono-cadipac-por-infringir-la-prohibicion-legal-de-acuerdos-restrictivos-la-competencia> y <https://www.conacom.gov.py/noticias/el-directorio-de-la-conacom-sanciono-la-camara-paraguaya-de-empresas-fraccionadoras-de-gas-licuado-de-petroleo-capagas>, todos los links disponibles al 2 de septiembre de 2023.

Pasando a las limitaciones políticas, Peña explica que los gobiernos latinoamericanos han desconfiado históricamente en “la mano invisible del mercado”, razón por la cual, en nombre de la justicia social, subordinaban el control del mercado al control directo del Estado, en las formas antes señaladas. Esto no deja de ser contradictorio, ya que, como apunta DE LEÓN – citado por PEÑA –, justamente las leyes de defensa de competencia son una de las principales herramientas para intervenir en los mercados cuando existen fallas tales como un abuso de posición de dominio o un comportamiento coordinado entre competidores.

En efecto, los gobiernos latinoamericanos tenían otras prioridades relacionadas a políticas públicas económicas como ser control directo de la inflación, atender reclamos sociales, laborales, etc.; esto, sumado a los recursos limitados que obliga al Estado a priorizar sus objetivos y, sobre todo, sus *quick wins*, hizo que darle la importancia que merece a las leyes de defensa de la competencia haya quedado relegado una y otra vez – y en Paraguay no fue la excepción –, más aun atendiendo que investigar y sancionar conductas anticompetitivas es un proceso complejo, costoso, que puede llevar su tiempo, y cuyos beneficios pueden no ser percibidos de manera inmediata por los consumidores y la sociedad en general.

Otras limitaciones al desarrollo del derecho de competencia en la región y en el Paraguay son de tinte económico, a saber: mercados chicos pero altamente concentrados, que lleva a que la gran mayoría de la población no pueda participar formalmente de ellos y genera una fuerte presencia de mercado informal, lo cual, sumado a la insuficiente cantidad de datos, dificulta enormemente el trabajo de las autoridades de aplicación de leyes de competencia y a los reguladores sectoriales mismos, que muchas veces deben dejar de lado estas variantes en sus análisis respectivos, con el peligro de que estos puedan estar distorsionados.

Sobre el punto, por ejemplo, en la única operación de concentración notificada a la CONACOM cuya autorización fue denegada a la fecha, los representantes de la firma notificante criticaron que los datos del mercado relevante de compra de carne bovina para faena no reflejaban a su entender la realidad, ya que dejaban de lado a los mataderos informales, cuyos datos de faena no se encuentran en las fuentes del ente regulador del servicio, el SENACSA¹⁷. Al respecto, el Directorio de la Institución manifestó que aunque admitiera la existencia del referido sector informal, su incorporación al análisis no resultaría admisible, no solo por la dificultad de su identificación y cuantificación, sino también apoyándose en jurisprudencia comparada de la región que es igualmente partidaria de no incluir a los sectores informales¹⁸.

Finalmente, Peña apunta que la debilidad institucional, la fuerte influencia o presión política tanto a nivel administrativo como judicial, y falta de conocimiento de la materia por parte de los tribunales de justicia que actúan en instancia

¹⁷ Res. D/AL N° 18/2020 del 21 de septiembre de 2020, dictada en el Expediente N° 190/2020 caratulado: “Frigomerc S.A. y Frigorífico Norte S.A. s/ Notificación de operación de concentración”, 54. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/14w9EogZ2LZnlzyLT7ZMtElzld4wSpsv-/view>

¹⁸ Asunto Frigomerc, op. cit., 55

de revisión, son algunos de los elementos o limitaciones de carácter institucional que afectaron a la implementación y desarrollo de las leyes de defensa de competencia en la región, lo cual empeoró con el poder económico y político de grandes monopolistas o actores importantes del mercado utilizado para seguir truncando este desarrollo.

Por todo ello, no sorprende que hayan tenido que pasar más de veinte años desde que en la Constitución de la República del Paraguay de 1992 se consagró el derecho de toda persona a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de igualdad de oportunidades, garantizándose la competencia en el mercado, prohibiéndose la creación de monopolios, y el alza o baja artificiales de precios que traben la libre competencia¹⁹, para que se logre promulgar, en el año 2013, una ley de defensa de la competencia, que reglamente y brinde las herramientas para hacer cumplir dicho mandato constitucional, interín en el cual muchas veces fueron postergados, escondidos bajo la alfombra proyectos para hacerlo, y también rechazados, como veremos a continuación.

III. Antecedentes de la Ley No. 4.956/2.013

Para iniciar, cabe mencionar que no fue sino hasta el año 2003 cuando el Ministerio de Industria y Comercio y el Poder Ejecutivo presentaron al Congreso un primer proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, el cual fue elaborado un año atrás con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), según exponía Bruno Hug De Belmont en un seminario organizado en homenaje a los diez años de promulgación de la Ley²⁰.

Dicho proyecto se paseó por cinco años en las distintas Comisiones, hasta que en el año 2008 fue rechazado en definitivas por el Senado, a pesar de la media sanción que le dio la Cámara de Diputados. Al decir del ex diputado nacional SEBASTIÁN ACHA, el rechazo se fundó en la supuesta “...incapacidad del proyecto de dar satisfacción a los intereses de los grupos de presión que asistieron a disputar su hegemonía en ocasión de las audiencias que se llevaron adelante en las comisiones que estudiaron el proyecto...”²¹.

En aquella oportunidad, el entonces Senador Marcelo Duarte (quien se encontraba a favor de sancionar la Ley), manifestaba que, si bien el proyecto de Ley aprobado en Cámara de Diputados tenía defectos, falencias y modificaciones en comparación al proyecto original, ya era meritorio que se hubiera dado media sanción a un proyecto de ley “...sobre un tema que ha sido un tabú desde que se sancionó la actual Constitución Nacional, porque en tres periodos legislativos no se ha podido tocar el tema por la magnitud de los intereses en juego...”²², reforzando todo lo explicado en los párrafos anteriores sobre las distintas limita-

¹⁹ En su Artículo 107 - “De la Libre Concurrencia”

²⁰ Hug de Belmont, Bruno. Exposición en Seminario organizado el 21 de junio de 2003, “Historia de la Ley de Defensa de la Competencia”, cuya grabación se encuentra disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.youtube.com/watch?v=ZrWqtVipc6w&t=2767s>

²¹ Acha, Sebastián, Discusión sobre defensa de la competencia en sede legislativa, en “Régimen legal de defensa de la competencia en el Paraguay”, op. cit., 221

²² Acha, Sebastián, op. cit., 220, citando como fuente el Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de fecha 25 de septiembre de 2008, 12 a 25.

ciones y dificultades para el desarrollo de la materia.

Otras voz a favor de la sanción del proyecto fue la del entonces Senador Luis Alberto Wagner, quien, con bastante lucidez expresó entre otras cosas, que la ley devenía necesaria “...porque una empresa para invertir analiza las leyes, una empresa nacional o extranjera analiza las leyes y la seguridad jurídica que hay en un determinado país. Si no hay una ley que garantice la competencia, entonces muchos no quieren invertir en un determinado mercado...”²³; y que sin la Ley “...puede haber abuso de grandes empresas, puede haber por supuesto, cárteles de fijación de precios en detrimento del consumidor, pueden crearse monopolios y oligopolios para poder absorber el mercado en contra del interés de los consumidores”²⁴.

Además, planteaba el entonces Senador que “...la formación de monopolios y oligopolios está prohibida por la Constitución Nacional – artículo 107 de la Constitución Nacional –. ¿Pero cómo se puede definir qué es oligopolio, qué es monopolio si no está establecido en una ley que reglamente este artículo de la Constitución?...”²⁵, para concluir diciendo que tener una Ley de Defensa de Competencia es “...verdaderamente libertad de mercado, facilitar la competencia para que sean beneficiadas también las pequeñas, medianas y grandes empresas para que el consumidor paraguayo pueda tener seguridad que los productos y servicios puedan ser ofrecidos con calidad y mejores precios, y también para que se favorezca la eficiencia, la competitividad de las empresas nacionales y el crecimiento económico en general”^{26 27}.

Empero lo anterior, como ya adelantamos, el proyecto fue rechazado por supuestas deficiencias de técnica legislativa y de estructura institucional de la CONACOM, entre otras razones más formales que sustanciales. De hecho, el entonces Senador Hugo Estigarribia explicaba la existencia de un consenso tanto político como de los gremios industriales y comerciales de tener una buena ley, pero que la Ley, tal como fue aprobada por los Diputados, no satisfacía las expectativas de la mayoría de ninguno de los sectores²⁸.

Casi en paralelo, un segundo y nuevo proyecto de Ley había sido presentado en el 2008 por los entonces diputados Hans Werner Thielmann y Edmundo Rolón, pero rechazado y archivado, en marzo de 2009, por las mismas razones que el primero.

²³ Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de fecha 25 de septiembre de 2008, 35.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Resulta interesante traer a colación los comentarios que realizó hace casi veinte años, con muchísima lucidez, la Dra. Buonghermini sobre el asunto, en el sentido que, “...si bien la norma hace referencia solo a dos posibles formas lesivas del derecho de la competencia: los monopolios y la manipulación o fijación artificial de precios, esta precaria enumeración no debe entenderse como taxativa, en el sentido de interpretar restrictivamente el texto constitucional y considerar que aquéllas sean las únicas conductas proscritas por perjudiciales para la competencia de mercado. Al contrario, la mención de estas prácticas debe considerarse simplemente enumerativa, ejemplificativa y en ningún modo excluyente de otras que igualmente vulneren la libertad de competencia. En suma, lo que la norma constitucional prohíbe, son todos aquellos comportamientos —entendemos tanto públicos como privados, pues no se hace ninguna distinción— que de algún modo atenten contra la competencia de mercado. Como puede advertirse, el marco constitucional en el Paraguay es exiguo, no obstante, esta circunstancia no es óbice para que una apropiada legislación introduzca los principios esenciales y los instrumentos jurídicos adecuados que requiere la competencia de mercado”. Buonghermini, María Mercedes, Legislación paraguaya en materia de competencia desleal (Análisis comparativo de la normativa española), en Revista Jurídica La Ley Paraguaya, 2001 (PY/DOC/493/2007), 2.

²⁸ Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores (2008), op. cit.

Así las cosas, conforme expuso Hug De Belmont y se desprende también de fuentes públicas²⁹, en el año 2010 el MIC habría presentado un nuevo proyecto de Ley al Senado, en el cual se trabajó en conjunto con el apoyo de una delegación de UNCTAD, y que fue luego discutido y analizado con los distintos gremios y asociaciones, entre otros, la Federación de la Producción, la Industria y el Comercio (FEPRINCO), la Cámara Paraguaya de Comercio y Servicios (CNCSP), la Unión Industrial del Paraguay (UIP), y cuya versión “consensuada” fue nuevamente presentada, hasta que se consiguió su sanción y promulgación a mediados del año 2013.

Mientras tanto, existían muchas voces técnicas del Gobierno mismo a favor de la creación de la Ley. En el año 2008, el Equipo Económico Nacional del recién asumido Gobierno del ex Presidente Fernando Lugo señalaba en su Plan Estratégico Económico y Social que uno de los objetivos para fortalecer la competitividad del país y mejorar el clima de negocios y el nivel de inversión era formalizar y regularizar los mercados facilitando la libre competencia, promulgando a ese efecto una Ley de Defensa de la Competencia³⁰.

Lo mismo ocurría cinco años luego, en el Plan de Desarrollo Paraguay 2030, aprobado por el recién electo Horacio Cartes, donde se reconocía la importancia de fortalecer las instituciones para mejorar la competencia en los mercados y eliminar los privilegios o barreras de entrada a ellos, de modo a lograr un crecimiento económico inclusivo, formalizar la economía y proteger a consumidores y usuarios³¹.

Con todo, como explicaba Marcelo Duarte en ocasión de la aprobación en el Senado del proyecto de la actual Ley, se llegó a un “punto de equilibrio entre diferentes envergaduras de empresas” (sic); un consenso y un buen punto de partida; “...quizás el futuro nos imponga algunas mejoras que hacer pero es imprescindible tener esta Ley, porque en veinte años de vigencia de esta Constitución no hemos podido reglamentar la libre competencia, como tampoco hemos podido establecer una legislación que compata la práctica monopólica”³².

IV. El enforcement de la Ley 4.956/2.013 de Defensa de la Competencia en su primera década de vigencia.

Revisados los antecedentes y desafíos que supo tener la promulgación de una Ley de Defensa de la Competencia en el Paraguay, en este apartado se resume – sin entrar en mayores detalles – el desarrollo y aplicación de la misma en su primera década de vigencia.

²⁹ Hug de Belmont, op. cit. Además, ver: ABC Color, “Presentan otro proyecto sobre competencia” (6-09-11), disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://www.abc.com.py/edicion-impres/politica/presentan-otro-proyecto-sobre-competencia-304671.html> y ABC Color, “Reclaman urgente aprobación de la ley de competencia” (24-08-12), disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://www.abc.com.py/edicion-impres/economia/reclaman-urgente-aprobacion-de-la-ley-de-la-competencia-442526.html>

³⁰ Equipo Económico Nacional, Gobierno de la República del Paraguay. Plan Estratégico Económico y Social 2008/2013. Propuestas para un crecimiento económico con inclusión social en el Paraguay (2008).. 41.

³¹ Secretaría Técnica de Planificación (STP), Plan Nacional de Desarrollo 2030 (2014). 23, 58 y 65, aprobado por Decreto P.E. 2.794/2.014.

³² Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores de fecha 21 de marzo de 2013, 26 y 27.

La CONACOM, como autoridad de aplicación de la Ley, para defender la libre competencia en los mercados, función de naturaleza coactiva y coercitiva, puede y debe actuar en dos momentos o formas: por un lado, al investigar y sancionar prácticas anticompetitivas que ya fueron cometidas por los agentes, como abusos de posición de dominio o acuerdos colusorios, y, por el otro, al evaluar operaciones de concentración propuestas por los particulares. A su vez, para promover la competencia en los mercados, tiene funciones no coactivas de abogacía, para lo cual emite opiniones sobre normas que limiten la competencia; realiza estudios de mercado, y capacita y enseña sobre el marco normativo y los beneficios de la competencia.

Con dichas bases, como señalamos más arriba, en esta primera década la actividad de la CONACOM se ha visto principalmente enfocada en la evaluación de operaciones de concentración notificadas, lo cual deviene casi lógico, atendiendo al carácter obligatorio de este procedimiento de darse las circunstancias o umbrales previstos en la Ley, por un lado, y, por el otro, en la emisión de opiniones técnicas sobre leyes o proyectos de leyes o normativas de rango inferior que contengan disposiciones que dificulten la competencia en los respectivos mercados relacionados, en cumplimiento de sus funciones de abogacía.

Contrariamente, salvo contadas excepciones, aun son pocos los casos donde la CONACOM ha ejercido sus funciones de investigación y sanción de conductas prohibidas, principal desafío para la Institución en la próxima década. Además, recientemente, el Tribunal de Cuentas – instancia judicial revisora de las resoluciones de la CONACOM – ha confirmado, por primera vez y en dos ocasiones³³, sanciones impuestas por la Institución, quedando pendiente a la fecha la confirmación o no de la resolución por la cual la Autoridad denegó la operación de concentración notificada ya referida anteriormente (*Asunto Frigomerc*).

Respecto del régimen de control de concentraciones, que supone un control administrativo previo de ciertas operaciones que, dada su relevancia, los operadores involucrados y los mercados afectados, pueden alterar la estructura competitiva de los mismos, y a través del cual se pretende impedir aquellas que podrían privar a los afectados de las ventajas de la libre competencia³⁴, la CONACOM ha recibido, a la fecha³⁵, cincuenta y cuatro (54) notificaciones de operaciones de concentración.

Siete (7) se encuentran en evaluación. De las cuarenta y siete (47) restantes, dos (2) de ellas fueron desistidas por las notificantes, por haber decidido las partes de la operación no seguir adelante con las mismas. Una (1) se tuvo por no notificada, por no haber sido presentada toda la información requerida por la

³³ Se trata del Acuerdo y Sentencia N° 46 del 10 de mayo de 2023, dictado por el Tribunal de Cuentas, 2da Sala, en el Expediente caratulado: "Servicios y Productos Multimedia S.A. c/ Res. 56 de la Comisión Nacional de la Competencia", disponible, al 2 de septiembre de 2023 en: <http://iccparguay.org/wp-content/uploads/2023/08/AyS-46-TDC-Segunda-Sala-CONACOM.pdf>, y del Acuerdo y Sentencia N° 178 del 8 de agosto de 2023, dictado por el Tribunal de Cuentas, 1ra Sala, en el Expediente caratulado: "Servicios y Productos Multimedia S.A. c/ Res. 28 de la Comisión Nacional de la Competencia", disponible, al 2 de septiembre de 2023 en: <http://iccparguay.org/wp-content/uploads/2023/08/AyS-172-TDC-Primera-Sala-CONACOM.pdf>

³⁴ Loma-Osorio, Diego (Coordinador), Tratado de Derecho de la Competencia. Thomson Reuters, Pamplona - España (2013), 350

³⁵ Un listado de las operaciones notificadas, actualizado al 7 de agosto de 2023, se encuentra disponible en: <https://www.conacom.gov.py/ambitos-de-actuacion/concentraciones/listado-de-operaciones-de-concentracion>

norma. De una (1) se declaró la improcedencia de su notificación, por no concurrir ninguna de las circunstancias -umbrales- establecidas en la Ley.

De las cuarenta y tres (43) restantes que tuvieron resolución final del Directorio, treinta y cinco (35) fueron autorizadas sin objeciones, siete (7) sujetas al cumplimiento de condicionamientos, y solo una (1) denegada.

Sin entrar en mayores detalles³⁶, podemos señalar que las operaciones condicionadas se dieron en los asuntos: *TIGO/Alto Paraná*³⁷, *TIGO/Itapúa*³⁸, *Prosegur/Wackenhut*³⁹, *Copetrol/Petrobras*⁴⁰, *Copetrol/Axion*⁴¹, *MSC/San Francisco*⁴² y *Grupo Vierci/Nuevo Super*⁴³. La única operación denegada, por su parte, fue en el asunto *Frigomerc*, antes citado⁴⁴.

Respecto de supuestas faltas a la Ley, la CONACOM ha dispuesto la apertura de trece (13) sumarios de investigación de conductas prohibidas⁴⁵. Siete (7) de ellos por supuestos incumplimientos de condicionamientos impuestos para la autorización de operaciones de concentración (a las empresas Tigo, Copetrol y Prosegur), de los cuales seis (6) ya cuentan con resolución final; cabe destacar que las principales sanciones fueron multas por valores que ascendieron a más de cien millones de guaraníes, respectivamente⁴⁶, y que una de las investigadas

³⁶ Un resumen más acabado sobre los fundamentos del control de concentraciones, atribuciones de la CONACOM al respecto, y detalles del procedimiento y de las operaciones de concentración más controversiales resueltas, puede verse en: Boggino, Fabrizio y Díaz Delgado, Rolando, Primeros años del régimen de control de concentraciones empresariales en Paraguay: Fundamentos, procedimiento, estadísticas y análisis sustancial de los casos controversiales evaluados, en Comisión Nacional de la Competencia, Anuario de Derecho de la Competencia (2022). Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.conacom.gov.py/ambitos-de-actuacion/abogacia/actividades-de-promocion/anuario>

³⁷ Expte. N°. 015/2017: "Servicios y Productos Multimedia S.A., Get Line Internet S.A., TV Cable Paraná S.A. y Cable 3 Fronteras S.A. s/ Notificación de operación de concentración (adquisición parcial de activos)". Autorizada por Resolución D/AL No. 08/2017. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1kfw7nMYHTNB_404Vjh6Qd6JhJAWj_uwv/view

³⁸ Expte. No. 033/2018 "Servicios y Productos Multimedia S.A. y Cable Visión del Sur S.A. s/ Notificación de operación de concentración (adquisición de activos)". Autorizada por Resolución D/AL No. 025/2018. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/13K3m3zuxhwzjQqcZnxckldrGrENcdRi/view>

³⁹ Expte. No. 105/2017: "Prosegur Paraguay S.A. y Wackenhut Paraguay S.A. s/ Concentración (Adquisición de activos)". Autorizado por Resolución D/AL No. 08/2018. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/open?id=1nC3ctJkNd5nAzGvA2_tzrb0th4PoE4MZ

⁴⁰ Expte. No. 072/2018 "Copetrol S.A. y Petrobras Paraguay Distribution Limited/Petrobras Paraguay Operaciones y Logísticas S.R.L./Petrobras Gas S.R.L. s/ Notificación de operación de concentración". Autorizada por Resolución D/AL No. 03/2019. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/1BguARjJvAHq4HoZUyGcgcxD6LyZwQoj/view>

⁴¹ Expte. No. 060/2019 "Copetrol S.A. y Axion Energy Paraguay s/ Notificación de operación de concentración (adquisición de activos)". Autorizada por Resolución D/AL No. 029/2019. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1249PSFC18sNYO10BzDT_EIZlpSX8YcrD/view

⁴² Expte. No. 017/2021: "Medlog S.A. y Fernando Leri Frizza s/ Notificación de operación de concentración". Autorizada por Resolución D/AL N° 73/2021 y aclarada por Resolución D/AL N° 93/2021. Disponibles, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/14w9EogZ2LzlyLT7ZMtElzld4wSpsv-/view> y <https://drive.google.com/file/d/1F9v1Q1nPiEOvXMyUIDuSyIJT2LXExuSR/view>

⁴³ Expte. No. 609/2021: "Grupo Vierci y Supermercado Nuevo Super (Caacupé) s/ Notificación de operación de concentración". Autorizada por Resolución D/AL N° 75/2022 y aclarada por Resolución D/AL N° 87/2022. Disponibles, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1MvwypVeFRrQ_oZNDn3BSiowHp8CXTpfv/view y <https://drive.google.com/file/d/1uMshjAeqzW-SX8y00h1COQ7dTK3uunVF/view>

⁴⁴ Asunto Frigomerc, op. cit.

⁴⁵ Listado de expedientes disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.conacom.gov.py/ambitos-de-actuacion/practicas-restrictivas/historial-de-expedientes>

⁴⁶ En la Res. D/AL 28/2021 del 11 de mayo de 2021, Sumario de Investigación 001/2019, "Servicios y Productos Multimedia S.A. s/ Incumplimiento de condicionamientos", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/1yDhoce0CEzyHyft1uL5lv6XK7w-eflK9/view>; Res. D/AL 56/2021 del 18 de agosto de 2021, Sumario de Investigación 003/2019, "Servicios y Productos Multimedia S.A. s/ Incumplimiento de condicionamientos", disponible, al 2 de septiembre

fue absuelta, en su caso⁴⁷.

Cuatro (4) casos fueron relacionados a supuestas violaciones al artículo 8 de la ley (acuerdos restrictivos), aunque tres (3) de ellos – los que cuentan con sanción –, fueron a gremios de los rubros combustibles y gas licuado petróleo por recomendar colectivamente a sus asociados la fijación de precios de ventas de los productos y otras condiciones comerciales relacionadas⁴⁸, mientras que en el único caso por licitación colusoria se absolvió a las firmas investigadas, por aplicación de una exención legal establecida en la Ley⁴⁹.

Los otros dos (2) casos abiertos fueron por supuestos abusos de posición de dominio; en el asunto Teledeportes Paraguay, ya resuelto, la firma denunciada fue absuelta de un supuesto abuso relacionado a la negativa de venta del producto fútbol paraguayo a sus principales competidores, Claro y Personal⁵⁰. El otro, relacionado a una denuncia del Banco Continental contra Bancard, por supuesto abuso mediante la imposición de condiciones de exclusividad para la prestación de servicios de adquirencia y procesamiento de pagos y la aplicación de condiciones comerciales a la entidad denunciante desiguales a aquellas aplicadas a las demas, con fines exclorios, sigue en trámite y en pocos meses se debería emitir resolución final⁵¹.

Por otra parte, cabe agregar que la CONACOM ha dispuesto la apertura de nueve (9) sumarios por violación al deber de colaboración que tienen todas las personas físicas y jurídicas con la Institución⁵², cuyo incumplimiento también se encuentra penado por Ley⁵³, sancionando con multas de entre cinco y quince

de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1HM_vwcdYjRm-fzIU_BCua5ypKxqjslMT/view; Res. D/AL 54/2022 del 28 de julio de 2022, Sumario de Investigación 004/2020, "COPETROL S.A. s/ Incumplimiento de condicionamientos", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/141va7eG6ir7GPoKCCBpYSAKe2-UcypM3/view>, y Res. D/AL 100/2022 del 29 de noviembre de 2022, Sumario de Investigación 001/2021, "COPETROL S.A. s/ Incumplimiento de condicionamientos", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1q_D7HOYKT2DpLYN6ZjT5j4KQvaXA11eK/view

⁴⁷ Res. D/AL 53/2022 del 28 de julio de 2022, Sumario de Investigación 005/2020, "Prosegur Paraguay S.A. s/ Incumplimiento de condicionamientos", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1gX-4xhEPJX6mAPMKpHd_gyryZy6OEPUF/view

⁴⁸ Res. D/AL 60 del 18 de agosto de 2022, Sumario de Investigación 002/2021: "CADIPAC s/ Supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/1euc9-Ptq-ssg9uJuEGFS9MRXZ2ecHTe8/view>; Res. D/AL 24 del 31 de mayo de 2023, Sumario de Investigación 002/2021: "APESA s/ Supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/1I2egLhH79YktRE-j6s6lgpVnt5EAmEzo/view>, y Res. D/AL 41/2023 del 28 de agosto de 2023, Sumario de Investigación 002/2022: "CAPAGAS s/ Supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/1N3bVHd764hutx2XacdN4zvmnkWTDjvT/view>

⁴⁹ Res. D/AL 82/2021 del 9 de noviembre de 2021, Expediente 01/2020 caratulado: "IMEDIC S.A., EUROTEC S.A., Patricia Beatriz Ferreira Pascottini y Marcelo Rubén Ferreira Pascottini s/ Supuesta infracción del art. 8 de la Ley 4956/2013", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/1G2-OaeRpkVexcVdrc6RXC9uP1IXdEe23/view>

⁵⁰ Res. D/AL 87/2021 del 23 de noviembre de 2021, Sumario de Investigación 003/2020, caratulado: "Teledeportes Paraguay S.A. s/ Supuesta infracción de la Ley 4956/2013", disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1IjCU_G7dpdWLjJ6VEpc_d0YiWkttAIM8/view

⁵¹ Sumario de Investigación 003/2022, "Bancard S.A. s/ Supuesta infracción de la Ley 4.956/2.013". Ver noticia disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://www.conacom.gov.py/noticias/inicio-sumario-de-investigacion-bancard-s>

⁵² De conformidad con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 4.956/2.013 y el artículo 71 y siguientes del Decreto 1.490/2.014, que reglamenta la Ley.

⁵³ Un resumen mas acabado sobre los fundamentos del deber de colaboración, el procedimiento y las sanciones posibles, puede verse en: Boggino, Fabrizio y Burt, Victoria, El deber de colaborar con la Autoridad Administrativa, en "Legal Industry Reviews",

millones de guaraníes a empresas como Biggie, Fortis, Ochsi, Petrosur, Petropar, Energy Gas, Gas Corona, Petrón o Distribuidora 3MG⁵⁴.

Finalmente, en cuanto a sus funciones de promoción de la competencia, la CONACOM⁵⁵ ha emitido opiniones, tanto a iniciativa propia como a pedido de parte interesada o de poderes del Estado mismo -Legislativo y Ejecutivo-, respecto de proyectos de Ley y su implicancia para la competencia en los sectores afectados por los mismos⁵⁶.

Por ejemplo, la CONACOM emitió opinión técnica respecto del Proyecto de Ley que buscaba modificar el artículo segundo de la Ley 4.559/11 “Que establece mecanismos de apoyo para la producción y empleo nacional a través de los procesos de contrataciones públicas”, con el cual se pretendió ampliar el margen de preferencia a favor de los productos nacionales frente a los extranjeros, de un 20 % a un 40%.

La CONACOM emitió también opiniones respecto de los proyectos de Ordenanza para regular los servicios de transporte contratado a través de aplicaciones digitales, la ordenanza por la cual se establece una distancia mínima entre estaciones de servicio en el municipio de Asunción, o el proyecto de Ley para establecer distancias mínimas entre Farmacias.

Así mismo, cuando como consecuencia de la coyuntura dada por la Pandemia del COVID 19 se plantearon sendas propuestas de leyes para regular precios, tanto de productos básicos de salud, higiene, canasta alimenticia y demás, o de ciertos servicios como el de flete terrestre, la CONACOM se refirió a los mismos, advirtiendo a los legisladores respecto de las implicancias de tal intervención en el mercado, y de los parámetros que deben de tenerse en cuenta para hacerlo.

Por último, recientemente, la CONACOM se refirió a dos proyectos de Ley super importantes para la economía del país: por un lado, respecto del nuevo Proyecto de Ley de Suministro y Contrataciones Públicas, se emitieron opiniones fundadas sobre diversos puntos y artículos establecidos, siempre desde el punto de vista de colaborar a que el marco legal en la materia evite restringir la competencia o bien, estimular o incentivar comportamientos colusorios entre oferentes.

Por otro lado, la CONACOM realizó recomendaciones, primero al Congre-

Edición No. 3, Mayo 2023, Paraguay, 24. Disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://thelegalindustry.com/paraguay/>

⁵⁴ Resoluciones disponibles al 2 de septiembre de 2023 en: <https://www.conacom.gov.py/ambitos-de-actuacion/practicas-restrictivas/historial-de-expedientes>

⁵⁵ Según el artículo 15 de la Ley 4.956/2.013, la CONACOM tiene atribuciones para proponer directrices de política de defensa de la competencia en el marco de la política económica; estudiar e investigar los sectores económicos, analizando la situación y grado de competencia de cada uno de ellos, así como la de posible existencia de prácticas restrictivas de la competencia; proponer la adopción de medidas conducentes a la remoción de los obstáculos en que se ampare la restricción de la competencia; proponer informes, recomendaciones o proyectos sobre materia de defensa de la competencia, y, coordinar tareas con los demás reguladores sectoriales, emitiendo recomendaciones específicas a cada sector regulado.

⁵⁶ Todas las opiniones referidas de aquí en adelante pueden encontrarse, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.conacom.gov.py/ambitos-de-actuacion/abogacia/historial-de-opiniones>

so, y luego al Poder Ejecutivo, respecto del Proyecto de Ley que regula de los servicios de confianza para las Transacciones Electrónicas, particularmente, respecto de un artículo que establecía el nivel de seguridad requerido para las operaciones en cuestión -conocidas como "billeteras electrónicas"-, que, no solo era desproporcionado y discriminatorio por desnivelar la competencia entre los agentes que ofrecen los servicios en cuestión al no considerar los riesgos de cada tipo de operación y los niveles acordes a los mismos, sino también tendría la potencialidad para atentarse contra la tan deseada inclusión financiera de la población, al generarle costos, monetarios y de transacción, a los más de un millón de usuarios de los mismos.

Por su parte, respecto de aquellas maneras de promocionar la competencia en sectores con regulaciones ya vigentes y donde se identificaron ciertos indicios de problemas para competir, por mencionar un par de ellos, la CONACOM se ha referido a algunos tales como el mercado de importación y comercialización de varillas de hierro y acero, clave para el sector de la construcción, o al nuevo mercado de productos que contienen cannabis, con fines medicinales, ambos sectores en los cuales se identificaron restricciones importantes para la concurrencia y competencia, a partir de disposiciones establecidas en sus marcos normativos, especialmente pero sin limitarse a los cupos para otorgar licencias tanto habilitantes para operar como para producir o importar, que conllevan serias limitaciones a la libre competencia, pueden restringir la oferta, subir precios, y, del mismo modo, dar cabida a la creación de mercados negros o paralelos.

Como señalé en un artículo anterior sobre el asunto, si bien las opiniones técnicas que pueda emitir la CONACOM respecto de posibles restricciones a la libre competencia y eventualmente, respecto de la inconstitucionalidad de ciertas disposiciones normativas por ser contrarias al artículo 107 de la Constitución, no son coercitivas ni de acogida obligatoria para los reguladores, sí pueden tener su peso al momento de tomar una decisión final en el asunto, como ya aconteció un par de veces con el Poder Ejecutivo. Por ello, se debería alentar a profesionales, empresarios y organismos a seguir insistiendo con dichas opiniones de carácter técnico, para que las mismas sigan siendo visualizadas y ganando su lugar, como lo es en todos los países del primer mundo⁵⁷.

Finalmente, merece destacarse que la CONACOM creó el *Instituto de la CONACOM*, mediante el cual se busca fomentar y promocionar la competencia a través de charlas, seminarios y actividades con profesionales, empresarios y estudiantes, y, así mismo, se busca capacitar a los funcionarios de la Institución, a través de actividades varias como ser *masterclasses*, seminarios y conversatorios con Autoridades de Competencia y profesionales expertos en la materia de todas partes del mundo.

En efecto, en conjunto con otras asociaciones de profesionales interesados en la materia, tales como la Asociación Paraguaya de Estudios de Derecho de la Competencia (APEDEC), la Cámara Internacional de Comercio (ICC) Capítulo

⁵⁷ Boggino, Fabrizio, Promover la competencia, una tarea de todos, 31 de diciembre de 2021. Disponible al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.linkedin.com/pulse/promover-el-derecho-de-la-competencia-/?published-t>

Paraguay, la Sociedad de Derecho y Economía de la Universidad Católica (SO-DEUC), o el Instituto Paraguayo de Derecho y Economía (IPDE), es que se han organizado muchos de estos *webinarios* sobre temas de actualidad en la materia – control de precios, precios excesivos, licitaciones colusorias, entre otros- con la ponencia de los más importantes expertos de la materia a nivel Latinoamérica y autoridades de otras Agencias de Competencia, y sobre nociones básicas de la materia, dirigido a gremios, profesionales, otros funcionarios de entes reguladores y estudiantes universitarios.

Además, la CONACOM, gracias al apoyo del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR) y de la Ley Paraguaya S.A., ha lanzado ya dos ediciones del Anuario Paraguayo de Derecho de Competencia, que cuenta con artículos de más de quince expertos en la materia de Latinoamérica, marcándose así un hito para la materia y para el país.

V. Sobre futuros desafíos y la necesidad de seguir apostando por la aplicación de la Ley.

Recapitulando, las leyes de competencia responden al sistema de economía que adopta un Estado. El Paraguay, ya en el artículo primero de la Constitución de 1992 se consagró como un Estado Social de Derecho. Uno de los presupuestos de un estado social de derecho, a su vez, es el sistema económico de libre mercado, lo cual no es de sorprender, considerando su mayor capacidad de generar riqueza y bienestar, reconociendo los derechos fundamentales de la propiedad privada, la libertad de empresa y el libre desarrollo de la personalidad⁵⁸. Por ello es que, en el artículo 107, la Carta Magna consagra el derecho de toda persona a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia dentro de un régimen de igualdad de oportunidades, garantiza la competencia en el mercado y prohíbe la creación de monopolios y el alza o baja artificial de precios que traben la libre competencia.

Lo anterior es perfectamente comprensible, pues como bien enseña CABANELLAS, las economías de mercado requieren para funcionar de manera mínimamente eficiente como tales, de un marco jurídico específico, cuyos elementos esenciales son “...el régimen de propiedad, el de los contratos, el de la insolvencia, y el de la competencia”⁵⁹.

En ese sentido, como vimos, la adopción de un marco legal que desarrolle el derecho consagrado en el artículo 107 de la Constitución era imperioso. Ahora bien, en concordancia con lo que señalaba Cabanellas respecto de que la sola promulgación de la Ley es insuficiente, GUSTAVO BENÍTEZ, primer Director de Investigación de la CONACOM, manifiesta que “...edificar una institucionalidad capaz de implementar de manera efectiva, todas las dimensiones que componen los marcos normativos estándar sobre defensa de la competencia, es una labor no menos que extraordinaria”⁶⁰.

⁵⁸ Laguna de Paz, José Carlos. Derecho Administrativo Económico. Thomson Reuters, 2da edición, 2019, 67.

⁵⁹ Cabanellas, op. cit., 18.

⁶⁰ Benítez Fernández, Gustavo, Curva de aprendizaje, 14 de marzo de 2021. Disponible al 2 de septiembre de 2023, en: <https://>

Además, resume, en base a reportes de la *International Competition Network*, que los principales ejes o desafíos que enfrentan las agencias nóveles, son de índole: i) legislativos; ii) relacionados a la aplicación de políticas de competencia; iii) recursos; iv) experiencia del staff; v) relativos a la experiencia en la jurisdicción judicial, y; vi) cultura de la competencia⁶¹.

En ese sentido, el guiño realizado por el recientemente Presidente electo respecto de la importancia de las economías abiertas y correctamente reguladas para el crecimiento económico del país y la erradicación de la pobreza es, cuanto menos, auspicioso, ya que, si bien se puede decir bastante respecto de cada uno de los desafíos apuntados por BENÍTEZ, el apoyo del Gobierno de turno es imperioso, tanto político para realizar eventuales ajustes al marco normativo, como en materia de recursos, ya que estos son esenciales para el crecimiento en volumen y la consolidación técnica del *staff* de las Agencias, sin lo cual no se puede exigir una aplicación efectiva de la Ley.

A continuación, por su importancia, me permito reiterar un par de datos ya traídos a colación en otra oportunidad⁶². Respecto del asunto del presupuesto, un reporte reciente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) enseña que el presupuesto anual promedio de las Agencias de Competencia de los países que forman parte de la OCDE fue de treinta (30) millones de euros en el 2020; el de aquellas de países de Latinoamérica y el Caribe, de diez (10) millones de euros⁶³. El presupuesto asignado a la CONACOM fue de poco más de setecientos (700) mil euros⁶⁴.

Si comparamos el promedio de funcionarios, las Agencias de los países que forman parte de la OCDE cuentan con alrededor de ciento setenta (170); las de los países de Latinoamérica y el Caribe de poco más de cien (100)⁶⁵; la CONACOM en la actualidad cuenta con un aproximado de treinta y uno (31), incluyendo a los Directores.

Yendo al campo de actuación de las Agencias de competencia, tenemos que, entre el 2015 y el 2020, de las cuatro mil ochocientos ochenta (4880) operaciones de concentración notificadas en Latinoamérica y el Caribe⁶⁶, treinta (30) correspondieron a operaciones notificadas ante la CONACOM, lo que representa menos del 1% del total.

www.linkedin.com/pulse/curva-de-aprendizaje-gustavo-a-ben%C3%ADtez-fern%C3%A1ndez/

⁶¹ International Competition Network, Lessons to be learnt from the experience of young competition agencies, Disponible al 2 de septiembre de 2023 en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/06/SGVC_YoungerAgenciesReport2019.pdf

⁶² Boggino, Fabrizio, La importancia del enforcement de la Ley de Defensa de la Competencia para combatir los cárteles, la inflación y la pobreza en el Paraguay, en SODEUC e IPDE, "Revista de Derecho y Economía del Paraguay", Volumen II, año 2022, Asunción, Paraguay, 53 y siguientes.

⁶³ OCDE, Tendencias sobre competencia en Latinoamérica y el Caribe, (2022), 24. Disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://www.oecd.org/publications/tendencias-sobre-competencia-en-latinoamerica-y-el-caribe-2022-f19a5033-es.htm>

⁶⁴ Ley 6469, Ejercicio Fiscal 2020, Comisión Nacional de la Competencia. Disponible 2 de septiembre de 2023 en: <https://www.hacienda.gov.py/web-hacienda/archivo.php?a=28282b313c353b363af537392c26f8f6f8f6f52e283a-3b363af5f8f9f3f8fde62a3634303a303635e635282a3036352833e62b2ce63328e62a3634372c3b-2c352a3028f4372b2d280c6&x=dada079&y=20200be>

⁶⁵ OCDE (2022), op. cit., 25

⁶⁶ OCDE (2022), op. cit., 29

El promedio de cárteles sancionados por cada país miembro de la OCDE en el 2020 fue de nueve (9); en América Latina y el Caribe, ocho (8)⁶⁷. Sólo en América Latina y el Caribe se han resuelto más de seiscientos (600) casos de cárteles entre el 2015 y el 2020, en Paraguay todavía no se logró sancionar ninguno, aunque en el *Asunto Eurotec Imedic* se determinó la existencia de una licitación colusoria pero las investigadas fueron absueltas por otras razones⁶⁸.

Mientras que Paraguay no estableció en su marco legal la posibilidad de que las empresas infractoras se acojan a los beneficios del programa de clemencia o delación compensada, solo en el año 2020 diez y ocho (18) investigados solicitaron acogerse a uno en América Latina y el Caribe⁶⁹.

Sin ánimos de extenderme más, podemos mencionar que el promedio de abusos de dominancia sancionados por países de Latinoamérica y el Caribe fue de ocho (8) en el 2020; en Paraguay todavía no se logró sancionar uno solo, aunque ya se resolvió un caso, en donde se absolvió a la firma acusada⁷⁰.

Hechas las comparaciones, no podemos desconocer que debemos apretar el acelerador, pero que, sin los mínimos recursos, es difícil. Como señala un reporte del Grupo Banco Mundial, si bien los cárteles no son el único obstáculo a la competencia en los mercados, son especialmente dañinos para los más pobres, ya que los precios “inflados” disminuyen el consumo, impactan desproporcionalmente a aquellos de menor poder adquisitivo, disminuyen el ritmo de reducción de la pobreza y socaban el desarrollo del capital humano⁷¹. Al menos el veintiún por ciento (21%) de los detectados en América Latina y el Caribe operaban en mercados de productos esenciales de la canasta básica familiar tales como el azúcar, papel higiénico, harina, leche, pollo. Estimaciones realizadas concluyen que los cárteles aumentan los precios pagados por los consumidores, en promedio, en un cuarenta y nueve por ciento (49%), llegando a casi el ochenta por ciento (80%) cuando los mismos son especialmente fuertes o están consolidados⁷².

Además de su impacto en los consumidores, la existencia de cárteles puede reducir el crecimiento económico e inhibir el emprendedurismo, ya que crean barreras de entrada infranqueables para todo aquel que quiera competirles, gracias al poder político o sobre las políticas públicas que tienen, a partir de su poder económico⁷³. En ese orden, el reporte señala que los cárteles no ofrecen

⁶⁷ OCDE (2022), op. cit., 35

⁶⁸ Asunto Eurotec e Imedic, op. cit.

⁶⁹ OCDE (2022), op. cit., 31

⁷⁰ Asunto Teledeportes, op. cit.

⁷¹ Grupo Banco Mundial, Promoviendo la integración internacional de Paraguay. Políticas de comercio, inversión y competencia, 2022, 16. Disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/58a3bfe4f6d501d22fe4c9f57916b263-0370012022/original/PROMOVIENDO-LA-INTEGRACION-INTERNACIONAL-DE-PARAGUAY.pdf>

⁷² Grupo Banco Mundial (2021), op. cit., 7

⁷³ Para leer más sobre esto, recomiendo, por ejemplo, la obra de Zingales, Luigi, A capitalism for the people: Recapturing the lost genius of american prosperity, donde el autor explica como el crony capitalism o capitalismo de amigos ha detenido el crecimiento económico de los EE.UU. en las últimas décadas, o a Beneke, Francisco, Towards a more complete understanding of market power and consumer harm in antitrust law, disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://www.promarket.com>

ningún beneficio en términos de eficiencia e innovación, al contrario, son unívocamente dañinas para la productividad y el desarrollo económico de un país⁷⁴.

Aparte de los recursos económicos, si en verdad queremos combatir los cárteles y los abusos de dominancia, y, de esa forma, utilizar a la Ley de Defensa de Competencia como una herramienta más para combatir los cárteles, incidir a mediano y largo plazo en los precios pagados por los consumidores finales, ayudar al crecimiento y desarrollo económico del país, y reducir los niveles de pobreza, entonces, además de seguir fortaleciendo la capacidad institucional de la CONACOM y la promoción de la competencia en los mercados y sus beneficios, existen otras herramientas que debemos sumar a la caja. Muchas fueron mencionadas en el *Peer Review* de UNCTAD, y, que, para no extenderme más en el presente artículo, prefiero remitirme a un resumen realizado en otra ocasión⁷⁵.

org/2021/12/16/antitrust-consumer-welfare-economics-market-power/

⁷⁴ Grupo Banco Mundial (2021), op. cit., 7.

⁷⁵ Boggino, Fabrizio, Sobre las conclusiones y recomendaciones del peer review de los expertos de UNCTAD. Disponible al 2 de septiembre de 2023, en: https://www.linkedin.com/posts/fabrizio-boggino-198121122_al-respecto-el-informe-final-del-peer-review-activity-7090084059350994944-5wP5?utm_source=share&utm_medium=member_desktop

BIBLIOGRAFÍA

- Acha, Sebastián, *Discusión sobre defensa de la competencia en sede legislativa*, en “Régimen legal de defensa de la competencia en el Paraguay.
- Benitez Fernández, Gustavo, *Curva de aprendizaje*, 14 de marzo de 2021. Disponible al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.linkedin.com/pulse/curva-de-aprendizaje-gustavo-a-ben%C3%A1-Dtez-fernández/>
- Boggino, Fabrizio y Díaz Delgado, Rolando. “Primero años del régimen de control de concentraciones empresariales en Paraguay: Fundamentos, procedimiento, estadísticas y análisis sustancial de los casos controversiales evaluados”. *Comisión Nacional de la Competencia, Anuario de Derecho de la Competencia (2022)*. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.conacom.gov.py/ambitos-de-actuacion/abogacia/actividades-de-promocion/anuario>.
- Boggino, Fabrizio y Burt, Victoria. “El deber de colaborar con la Autoridad Administrativa”. *Legal Industry Reviews*, Edición No. 3, Mayo 2023, Disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://thelegalindustry.com/paraguay/>.
- Boggino, Fabrizio, *Promover la competencia, una tarea de todos*, 31 de diciembre de 2021. Disponible al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.linkedin.com/pulse/promover-el-derecho-de-la-competencia-/?published=t>
- Boggino, Fabrizio. “La importancia del enforcement de la Ley de Defensa de la Competencia para combatir los cárteles, la inflación y la pobreza en el Paraguay”. *SODEUC e IPDE, “Revista de Derecho y Economía del Paraguay”, Volumen II, (2022)*, Asunción, Paraguay.
- Cabanellas, Guillermo, *Prólogo*, en “Régimen legal de defensa de la competencia en el Paraguay, Ley comentada, anotada y concordada”. Editora Litocolor S.R.L.
- Equipo Económico Nacional, *Gobierno de la República del Paraguay. Plan Estratégico Económico y Social 2008/2013. Propuestas para un crecimiento económico con inclusión social en el Paraguay (2008)*.
- Expte. N°. 015/2017: “Servicios y Productos Multimedios S.A., Get Line Internet S.A., TV Cable Paraná S.A. y Cable 3 Fronteras S.A. s/ Notificación de operación de concentración (adquisición parcial de activos)”. Autorizada por Resolución D/AL No. 08/2017. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1k-fwn7nMYHTNB_404Vjh6Qd6JhJAWjuwv/view.
- Expte. No. 033/2018 “Servicios y Productos Multimedios S.A. y Cable Visión del Sur S.A. s/ Notificación de operación de concentración (adquisición de activos)”. Autorizada por Resolución D/AL No. 025/2018. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/13K3m3zuxhwzjQqcZxnxckldrGrENcdRi/view>.
- Expte. No. 105/2017: “Prosegur Paraguay S.A. y Wackenhut Paraguay S.A. s/ Concentración (Adquisición de activos)”. Autorizado por Resolución D/AL No. 08/2018. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/open?id=1nC3ctJkNd5nAzGYa2_tzrb0th4PoE4MZ
- Expte. No. 072/2018 “Copetrol S.A. y Petrobras Paraguay Distribution Limited/Petrobras Paraguay Operaciones y Logísticas S.R.L./Petrobras Gas S.R.L. s/ Notificación de operación de concentración”.

- Autorizada por Resolución D/AL No. 03/2019. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/1BguARjJ-vAHq4HoZUYGcgcxD6LyZwQoj/view>.
- Expte. No. 060/2019 “Copetrol S.A. y Axion Energy Paraguay s/ Notificación de operación de concentración (adquisición de activos)”. Autorizada por Resolución D/AL No. 029/2019. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1249PSFCL-8sNYO10BzDT_EIZlpSX8YcrD/view.
 - Expte. No. 017/2021: “Medlog S.A. y Fernando Leri Frizza s/ Notificación de operación de concentración”. Autorizada por Resolución D/AL N° 73/2021 y aclarada por Resolución D/AL N° 93/2021. Disponibles, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://drive.google.com/file/d/14w9EogZ2LZnlzyLT7ZMtElzld4wSpsv-/view> y <https://drive.google.com/file/d/1F9v1Q1nPiE0vXMyUIDuSyIJT2LXExusR/view>.
 - Expte. No. 609/2021: “Grupo Vierci y Supermercado Nuevo Super (Caacupé) s/ Notificación de operación de concentración”. Autorizada por Resolución D/AL N° 75/2022 y aclarada por Resolución D/AL N° 87/2022. Disponibles, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1MvwypVeFRrQ_oZNDn3BSiowHp8CXTpfv/view y <https://drive.google.com/file/d/1uMshjAeqzW-SX8y00h1CO-Q7dTk3uunVF/view>.
 - Grupo Banco Mundial, Promoviendo la integración internacional de Paraguay. Políticas de comercio, inversión y competencia, 2022. Disponible al 2 de septiembre de 2023 en: <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/58a3bfe4f6d501d22fe4c9f57916b263-0370012022/original/PROMOVIENDO-LA-INTEGRACION-INTERNACIONAL-DE-PARAGUAY.pdf>.
 - HUG DE BELMONT, Bruno. Exposición en Seminario organizado el 21 de junio de 2023, “Historia de la Ley de Defensa de la Competencia”, cuya grabación se encuentra disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: <https://www.youtube.com/watch?v=ZrWqtVipc6w&t=2767s>.
 - Laguna de Paz, José Carlos. (2019) Derecho Administrativo Económico. Thomson Reuters.
 - Ley 4956/2013
 - Ley 6469, Ejercicio Fiscal 2020, Comisión Nacional de la Competencia. Disponible 2 de septiembre de 2023 en: <https://www.hacienda.gov.py/web-hacienda/archivo.php?a=28282b313c353b363af537392c26f8f6f8f6f52e283a3b363af5f8f9f3f8fde62a3634303a303635e635282a3036352833e62b2ce63328e62a3634372c3b-2c352a3028f4372b2d280c6&x=dada079&y=20200be>
 - Lezcano Claude, Luis. “Historia Constitucional del Paraguay (Período 1870-2012)”, “Revista Jurídica” Universidad Americana, Volumen 3 (2012).
 - Loma-Osorio, Diego (Coordinador). (2013). Tratado de Derecho de la Competencia. Pamplona, España: Thomson Reuters.
 - Peña, Julián, The limits of competition law in Latin America, en Sokol, D.D. & Liano, I., “The Global Limits of Competition Law”, Stanford, California, Stanford Law Books, 2012.
 - Peña Palacios, Santiago, Discurso de fecha 15 de agosto de 2023.
 - Frigomerc S.A. y Frigorífico Norte S.A. s/ Notificación de operación de concentración, Expediente N° 190/2020, Res. D/AL N° 18/2020 del 21 de septiembre de 2020. Disponible, al 2 de septiembre de

2023, en: <https://drive.google.com/file/d/14w9EogZ2LZnlzyLT7ZMtElzd4wSpsv/view>

- Teledeportes Paraguay S.A. s/ Supuesta infracción de la Ley 4956/2013, Sumario de Investigación 003/2020, Res. D/AL 87/2021 del 23 de noviembre de 2021. Disponible, al 2 de septiembre de 2023, en: https://drive.google.com/file/d/1IjCU_G7dpdWLjJ6VEpc_dOYiWkttAIM8/view
- Secretaría Técnica de Planificación (STP), Plan Nacional de Desarrollo 2030 (2014), aprobado por Decreto P.E. 2.794/2.014.
- Servicios y Productos Multimedia S.A. c/ Res. 56 de la Comisión Nacional de la Competencia, Acuerdo y Sentencia N° 46 1, (Tribunal de Cuentas, 2da Sala, 0 de mayo de 2023)", disponible, al 2 de septiembre de 2023 en: <http://iccp Paraguay.org/wp-content/uploads/2023/08/AyS-46-TDC-Segunda-Sala-CONACOM.pdf>.
- Servicios y Productos Multimedia S.A. c/ Res. 28 de la Comisión Nacional de la Competencia, Acuerdo y Sentencia N° 178 (Tribunal de Cuentas, 1ra Sala, 8 de agosto de 2023) disponible, al 2 de septiembre de 2023 en: <http://iccp Paraguay.org/wp-content/uploads/2023/08/AyS-172-TDC-Primera-Sala-CONACOM.pdf>



revistajurídica

DERECHO COMERCIAL



GUÍA PRÁCTICA SOBRE LAS EMPRESAS POR ACCIONES SIMPLIFICADAS

Bruno Adrián Caballero Cardozo¹

RESUMEN: Cuando se promulgó la Ley Nro. 6480/2020, se generó bastante revuelo en torno a la ingeniosa idea de un nuevo vehículo jurídico el cual, en teoría, permitiría a los empresarios constituir una nueva entidad jurídica con poco o ningún costo y obtener todos los beneficios de estructuras corporativas clásicas como la limitación de responsabilidad junto con mecanismos legales claros, definidos y específicos para proteger sus intereses y sus inversiones. Luego de un par de años en el mercado, y considerando que el factor de novedad ha desaparecido, una mirada rápida a las empresas por acciones simplificadas o EAS, como se las llama en la República del Paraguay, presenta un mejor panorama de lo logrado, junto con algunas consideraciones pragmáticas sobre sus ventajas y desventajas, junto con la multiplicidad de oportunidades que derivan de estas.

PALABRAS CLAVE: Empresas por Acciones Simplificadas – Derecho Comercial – Derecho Societario – Derecho Tributario – Régimen de transparencia – Sociedades por Acciones – Sociedades de Responsabilidad Limitada – Vehículos jurídicos – Emprendimientos – Enfoque pragmático.

ABSTRACT: When Law No. 6480/2020 was enacted, quite a bit of fuss was generated around the ingenious idea of a new legal vehicle which would, theoretically, allow entrepreneurs to incorporate a new legal entity with little to no-cost and reap all the benefits of classical corporate structures such as limitation of liability along with clear, defined, and specific legal mechanisms to protect their interest and their investments. After a couple of years in the market, and considering that the novelty factor has worn off, a quick look at simplified joint-stock business or EAS, as they are called in the Republic of Paraguay, presents a better picture of what was accomplished, along with a few pragmatic considerations regarding its advantages and disadvantages, and the plethora of opportunities that arise out of them.

KEYWORDS: Simplified joint-stock business – Commercial Law – Company Law – Tax Law – Corporate Transparency – Joint-stock company – Limited Liability Company – Legal Vehicles – Entrepreneurship – Pragmatic approach.

Los emprendedores o inversionistas suelen cotejar la idea de precautelar sus intereses mediante vehículos jurídicos que les permitan 1) proteger su patrimonio personal y 2) tener los mecanismos legales para evitar tener que celebrar contratos de mutuos. Como bien es sabido, contar con accionistas prestos para realizar aportes representa una mayor seguridad para una empresa, especialmente en una etapa incipiente, que contraer obligaciones por contratos de mutuo.

Sumado a al análisis de las posibilidades tanto económicas como contextuales de emplear un vehículo jurídico, se suelen considerar las ventajas de la

¹ Abogado, mejor egresado de la promoción 2021 de carrera de Derecho de la UC NSA (Promedio 4,89). Notario, miembro del cuadro de honor con distinción "Sobresaliente" de la promoción 2021 de carrera de Notariado de la UC NSA (Promedio 4,82). Traductor Público matriculado. Profesor de la cátedra de Sistemas de Protección Interamericano y Universal de Derechos Humanos, Historia Diplomática del Paraguay e Historia del Derecho en la UC NSA. Integrante del Departamento de Servicios Legales en la firma de auditoría, contabilidad y outsourcing, Amaral & Asociados.

formalización desde el *get-go*, especialmente en emprendimientos que requieren de cierta robustez de capital o se dedican a un área determinada en la cual la observancia de estrictos rigorismos legales es un requisito.

Anteriormente, las alternativas presentes eran las clásicas 1) sociedades anónimas, cuyo nombre ya le es impropio debido a la eliminación de las acciones al portador y la recategorización que sufren con la Ley Nro. 5895/2017 “*Que establece reglas de transparencia en el régimen de las sociedades constituidas por acciones*”² y 2) las sociedades de responsabilidad limitada.

Si bien es cierto que existen otros vehículos jurídicos, las sociedades anónimas, en adelante referidas como “*las SA*” y las sociedades de responsabilidad limitada (“*SRL*”) se convirtieron en los predominantes por una suerte de globalización y familiaridad. Después de todo, la producción jurídica sobre estos tipos societarios y su versatilidad es bien conocida tanto por abogados como empresarios.

Ahora bien, siguiendo el ejemplo de otros países como Colombia y Argentina³ con las sociedades por acciones simplificadas o “*SAS*”, la República de Paraguay decide implementar la figura de las empresas por acciones simplificadas mediante Ley Nro. 6480/2020 “*Que crea la empresa por acciones simplificadas (EAS)*”.

Como tal y siguiendo la corriente de los países mencionados, la EAS en la República del Paraguay es un vehículo jurídico que puede estar conformado por una o más personas, físicas o jurídicas, siendo creada mediante un trámite simplificado, con el objetivo de formalizar el tejido empresarial y, al mismo tiempo, fomentar la creación y dinamización de nuevos emprendimientos mediante revestimiento jurídico lo suficientemente flexible y maleable para hacer frente a diversos esquemas empresariales, sin nada que envidiar a las SA o SRL.

Nociones básicas.

Antes de entrar en el quid de las EAS, la primera cuestión que cabe mencionar a los efectos de este ensayo es la terminología empleada.

Se emplea la locución *vehículos jurídicos* debido a las diferencias propias entre las EAS y las SA y SRL. Doctrinariamente, se entiende que las sociedades se erigen sobre un contrato plurilateral de dos o más personas, mientras que las EAS, tal y como establece la Ley Nro. 6480/2020, requieren sólo de una persona, sea física o jurídica, para su incorporación. Para no caer en el error de llamar sociedad a la EAS y para ser lo más abarcante posible en lo que respecta a terminología, sea empleará la locución mencionada.

² Por la cual se eliminan las acciones al portador.

³ En la República de Argentina hubo mucho revuelo debido a la implementación de las SAS, pues casi desde sus inicios se asocia negativamente con el informalismo, la falta de transparencia y, por cuestiones formalistas, con bajo cumplimiento normativo. Ernesto Eduardo Martorell y Marisa Sandra Delellis. “La Sociedad Anónima Simplificada (S.A.S.) ante el derecho del trabajo. Problemática” Revista IDEIDES UNTREF (2018): <http://revista-ideides.com/la-sociedad-anonima-simplificada-s-a-s-ante-el-derecho-del-trabajo-problematica/>.

Ahora bien, como segunda aclaración, pero en este caso ya netamente didáctica, cabe mencionar que en Argentina las sociedades por acciones simplificadas, a pesar de llevar el mote de sociedades, comparten con las EAS la posibilidad de ser constituidas con una sola persona como “socio”. Ante los cuestionamientos por adoptar esa denominación, los legisladores argentinos, tanto de forma interna como internacionalmente explicaron⁴, con cierto atino, que la decisión de emplear el término “sociedad” no fue tan debatido debido a que, para un emprendedor y a confesión de los propios legisladores, lo de menos para estos es la denominación social, muy a pesar de lo que grandes doctrinarios como Martorell opinaron al respecto.

Esta apreciación -pragmática, cuanto menos- si bien criticable por legalistas a ultranza, no deja de tener sustento en la finalidad real del derecho, el cual a pesar de reconocer que se erige sobre abstracciones, tiene un propósito claramente determinado, siendo este el de brindar utilidad real a los justiciables, a más de dar una semblanza de orden social, por lo que, desde un enfoque deontológico, la decisión de emplear un término no del todo consensuado doctrinariamente tampoco es una afrenta tan grave. Después de todo, con las SAS y las EAS el pragmatismo toma center stage ya que más allá de ser evidentemente una innovación legislativa, estas se sustentan sobre la noción de que nunca dejan de ser un vehículo, una herramienta, y no un fin en sí.

Ahora bien, no hubiera sido descabellado ni tampoco criticable una intención un poco más conciliadora

Por último, si bien la ley emplea la terminología “reunión de integrantes”, las resoluciones y demás decretos reglamentarios emplean la terminología “asamblea” para referirse a las sesiones del órgano de gobierno. En tal sentido, para emplear con propiedad los términos enunciados por la ley, en lo pertinente se empleará la locución *reunión de Integrantes*.

Habiendo ahondado en consideraciones terminológicas, corresponde adentrarse en las consideraciones pragmáticas de las EAS y su manejo.

Constitución.

La persona física, ya sea el emprendedor o el apoderado, quien intente constituir la EAS debe tener una identidad electrónica.

Si esta va a va a constituir una EAS a nombre de una persona jurídica, debe tener, necesariamente, a) un poder autorizado por notario público y b) un acta de directorio o equivalente.

Además de constituirse la EAS por una persona física, quien será a su vez, por cuestiones relativas al Sistema Unificado de Apertura y Cierre de Empresas –“SUACE” – su primer representante legal, se debe tener en cuenta que debe

⁴ Según fue explicado por los disertantes en el evento “Empresas por Acciones Simplificadas (EAS): Dos Años de Crecimiento en Paraguay e Intercambio de Buenas Prácticas en América Latina, ponencia en el Ministerio de Industria y Comercio, Asunción, República del Paraguay, 9 de marzo del 2023; debido al progreso astronómico del uso de la EAS en el Paraguay.

de designarse a un representante legal suplente de forma obligatoria. Este, a su vez, deberá contar con una identidad electrónica creada al momento de su designación.

Cabe destacar en este punto que, como los formularios del SUACE están enlazados, las constancias de Registro de Personas Jurídicas y Registro de Beneficiarios Finales, requeridas por la Ley Nro. 6446/2019 "*Que crea el registro administrativo de personas y estructuras jurídicas y el registro administrativo de beneficiarios finales del Paraguay*" se autogeneran pero, como es de esperarse, consignan incorrectamente -tomando las consideraciones de ley- que tanto el representante legal principal como el representante legal suplente son beneficiarios finales, así como todos los accionistas personas físicas, independientemente del capital o derecho a voto representado. Esto es de esperarse debido a la novedad, pero efectivamente es una mejora que debe de adoptarse en la brevedad puesto que, de persistir, desvirtúa la finalidad y aplicación de la figura de los Beneficiarios Finales.

En esta venia, debido a la relación entre formularios y datos, se deben de manejar los datos requeridos para Beneficiarios Finales tanto de los representantes y los Integrantes. Esto implica datos como 1) domicilio; 2) estado civil; 3) datos del cónyuge o concubino; 4) origen y país de los fondos; 5) número de celular, el cual debe ser paraguayo, en todos los casos; y 6) correo electrónico.

Otra consideración particular que se debe de tener en cuenta es la del domicilio. El domicilio social que será denunciado debe de tener documentación respaldatoria, pues se debe consignar el número de Cuenta Corriente Catastral y adjuntar facturas de servicios como provisión de energía eléctrica, etc., así como poder ubicar el inmueble en Google Maps.⁵

Cabe destacar que, distintamente a las SA y SRL, en los Estatutos Proforma de las EAS se consigna exactamente la dirección del domicilio, por lo que, si se cambia la dirección social, se deben de modificar los Estatutos Sociales.

El mencionado proceso de constitución tiene cabida netamente dentro del SUACE, a través del Formulario Único de Inscripción⁶. Una vez completado este formulario, se autogenerará el Estatuto Proforma, salvo se haya consignado que se emplearía otro formato o modelo.

Este Estatuto Proforma debe de ser descargado, impreso y firmado manuscritamente o descargado y firmado electrónicamente, siendo esto hecho en todas las páginas en ambos casos.

A pesar de que la regulación indica que el formulario debe de descargarse y completarse⁷, esto no ocurre en la realidad, llevándose a cabo el proceso, feliz-

⁵ Se estima que esta medida se lleva adelante para evitar tener domicilios sociales de fachada únicamente, pues la concepción de la EAS se buscando efectivamente

⁶ Se debe contar con un correo electrónico y un número de celular paraguayo para completar el Formulario Único de Inscripción.

⁷ Resolución Nro. 623/2020 "Por la cual se reglamenta el proceso de apertura de una empresa por acciones simplificadas (EAS), creada por la Ley N° 6480/2020 "que crea la empresa por acciones simplificadas (EAS).

mente, en su totalidad dentro de la página web del SUACE.

Consideraciones especiales.

La EAS adquiere personalidad jurídica desde su aprobación por parte del SUACE, a tenor de la Ley Nro. 6480/2020

Cuando la EAS tenga sólo un Integrante persona física, llevará luego de la denominación social la palabra Unipersonal (Ej. Los Arroyos E.A.S. Unipersonal). Ahora bien, cuando la EAS tenga un sólo Integrante persona jurídica, no llevará adición alguna a la denominación social (Ej. Los Arroyos E.A.S.). Esto es de suma importancia al constituir EAS para su posterior venta, pues si se planea vender a una persona jurídica únicamente, es imperioso evitar la agregación del mote Unipersonal, pues de lo contrario se deberían de modificar los estatutos sociales al formalizarse la transferencia de acciones, lo cual implica mayores trámites.

En un principio, desde el SUACE no aceptaban la constitución de EAS con un solo Integrante persona física, sin embargo, posteriormente y gracias a un dictamen de la Abogacía del Tesoro, se aceptó ya sin cuestionamientos la constitución de EAS con un solo Integrante persona física. Es por esto por lo que en la legislación no se observa expresamente la consignación de esta disposición.

Una cuestión interesante -y acertada- es que las EAS Unipersonales pueden ser accionistas de otras EAS, salvo de otras EAS Unipersonales, a tenor del Decreto Nro. 3998/2020.

Otra cuestión que es importante avizorar es que, como el contrato plurilateral de constitución tiene efecto para las partes desde su suscripción, la fecha de suscripción de las acciones de la primerísima composición accionaria es la de la firma de los Estatutos Proforma, la cual se corresponde con la fecha del documento generado por el SUACE antes de la presentación oficial y no la de la expedición de la constancia.

Lastimosamente, debido a las limitaciones técnicas del portal del SUACE, no pueden subirse documentos que, en conjunto, superen 5 MB de espacio.

Asimismo, entre las particularidades loables de las EAS está su proceso de constitución, el cual ya incluye inscripción ante la Subsecretaría de Estado de Tributación⁸, la Abogacía del Tesoro⁹ y la Dirección General de Personas y Estructuras Jurídicas y Beneficiarios Finales¹⁰. Adicionalmente, si se marcan las opciones relacionadas a trabajadores, se incluye el alta en el Instituto de Previsión¹¹ y el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social¹². Es importante tener en cuenta que el alta ante estas dos últimas instituciones es opcional y si no se

⁸ SET

⁹ ABGT

¹⁰ DGPEJyBF

¹¹ IPS

¹² MTESS

va a contar con trabajadores, se debe tomar en cuenta que al hacerse el alta, nace la obligación de presentar las planillas de Empleados y Obreros, Sueldos y Jornales y Resumen General de Personas Ocupadas.

Siguiendo con las particularidades, en teoría y de acuerdo con la ley, las EAS tienen un trámite simplificado a ser aplicado por los bancos para obtener una cuenta bancaria. Sin embargo, cabe destacar que este procedimiento aún no fue reglamentado.¹³ Esta consideración es relevante debido a que, con el advenimiento de las EAS, muchos emprendedores vieron la posibilidad de emplear este vehículo jurídico como importadora/exportadora. Desafortunadamente, la facilidad de conseguir cajas de ahorro no se trasladó a las cuentas corrientes, cuya tenencia es un requisito fundamental para obtener las matrículas habilitantes. Actualmente, desde el Sistema Unificado de Apertura de Empresas (SUAE) comentan que existirá la posibilidad de operar, ya desde el SUACE y al momento de solicitar la apertura de una EAS, con el Banco Continental.

Como última cuestión relevante, cabe destacar que las EAS pueden transformarse a cualquier otro vehículo jurídico, por unanimidad o el porcentaje decidido por Estatutos, por lo cual es muy flexible. En caso de optarse por esto, cae de maduro mencionar que deberán replicarle los formalismos requeridos para la constitución del vehículo jurídico al cual se transformará la EAS.

Objeto Social

Al momento de constituir una EAS se pueden consignar hasta seis (6) actividades en el apartado de *Objeto Social*, siendo una (1) la principal y cinco (5) las secundarias. Esto pone una cierta limitación a la práctica de redactar omnicomprendivamente varias actividades como objeto social en las SA y SRL, la cual se daba para evitar impugnaciones por realización de ciertos actos no comprendidos en los Estatutos Sociales.

Las EAS constituidas con el Estatuto Proforma son las que se encuentran limitadas en este aspecto¹⁴, pero incluyen la frase “o podrá realizar todo tipo de actividades civiles y comerciales lícitas”, por lo que la redacción general facultaría a las EAS a salir por fuera de su objeto social. Ahora bien, cabe mencionar que no existe certeza en la práctica sobre la efectividad de esta redacción, por lo que la conveniencia o no de los Estatutos Proforma deberá definirse en un *case-to-case basis*.

Respecto al objeto social, las actividades de la EAS están catalogadas con los códigos empleados por SET para identificar las actividades gravadas. Es decir, no se puede redactar libremente la actividad, sino que se debe de escoger de los códigos dentro del sistema.

Es importante señalar que, de incluir alguna actividad alcanzada por las dis-

¹³ En un principio, como se menciona, existieron ciertas dificultades para obtener las cuentas corrientes a fin de obtener la matrícula de importador/exportador, pero dicho soft-lock ya fue superado gracias a la mayor apertura de los bancos de plaza.

¹⁴ Esta limitación puede ser sorteada empleando modelos personalizados.

posiciones de la Secretaría de Prevención de Lavado de Dinero, como serían por ejemplo las actividades inmobiliarias, por el hecho de ser EAS, para operar con los bancos necesariamente deberán inscribirse en el Sistema Integrado de Reporte de Operaciones (SIRO).¹⁵

Asimismo, dentro del sistema se debe de consignar la fecha del cierre del ejercicio, pudiendo elegirse entre diciembre, junio y otros (Esto debe de coincidir con los cierres establecidos para las actividades gravadas que desarrollará la EAS).

Limitaciones.

Para las SA, por ejemplo, no existe ninguna prohibición expresa, salvo aquellos casos en los que la ley requiere otro vehículo jurídico, como serían las SAE-CA. En el caso de las SRL, estas se encuentran un poco más limitadas, pues le están vedadas operaciones bancarias, de seguro y de capitalización y ahorro.

Ahora, las EAS, en general, pueden realizar toda clase de actividad salvo aquellas actividades para las cuales la ley u otras regulaciones especiales exijan otra forma de vehículo jurídico. Entre las prohibiciones, a las EAS le está expresamente prohibida la actividad de concesión de créditos como giro comercial.

Capital social

A diferencias de las SA y las SRL, el Capital social debe ser íntegramente suscrito en el acto constitutivo, a tenor del Decreto Nro. 3998/2020, artículo 12, estableciéndose a su vez un plazo máximo de dos (2) años, desde la suscripción, para la integración de dicho capital.

Si el capital social es superior al límite máximo de salarios mínimos mensuales establecido en el artículo 4 del Decreto Nro. 11453/2013 "Por el cual se reglamenta la Ley Nro. 4457/2012, "Para Las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas", los Integrantes o el único Integrante en el caso de una EAS Unipersonal, deberá o deberán integrar al menos el veinte por ciento (20%) de los aportes en dinero al momento del acto constitutivo; dicha integración se deberá acreditar mediante la presentación a la DGPEJyBF del comprobante de depósito en una cuenta abierta en un Banco Oficial que, para el caso de las EAS, es el Banco Nacional de Fomento; llevándose a cabo esta integración con anterioridad a la inscripción y registro de la EAS.

En la práctica, esto último resulta confuso y aún, según comentarios desde el SUACE, no se ha suscitado dicha situación, por lo que en puridad los mecanis-

¹⁵ Según las disposiciones contenidas en la Resolución de SEPRELAD Nro. 94/2019 "Por la cual se incluye a las personas físicas y jurídicas que ejerzan en forma habitual la actividad de compra - venta de inmuebles, en la nómina de sujetos obligados que deben remitir los reportes de operaciones sospechosas y otros inherentes a la SEPRELAD, a través del aplicativo Ros-Web"; la Resolución de SEPRELAD Nro. 438/2021 por la cual se establece la inscripción o reinscripción ante el SIRO — Sector Inmobiliario; y la Resolución SEPRELAD Nro. 165/2022, por la cual se reglamenta el formulario de información a ser presentada por el Sujeto Obligado — Sector Inmobiliario.

mos de constitución en este caso aún no fueron activados.

El capital social en las EAS, al igual que con las SA, está representado por acciones que serán nominativas, endosables o no, ordinarias o preferidas. También pueden emitirse, de forma novedosa, acciones escriturales, las cuales o están representadas por certificados o títulos físicos, sino por anotaciones en cuenta a favor del Integrante.

Como son novedosas en el ámbito societario paraguayo, la noción de las acciones escriturales puede ser extraña con la pluma de Martorell quien las explica estableciendo que son acciones, las cuales representan a todo o parte del capital, de una o más clases, que son mantenidas en cuentas de depósito a nombre de sus titulares, sin emisión de certificado alguno, siendo anotada la titularidad en el libro de registros de acciones.¹⁶

Cabe mencionar que las acciones escriturarias, según Martorell¹⁷, no son títulos valores sino meros títulos circulatorios, pues carecen de materialidad.

Ahora, genéricamente, respecto a las acciones y demás valores que emita la EAS, cabe mencionar que estos no podrán inscribirse ni negociarse en la Bolsa de Valores y Productos de Asunción o en cualquier otra Bolsa de Valores, por imperio de la ley.

Respecto a la enajenabilidad, novedosamente en los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la EAS o alguna de sus clases en particular, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de cinco (5) años.

En lo referente a la integración, cabe destacarse que los Integrantes pueden realizar sus aportes en efectivo, en bienes registrables o no registrables. Si se integran bienes, sean registrables o no, se debe adjuntar a su vez documentos que acrediten el valor otorgado para la integración. En lo que respecta a la integración de las acciones suscritas, los Integrantes de la EAS garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes comprometidos a la EAS, de acuerdo con la Ley Nro. 6480/2020, artículo 13.

En el caso de bienes registrables, se debe de otorgar la escritura pública de traslación de dominio en un plazo de sesenta (60) días, contados desde la constitución de la EAS. Esto representa un problema puesto que, como es bien sabido, los plazos para la Dirección de los Registros Públicos muchas veces no concuerdan con los plazos dibujados por la ley. En la práctica, aún no se ha suscitado esta clase de aporte, por lo cual mucho no se tiene respecto a las contingencias posibles en este punto.

¹⁶ Ernesto E. Martorell. Tratado de las Sociedades Comerciales y de los Grupos Económicos. Segunda Edición. Tomo IV. (Buenos Aires, República Argentina; Editorial Abeledo perrot, 2016), 348.

¹⁷ Ernesto E. Martorell. Tratado de las Sociedades Comerciales y de los Grupos Económicos. Segunda Edición. Tomo IV. (Buenos Aires, República Argentina; Editorial Abeledo perrot, 2016), 350.

Curiosamente, en uno de los pocos casos en los cuales se requiere el uso de una escritura pública en una EAS se da respecto al aumento de capital social (en el evento de una modificación estatutaria) con la inclusión de bienes registrables. Si por una modificación se aumenta el capital social y se aportan bienes de este tipo, los estatutos deben de ser elevados a escritura pública, de conformidad con el Decreto Nro. 3998/2020, artículo 12.

Órganos de la EAS

En puridad, una EAS se maneja de forma muy similar a una SA, con la salvedad de que el órgano de gobierno (reunión general de Integrantes) y el órgano de administración (directorio o un representante legal) de las EAS pueden, por ley, sesionar telemáticamente, estando esto incluido en los Estatutos Proforma, cuestión que está vedada a las SA pues, legalmente, estas deben llevar adelante sus sesiones de órgano de gobierno (asambleas generales de accionistas) en su sede social, ya estando sin vigor el Decreto Nro. 3605 *“Por el cual se establece un régimen extraordinario de medidas para la celebración de asambleas y reuniones a distancia de órganos colegiados de las sociedades anónimas utilizando medios telemáticos”*.¹⁸

En lo que respecta al órgano de gobierno, las reuniones generales de Integrantes deben de ser suscritas por al menos un (1) integrante, a diferencia de las SA, que establecen como mínimo dos (2).

El órgano de gobierno de las EAS, asimismo, con cien por ciento (100%) del capital integrado, puede autoconvocarse a una reunión general de Integrantes. Desafortunadamente, por ahora esa opción no está técnicamente implementada en la plataforma del SUACE, por lo que se debe de emplear el sistema de convocatoria, por el cual las publicaciones son generadas gratuitamente. Sólo hay una excepción para la gratuidad y se da en caso de que se trate de una fusión, transformación o escisión, circunstancias por las cuales se hará una publicación por tres (3) días en un diario de gran circulación.

En cuanto a los plazos, las reuniones generales de Integrantes deberán de ser convocadas por publicaciones por cinco (5) días en el SUACE realizadas con diez (10) días de anticipación —como mínimo— y no más de treinta (30) días desde la convocatoria. Esto se hace a través del sistema del SUACE, el cual auto calcula los plazos, por lo que no hay mucha discrecionalidad que pueda dar lugar a errores para usuarios sensatos.

Respecto al órgano de administración, si se desea modificar quién ejerce la representación legal de la EAS, se debe tomar en cuenta que el reemplazante debe tener una identidad electrónica antes del cambio. La decisión de cambio debe constar en reunión general de Integrantes, la cual deberá ser comunicada y aprobada para que, dentro del SUACE, se pueda habilitar la opción de modifi-

¹⁸ Sobre este tema, cabe mencionar que no hay prohibición para realizar sesiones de directorio de forma telemática. Por ende, se pueden modificar los estatutos sociales de una SA a fin de facultar al directorio a sesionar de esta forma.

cación del representante en la celda de Operaciones.

Para las reuniones del órgano de Administración, cabe mencionar que no hay necesidad de convocatoria alguna.

Para las reuniones generales de Integrantes (Ordinarias o extraordinarias) rigen las mismas previsiones que para las asambleas generales de las SA (competencia, clase, etc.).

Libros contables y societarios.

Las EAS, por ley, deben llevar el libro de actas del órgano de gobierno, de registro de acciones, del órgano de administración en materia societaria y, en materia contable, el libro diario y el libro de inventario.

Respecto a los libros societarios, cabe destacar la rubricada aún no es requerida. Sin embargo, ambos tanto contables como societarios, deben de ser rubricados a tenor de la ley.

Cabe mencionar que, por una omisión legislativa, en teoría no se requiere el libro de Registro de Asistencia a Reuniones Generales. Sin embargo, en la práctica la exigencia es real, ya que el SUACE solicita su exhibición para las comunicaciones de reuniones generales.

Régimen tributario.

Si una EAS, al momento de la constitución selecciona el IRE contable, tendrá como obligaciones el IRE General, IVA e IDU¹⁹.

Sin embargo, si una EAS elige el IRE por régimen SIMPLE²⁰, liquidará tanto el IRE Simple e IVA.

Hay que recordar que los contribuyentes que liquidan IRE por régimen SIMPLE no son contribuyentes del IDU según lo que establece el artículo 26 *in fine* de la Ley Nro. 6380/2019 “De modernización y simplificación del Sistema Tributario Nacional”.

¹⁹ Nivel de facturación. Pueden optar por liquidar el impuesto a la renta: a) por el Régimen Contable del IRE (700) o, b) por el Régimen Simple del IRE (701). Sin embargo, la limitación para liquidar en uno u otro régimen, al igual que cualquier otro contribuyente, está dado por los Gs. 2.000.000.000. como también si realizan actividades de importación y/o exportación (artículo 28)

²⁰ Artículo 26. Régimen Simplificado para Medianas Empresas (SIMPLE). Establézcase un Régimen Simplificado para Medianas Empresas (SIMPLE), destinado a los contribuyentes enunciados en los numerales 1 y 8 del artículo 2° de la presente ley que realicen actividades gravadas por el IRE, quienes podrán optar por el presente Régimen, cuando sus ingresos devengados en el ejercicio fiscal anterior no superen el importe de G. 2.000.000.000 (Dos mil millones de guaraníes). Artículo 28. Inicio de Actividades. Los importadores y los exportadores deberán liquidar el impuesto conforme a las reglas establecidas en el Régimen General.

Régimen de transparencia.

En lo que respecta a comunicaciones, el SUACE tiene un problema importante.

Con el sistema actual de la DGPEJyBF, una persona puede comunicar erróneamente -sea adrede o involuntariamente- una operación en una SA, por ejemplo, para cumplir con el plazo, pues en puridad lo que importa para la activación del mecanismo sancionador no es en sí el contenido de la comunicación, sea este correcto o no, sino el cumplimiento irrestricto del plazo legal.

Lo único que pasaría en el caso hipotético de un error en las comunicaciones sujetas a aprobación (transferencia de acciones, reuniones generales/asambleas, etc.) sería que el analista procedería a observarlas, debiendo el comunicante subsanar el error.

Con las EAS, la comunicación errónea será rechazada, sin posibilidad de subsanar el error. Esto implica que una comunicación errónea (para cumplir con el plazo únicamente) no será admisible con este sistema, lo cual teóricamente no trae dificultades, pero, en la práctica, supone mayor carga para los bufetes de abogados o empresas encargadas de manejar la parte societaria de las empresas.

Otra cuestión puntualmente llamativa es que, en lo que respecta a comunicaciones, tanto el Ministerio de Industria y Comercio como la DGPEJyBF están involucradas en el procesamiento de las comunicaciones. Esto representa un problema puesto que el proceso es más tedioso y lento, debido a que, de forma innecesaria, se duplican las personas involucradas, pues no sólo interviene un analista, sino también un encargado del SUACE cuya única función comunicar lo dictaminado por el analista.

Si bien es entendible la *ratio* que justifica dicha decisión, cabe mencionar que el proceso puede demorar semanas debido a la falta de comunicación entre ambas instituciones.

9.1 Régimen legal de las comunicaciones en el caso de las EAS.

Ahora bien, en el marco de las comunicaciones, es prudente desglosar cada una de las establecidas por ley a modo de ver si estas alcanzan o no a las EAS.

Comunicación	Plazo	Norma aplicable	Alcance en lo que respecta a EAS.
Actualización por modificación del RPJ	15 días hábiles desde el hecho que generó la modificación.	Art. 7 de la Ley Nro. 6446/2019	No aplicable puesto que la actualización es automática.
Actualización por modificación del RBF	15 días hábiles desde el hecho que generó la modificación.	Art. 7 de la Ley Nro. 6446/2019	No aplicable puesto que la actualización es automática.
Actualización anual del RPJ	Hasta el 30 de junio del año en curso, salvo resolución contraria de la Dirección General de Personas y Estructuras Jurídicas y Beneficiarios Finales.	Art. 10 del Decreto Nro. 3421/2020	No aplicable puesto que la actualización es automática.
Actualización anual del RBF	Hasta el 30 de junio del año en curso, salvo resolución contraria de la Dirección General de Personas y Estructuras Jurídicas y Beneficiarios Finales.	Art. 10 del Decreto Nro. 3421/2020	No aplicable puesto que la actualización es automática.
Primera actualización del RPJ y RBF	45 días hábiles desde la fecha de salida de la escritura de la DGRP	Art. 8 del Decreto Nro. 3421/2020	No aplicable puesto que la actualización es automática.
Comunicación de celebración de Asamblea General o equivalente	15 días hábiles.	Art. 2 del Decreto Nro. 9043/2018	Aplicable y, como en el caso de los demás vehículos jurídicos, no hay multa por comunicación fuera de plazo. ²¹
Comunicación de transferencia de acciones	El adquirente (comprador) tiene 5 días hábiles para comunicar la transferencia de acciones al vehículo jurídico. Una vez recibida la comunicación del adquirente, el vehículo jurídico tiene 5 días hábiles para realizar la comunicación a la DGPEJYBF	Art. 5 de la Ley Nro. 5895/2017	Si bien la obligación está vigente, as of today no están aplicando estas multas para las EAS. En caso de incumplimiento, se entiende que aplicarían los mismos montos establecidos para los demás vehículos jurídicos ²² .
Inscripción de la constitución del vehículo jurídico. ²³	45 días hábiles desde la fecha de salida de la escritura de la DGRP	Art. 9 del Decreto Nro. 1295/2019	No aplicable puesto que la comunicación es automática.
Inscripción de la modificación de estatutos del vehículo jurídico. ²⁴	En puridad, debería de ser 45 días hábiles. Sin embargo, por un criterio con el cual discrepamos, la DGPEJYBF estima que el plazo es de 30 días hábiles desde la fecha de salida de la escritura de la DGRP.	Art. 2 de la Resolución Nro. 5/2018	No aplicable puesto que la comunicación es automática.

²¹ Decreto Nro. 1295/2019. Como sanciones, puede llevar a la paralización de otros trámites, bloqueo de R.U.C. e inhabilidad de operar con instituciones financieras (Decreto Nro. 5871/2021)

²² Cien (100) jornales mínimos para actividades diversas no especificadas para el adquirente y doscientos (200) jornales mínimos para actividades diversas no especificadas para el vehículo jurídico. (Art. 14, Núm. 7 del Decreto Nro. 9043/2018)

²³ Cien (100) jornales mínimos para actividades diversas no especificadas. (Art. 14, Núm. 4 y 5 del Decreto Nro. 9043/2018). Como sanciones, puede llevar a la paralización de otros trámites, bloqueo de R.U.C. e inhabilidad de operar con instituciones financieras (Decreto Nro. 5871/2021)

²⁴ Cien (100) jornales mínimos para actividades diversas no especificadas. (Art. 14, Núm. 4 y 5 del Decreto Nro. 9043/2018). Como sanciones, puede llevar a la paralización de otros trámites, bloqueo de R.U.C. e inhabilidad de operar con instituciones financieras (Decreto Nro. 5871/2021)

Como observación genérica, cabe mencionar también que, como aún no se requiere la presentación de libros rubricados, no existe problema en subir los documentos impresos en hojas blancas.

En el caso de que la reunión general de Integrantes se celebre de forma telemática, se puede emplear la firma electrónica cualificada paraguaya o la firma digital correspondiente, dependiendo del país signatario²⁵.

Conclusiones

En líneas generales, aunque las innovaciones propiamente dichas de las EAS son escasas, plantea una opción interesante para los emprendedores pues abarata sustancialmente los costos de incorporación de un vehículo jurídico que posibilita la limitación de responsabilidad de los integrantes, lo cual es siempre bienvenido.

Asimismo, sirve como *preview* para el sistema a ser empleado por la DGPE-JyBF en los meses venideros, el cual tenderá a centralizar aún más el manejo administrativo de los vehículos jurídicos.

Si bien tiene sus puntos débiles, en general es una muy buena adición al plexo normativo que presenta sus propias particularidades, siendo un vehículo jurídico versátil, de manejo muy similar a la SA, lo cual lo hace ideal para aquellos que tal vez por costos iniciales no decidieron incursionar en la vida societaria.

En un mundo ideal, el completo manejo de las EAS caería en la esfera de la DGPEJyBF y la ABGT, puesto que son instituciones con mentada experiencia en el manejo de comunicaciones. Sin embargo, hay que destacar que desde el SUAE han hecho un esfuerzo sobrehumano para darle forma y vida a las EAS, por lo que no se puede sino reconocer que el trabajo desplegado has sido exitoso, demostrando que se han aprendido ciertas lecciones de la República Argentina; teniendo las EAS una proyección favorable en lo que respecta a uso y manejo, así como en socialización y aprobación tanto financiera como ciudadana.

²⁵ Ley Nro. 7121/2023 "Que aprueba el acuerdo de reconocimiento mutuo de certificados de firma digital del MERCOSUR"

BIBLIOGRAFÍA

- *Empresas por Acciones Simplificadas (EAS): Dos Años de Crecimiento en Paraguay e Intercambio de Buenas Prácticas en América Latina*, ponencia en el Ministerio de Industria y Comercio, Asunción, República del Paraguay, 9 de marzo del 2023.
- Ernesto Eduardo Martorell y Marisa Sandra Delellis. "La Sociedad Anónima Simplificada (S.A.S.) ante el derecho del trabajo. Problemática" *Revista IDEIDES UNTREF* (2018): <http://revista-ideides.com/la-sociedad-anonima-simplificada-s-a-s-ante-el-derecho-del-trabajo-problematica/>.
- Ernesto E. Martorell. 2016. *Tratado de las Sociedades Comerciales y de los Grupos Económicos*. Segunda Edición. Tomo IV. Buenos Aires, República Argentina: Editorial Abeledo Perrot.
- Decreto Nro. 11453/2013 "Por el cual se reglamenta la Ley Nro. 4457/2012, "Para Las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas".
- Decreto Nro. 3605/2020 "Por el cual se establece un régimen extraordinario de medidas para la celebración de asambleas y reuniones a distancia de órganos colegiados de las sociedades anónimas utilizando medios telemáticos".
- Ley Nro. 6380/2019 "De modernización y simplificación del Sistema Tributario Nacional".
- Ley Nro. 6446/2019 "Que crea el registro administrativo de personas y estructuras jurídicas y el registro administrativo de beneficiarios finales del Paraguay".
- Ley Nro. 6480/2020 "Que crea la empresa por acciones simplificadas (EAS)".
- Resolución de SEPRELAD Nro. 94/2019 "Por la cual se incluye a las personas físicas y jurídicas que ejerzan en forma habitual la actividad de compra - venta de inmuebles, en la nómina de sujetos obligados que deben remitir los reportes de operaciones sospechosas y otros inherentes a la SEPRELAD, a través del aplicativo Ros-Web".
- Resolución Nro. 623/2020 "Por la cual se reglamenta el proceso de apertura de una empresa por acciones simplificadas (EAS), creada por la Ley N° 6480/2020 "que crea la empresa por acciones simplificadas (EAS)".
- Resolución de SEPRELAD Nro. 438/2021 por la cual se establece la inscripción o reinscripción ante el SIRO — Sector Inmobiliario;
- Resolución SEPRELAD Nro. 165/2022, por la cual se reglamenta el formulario de información a ser presentada por el Sujeto Obligado — Sector Inmobiliario.



revistajurídica

DERECHO ROMANO



LA CONSTITUCIÓN MIXTA DE LA REPÚBLICA ROMANA: UN SISTEMA DE FRENOS Y CONTRAPESOS IMPERFECTO

Rafael Bustos¹

*“Los preceptos del Derecho son estos: vivir honestamente, no
dañar a otro y dar a cada uno lo suyo”.*
Ulpiano.

RESUMEN: El siguiente ensayo tiene por objeto el análisis de la Constitución Mixta de la República de Roma, un concepto político desarrollado en la antigüedad por filósofos y pensadores de Grecia y Roma. En la teoría de la Constitución Mixta, encontramos una distribución cuidadosa y equilibrada de los poderes del Estado, repartidos entre las diversas magistraturas creadas a partir del desprendimiento de los poderes del rey, el senado romano y los comicios populares. Este sistema antiguo representa un antecedente histórico elemental para la comprensión de la evolución del pensamiento político. La experiencia política, jurídica e histórica de los romanos, con sus aciertos y errores, constituye una fuente atemporal de sabiduría práctica, que, a lo largo de los siglos, continúa inspirando a las generaciones presentes y futuras. En un mundo donde los desafíos políticos son constantes, la trayectoria histórica de la República Romana nos reafirma la necesidad de extraer lecciones de la historia para la elaboración de instituciones políticas y jurídicas que perduren a lo largo del tiempo. Es por este motivo que el presente ensayo está dirigido a presentar las fortalezas de esta teoría política, y a su vez, las circunstancias a las que tuvo que hacer frente.

PALABRAS CLAVES: República romana – constitución mixta – separación de poderes – frenos y contrapesos – Cicerón.

ABSTRACT: The following essay aims to analyze the Mixed Constitution of the Republic of Rome, a political concept developed in ancient times by philosophers and thinkers from Greece and Rome. In the theory of the Mixed Constitution, we find a careful and balanced distribution of the powers of the State, distributed among the various magistracies created from the detachment of the powers of the king, the Roman senate and the popular elections. This ancient system represents an elementary historical background for understanding the evolution of political thought. The political, legal and historical experience of the Romans, with its successes and errors, constitutes a timeless source of practical wisdom, which, over the centuries, continues to inspire present and future generations. In a world where political challenges are constant, the historical trajectory of the Roman Republic reaffirms the need to draw lessons from history for the development of political and legal institutions that last over time. It is for this reason that this essay is aimed at presenting the strengths of this political theory, and in turn, the circumstances that it had to face.

KEY WORDS: Roman Republic – mixed constitution – separation of powers – checks and balances – Cicero.

¹ Estudiante del 4º año de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

Introducción

Estado y Derecho son conceptos íntimamente relacionados: pues no hay Estado sin derecho ni derecho sin Estado². A lo largo de la historia, las sociedades humanas han requerido de cierta estabilidad que les permita desarrollar su proyecto de vida.

La justicia y los principios fundamentales de Ulpiano serían letra muerta sin un Estado que salvaguarde los derechos inherentes del ser humano: la vida, la libertad y la propiedad. Así también, es necesario diseñar un sistema jurídico que haga efectivo el acceso y la defensa de tales derechos.

Es por ello por lo que, muchos pensadores a lo largo de la historia han centrado sus estudios sobre el buen gobierno desde preguntas simples como: ¿Cuál es la mejor forma de gobierno? A pesar de ser una pregunta relativamente simplista, esta cuestión ha suscitado numerosas posturas a favor o en contra de los más diversos regímenes políticos a lo largo de incontables siglos.

En la modernidad, tomamos como referencia al pensamiento jurídico de los ilustrados, quienes teorizaron sobre la separación de poderes, los sistemas de frenos y contrapesos y la supremacía constitucional.

Sin embargo, cuando se aborda la historia antigua, un primer punto a aclarar es que el concepto de Constitución era sustancialmente distinto. Los antiguos griegos y romanos entendían por constitución a la forma en la que se administraba y regía el Estado, la cual podría estar sustentada en la costumbre o en normas tácitas que la respaldaban. A diferencia de la concepción jurídica moderna de constitución que la entiende como una ley fundamental del Estado que necesariamente debe estar escrita.

Así también, en Derecho Constitucional, denominamos sistema de frenos y contrapesos a un principio de gobierno en el cual los poderes del Estado están facultados para impedir acciones de los otros poderes, y a su vez, son inducidos a compartir el poder público.

En el presente ensayo, se expondrán argumentos que demuestren cómo la antigua República Romana se aproximó a la construcción de un sistema político encaminado a garantizar la estabilidad del Estado con un sistema basado en el equilibrio de poderes. Todo esto con casi dos milenios de anticipación.

A medida que se presenten los argumentos, se expondrán también los motivos jurídicos, sociales y políticos por los que esa aproximación no logró concretarse en un sistema político perdurable en el tiempo.

² Carnelutti, *Cómo nace el Derecho*, 67.

¿Qué entendemos por Constitución Mixta?

La Constitución Mixta fue un sistema de gobierno diseñado por Polibio³, un historiador griego del siglo II a.C. quien a través de sus observaciones sobre la historia de Roma llegó a la conclusión de que no hay una forma de gobierno que sea perfecta. Puesto que todas ellas tienden a degenerarse con el paso del tiempo. A este fenómeno, lo denominó como anaciclosis⁴.

Polibio, siguiendo con la distinción de los sistemas de gobierno planteados por Aristóteles⁵ y Platón⁶, propone un sistema de gobierno que combine lo mejor de las distintas instituciones propias de las tres formas de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democracia.

En una Constitución Mixta, el poder político se haya repartido en tres instituciones bien diferenciadas. La primera de ellas, la monarquía, hace referencia a una institución del Estado ejercido por una sola persona, encargado de ejecutar los actos de gobierno.

El segundo de ellos, la aristocracia, hace referencia a una institución del Estado que gobierna en beneficio de sus ciudadanos. Como indica la etimología del término⁷, es “el gobierno de los mejores” lo cual señala que es una institución conformada por integrantes aptos para tal labor.

En tercer lugar, y no menos importante, encontramos a la democracia, la cual se halla representada por una institución política que integra al conjunto de ciudadanos, el cual se expresa mediante asambleas populares.

De esta manera, nos encontramos ante un sistema de gobierno que distribuye el ejercicio del poder político en tres sectores de la sociedad. Porque la finalidad que pretendía alcanzar Polibio era un Estado que no esté sometido por completo a la voluntad de una sola persona, o como plantearía Aristóteles “*un sistema corrompible en favor del interés propio del gobernante*”⁸.

Recepción en Roma

El reconocido jurista y orador romano Marco Tulio Cicerón en su célebre obra *De Re Publica* (sobre la república) ha abordado la cuestión de la Constitución Mixta, y siguiendo la línea de Polibio la considera como la forma de gobierno más estable.

Cicerón sostiene a través del protagonista de su obra, Escipión, que un gobierno basado exclusivamente en la monarquía, aristocracia o democracia tiene

³ Mosterín, Roma “Historia del pensamiento”, 48.

⁴ Idem.

⁵ Abellán, Democracia “conceptos políticos fundamentales”, 74.

⁶ Idem, 67.

⁷ La etimología fue extraída de la plataforma online del Diccionario de la Lengua Española. Para más información consultar el enlace: <https://dle.rae.es/aristocracia>.

⁸ Abellán, idem, 74.

un carácter fácilmente corrompible, ya que en estas formas de gobierno “el Estado es semejante a la naturaleza o la voluntad de quien la rige⁹”.

El autor rescata la clasificación aristotélica de las formas de gobierno, que el filósofo griego catalogaba como puras o impuras¹⁰.

Sistemas puros: monarquía, aristocracia y democracia.

Sistemas impuros: tiranía, oligarquía y demagogia.

Esta clasificación toma como referencia el uso del poder, cuando el poder se ejerce por el bien común estamos ante un sistema puro; en cambio, cuando el poder se utiliza para satisfacer ambiciones personales y egoístas, nos encontramos ante un sistema desviado o impuro.

El filósofo romano sostendría en dicha obra que el motivo por el cual la República de Roma ha gozado de una gran estabilidad política durante varios siglos se debe a su antigua Constitución Mixta.

La República de Roma según Marco Tulio Cicerón, ha logrado crear un sistema político que logre conciliar las tres formas de gobierno griegas:

La institución monárquica: hace referencia a la figura de una persona que ejecuta actos de gobierno. Según Cicerón, ésta se encontraba representada por los magistrados romanos.

La institución aristocrática: hace referencia a un cuerpo de personas que deliberan asuntos de vital importancia para el Estado, ésta se encontraba representada por el Senado Romano.

La institución democrática: hace referencia al conjunto absoluto de ciudadanos romanos, el cual se expresaba mediante comicios.

Un breve repaso a la estructura orgánica de la Roma republicana

Luego de la expulsión de Tarquinio el Soberbio, el último rey de Roma en el año 509 a.C. los romanos tuvieron la necesidad de repartir los poderes del monarca en distintas magistraturas de carácter anual.

La **questura**, fue la primera magistratura creada en Roma, creada en tiempos de los reyes, se encargaba de los juicios en materia criminal. Con el advenimiento de la república, la Lex Valeriae del 509 a.C. otorgó más competencias a esta magistratura, en especial en lo que respecta a la administración del erario estatal.

Los **ediles**, fueron creados para atender los asuntos de la ciudad. Con el paso de los años, la ciudad de Roma llegó a distinguir varias clases de ediles:

Ediles plebeyos: se componía de dos miembros plebeyos, entre sus funciones encontramos: la supervisión de la policía urbana, dirigir la organización de

⁹ Cicerón, La República, 83.

¹⁰ Abellán, idem, 74.

los juegos de la plebe y ser auxiliar con los tribunos.

Ediles curules: este cargo era reservado para los patricios, sin embargo, trabajaban en conjunto con sus pares plebeyos. Su función consistía en atender los asuntos de la ciudad de Roma: los mercados, la limpieza urbana y la supervisión de las termas y posadas, también supervisaban a la policía urbana y perseguían a quienes practicaban la usura.

Ediles cereales: Creadas en la época del dictador Julio César, su función se reservaba únicamente a la supervisión del abastecimiento de granos para la urbe.

Siguiendo con las magistraturas que surgieron del desprendimiento de los poderes del rey, nos encontramos con los **Cónsules** y los **Pretores**. Las funciones de ambos cargos fueron regladas por la Lex Licinia Sextiae del 367 a.C¹¹.

Los **Cónsules**, eran las máximas autoridades del Estado romano. Se componían de dos miembros que mutuamente compartían el poder y se controlaban el uno al otro con poder de veto, las demás magistraturas se encontraban en una relación de obediencia respecto a los cónsules¹².

Justiniano escribe en el Digesto que los Cónsules fueron llamados de esta manera porque “debían consultar mucho para gobernar la República¹³”. También menciona que a este cargo se le invistió la máxima autoridad para impartir justicia, sin embargo, se limitó su capacidad de impartir la pena capital con el recurso de la *Provocatio ad populum*¹⁴.

Los **Pretores**, eran los encargados de la administración de justicia, su número máximo en la República fue de dieciocho miembros. Con la expansión de los dominios de Roma, se crearon dos clases de pretores:

Pretor urbano: impartía justicia entre ciudadanos romanos.

Pretor peregrino: impartía justicia en los casos entre ciudadanos romanos con extranjeros como también en aquellos casos en los que litigaban extranjeros entre sí.

Por último, entre las magistraturas nacidas del desprendimiento de los poderes del rey, nos encontramos con la **Censura**. Los censores supervisaban el cumplimiento de la moral romana y de las buenas costumbres. Desde la Lex Oviniae del año 312 a.C. tenían el deber de llevar a cabo el álbum senatorial¹⁵, y a su vez estaban investidos con el poder de remover a un senador de sus funciones si éstos no observaban las costumbres romanas. Eran los únicos magistrados

¹¹ Para más información sobre la Lex Licinia Sextiae, consultar en Ghirardi y Alba Crespo, Manual de Derecho Romano, 2da edición, 694.

¹² Juan Carlos Ghirardi y Juan José Alba Crespo, Manual de Derecho Romano, 2a ed. (Córdoba: Ediciones Eudecor, 2015), 92.

¹³ Pontificia Universidad Católica del Perú, Constitución Deo Auctore y Libro I del Digesto del Emperador Justiniano (Lima: Fondo Editorial, 1990), 39. La cita mencionada fue traducida del latín: “Dicti sunt eo, quod plurimum reipublicae consulere”.
¹⁴ Idem. La *Provocatio Ad Populum* fue un recurso del que disponían los ciudadanos romanos que eran condenados a muerte para apelar la sentencia ante el pueblo romano.

¹⁵ El álbum senatorial era el listado oficial de ciudadanos romanos que integraban el Senado Romano. Para más información consultar en Ghirardi y Alba Crespo, idem, 93.

romanos cuyas funciones no tenían una duración anual, sino el término de dieciocho meses.

El **Senado Romano** dentro de esta Constitución Mixta representaba un cuerpo aristocrático el cual se reservaba determinadas funciones que no podían estar en manos del pueblo llano, lo cual no significaba que sus sesiones eran secretas, sino que cualquier ciudadano romano podía asistir a las deliberaciones de los senadores.

Entre las funciones del Senado estaban: todo lo concerniente a las relaciones internacionales, el reclutamiento de las tropas, la supervisión de la administración de las finanzas y de las provincias, así también la capacidad de juzgar e imponer castigos a los magistrados, incluso con la potestad de separarlos de sus cargos.

Por último, nos encontramos ante los **Comicios romanos**, la cual era la institución que representaba al poder democrático en esta Constitución Mixta. Estos comicios eran integrados por los ciudadanos que carecían de algún puesto estatal ya sea en las magistraturas o en el Senado.

Durante la Roma republicana se ha llegado a distinguir hasta cinco clases de comicios¹⁶: los comicios por curias, por centurias, por tribus, los concilios de la plebe y las contiones.

Estas asambleas, en líneas generales, tenían la potestad de votar leyes rogadas y plebiscitos como también la capacidad para crear movimientos de opinión sobre asuntos públicos, sin embargo, estos últimos no eran de cumplimiento vinculante.

Frenos y contrapesos

En primer lugar, como un freno a los actos de los Magistrados y el Senado, destaca la aparición del Tribunado de la Plebe, la cual fue una magistratura creada por los plebeyos, quienes no se sentían representados por las demás magistraturas debido a la división de la sociedad entre patricios y plebeyos.

Ghirardi y Alba Crespo describen a las facultades de esta magistratura como "*esencialmente negativa*¹⁷", pues los tribunos solamente podían oponerse mediante el veto o *intercessio*.

No podían crear leyes ni impartir justicia, pero sí estaban facultados para proponer plebiscitos que debían ser votados por el pueblo romano en comicios. Estos plebiscitos adquirieron su carácter vinculante tanto para patricios como plebeyos con la Lex Hortensia del año 287 a.C¹⁸.

¹⁶ Idem, 96.

¹⁷ Idem, 94.

¹⁸ Idem, 692.

Destaca también el carácter anual de las magistraturas, dicho carácter propiciaba una permanente rotación de los cargos públicos, de esta manera se garantizaba la movilidad del poder. Además, al término de cada período, los magistrados eran sometidos a un juicio criminal de responsabilidad¹⁹, en el cual se juzgaba el desempeño de sus funciones.

Otro elemento que contribuyó a crear un sistema de frenos y contrapesos lo encontramos en el control cruzado que había entre estas instituciones de la Constitución Mixta.

El pueblo romano reunido en comicios votaba a quienes desempeñarían cargos en las Magistraturas. Una vez terminada la elección, el Senado podía confirmar o rechazar el nombramiento, si ocurría esto último, los comicios volvían a convocarse.

Uno de los magistrados, el censor, determinaba si un ciudadano integraría o no el Senado, de igual manera, el Senado también tenía el poder de destituir al censor. Ante este conflicto el Tribuno de la Plebe podía intervenir vetando ambas destituciones, permitiendo así al censor continuar en su puesto hasta el término de su mandato.

Otro carácter esencial que permitió un control interno de las magistraturas fue la dualidad de estas. Todas las magistraturas debían cuanto menos componerse de dos miembros con poder de veto recíproco.

En cuanto a las provincias, estas eran gobernadas por un magistrado nombrado por el Senado Romano, gozaba de la potestad para recaudar impuestos y emitir leyes sólo si los comicios lo autorizaban a ello. Al cesar en sus funciones debía rendir cuentas de su administración ante el Senado en Roma.

Decadencia y posterior fracaso de la Constitución Mixta en Roma

Explicados los motivos por los que el gobierno de la República Romana era el de una Constitución Mixta, ahora conviene señalar las falencias estructurales que acarrea este sistema.

A diferencia de los modelos constitucionales modernos basados en la existencia de una ley superior que rija la totalidad del ordenamiento jurídico, los antiguos romanos no concibieron la existencia de una ley fundamental del Estado.

Los romanos al carecer de una ley fundamental terminaron construyendo un sistema orgánico sumamente flexible, lo cual, lo convertía en un blanco fácil para cualquier clase de reforma estructural que corrompiese este primitivo sistema de frenos y contrapesos.

Un segundo aspecto para destacar es el vertiginoso proceso de expansión

¹⁹ Idem, 89.

territorial que atravesó la República luego de conquistar a los pueblos del mar Mediterráneo. La República, concebida en sus inicios como una Ciudad-Estado, empezaba a mostrar importantes falencias en la administración de las provincias debido, en gran medida, a las grandes distancias.

Las provincias exigían que se agilizase las respuestas del gobierno ante asuntos de vital importancia. De igual modo, requerían que se aumentase la presencia de efectivos miliares para la defensa de las fronteras, como también una agilización del derecho procesal romano, que, para entonces, ya estaba saturado debido al fastidioso protocolo de las legis acciones y el procedimiento formulario.

El tercer aspecto para considerar es el crecimiento del número²⁰ de **ciudadanos romanos** que experimentó la República. Según el censo del año 91 a.C. en la República habitaban alrededor de unos 450.000 ciudadanos romanos. Luego de la Guerra Social²¹ y la sanción de la Lex Iulia de Civitate Latinis et Socii Danda²² la cifra se elevó a 950.000 ciudadanos romanos para el censo del año 69 a.C.

Ya en tiempos de Augusto, el censo realizado en el año 14, nos indica que la cantidad de personas que ostentaban la ciudadanía romana era de 4.937.000. Si hacemos una comparación con las cifras anteriormente mencionadas nos encontraremos con que en poco más de 100 años, Roma vio la nómina de sus ciudadanos multiplicada por diez.

Era indudable que las prácticas republicanas aplicadas a esta nueva coyuntura geográfica y demográfica eran insostenibles. Ante este cambio de paradigma el procónsul²³ Lucio Cornelio Sila aprovechando las disputas políticas internas se autoproclamó dictador²⁴ de Roma en el año 81 a.C.

Este suceso es clave para entender lo que sería el inicio de la decadencia de la constitución romana. En primer lugar, Sila transgredió el derecho romano al auto erigirse como dictador; en segundo lugar, utilizó al ejército como sostén de su poder; y, en tercer lugar, ordenó la ejecución sin juicio de sus adversarios políticos en el Senado. Esta dinámica dirigida a violentar el frágil Estado de Derecho de Roma sería repetida por sus sucesores.

Julio César daría un paso más adelante convirtiéndose en dictador vitalicio. Ante esta descarada arbitrariedad, los senadores conspiraron contra César en quien veían a un hombre que pretendía acabar con la constitución republicana para volverla una monarquía. Debido a esto, el dictador fue brutalmente asesinado.

²⁰ Tesis propuesta por la historiadora española Eva Tobalina en su conferencia titulada: "El imperio romano: modelo de integración, crecimiento y seguridad".

²¹ La Guerra Social fue un conflicto bélico desarrollado entre los años 91 y 88 a.C. Para más información consultar: Asimov, La República Romana, 194-202.

²² La Lex Iulia de Civitate Latinis et Socii Danda fue la ley que puso fin a la Guerra Social, otorgando el rango de ciudadanía romana a las comunidades itálicas que no hubiesen formado parte de la sublevación contra Roma.

²³ El procónsul fue un cargo creado en tiempos de la República, este magistrado gobernaba territorios de Roma que no estaban bajo administración del gobierno central de los cónsules. Se utilizó principalmente para el gobierno de las colonias de ciudadanos romanos y las provincias.

²⁴ Para más información histórica de este hecho, consultar: Asimov, idem, 211.

nado durante una sesión del Senado por veintitrés puñales.

Este trágico suceso terminó por agravar aún más el tenso panorama político de Roma, durante un tiempo muchos políticos fueron perseguidos y ejecutados, entre ellos el mismísimo Cicerón. Luego de una guerra civil, Octavio se erigiría como la máxima autoridad en la República.

La constitución que Octavio quería para Roma era el de una monarquía, pero, salvaguardando la apariencia de ser una república. El Senado Romano no escatimó en colmarle a Octavio de numerosos títulos y honores como: Augusto, prínceps, imperator y pater patriae. También absorbió las funciones del Tribuno de la Plebe, desapareciendo esta institución.

Con el paso de los siglos, esta nueva figura inaugurada por Augusto iría progresivamente acumulando la suma del poder en detrimento del Senado y los comicios. En materia jurídica, el emperador se convirtió en la máxima autoridad para emitir justicia, y para dictar leyes.

La frágil Constitución Mixta de la República Romana había sido víctima del proceso de la anaciclósisis que antaño describió Polibio.

Conclusiones

En resumen, la experiencia política de la República de Roma constituye un ejemplo valioso para la historia en cuanto a la creación de un sistema de frenos y contrapesos se refiere. Sin embargo, a medida que la pequeña ciudad-estado de Roma fue expandiéndose, la eficacia de las instituciones republicanas disminuyó. La posterior concentración de poder en manos de caudillos militares y la falta de mecanismos jurídicos para la protección de la República derivó en el abuso de poder y la posterior erosión del sistema. Contribuyendo así a la caída de la República.

La carencia del concepto de una ley fundamental en esta Constitución Mixta dejó un vacío jurídico en la protección del orden político y los derechos civiles. La constitución romana basada en la costumbre y acuerdos tácitos permitió interpretaciones ambiguas que facilitó el camino a la instauración de regímenes despóticos.

Si hacemos una comparación con el artículo 247 de nuestra Constitución Nacional²⁵, entendemos el motivo por el cual en nuestro sistema el Poder Judicial está concebido como un poder independiente, porque: “*custodia la Constitución, la interpreta, la cumple y la hace cumplir*”. Todo esto no sería posible hoy en día sin la experiencia jurídica y política que heredamos de los antiguos romanos.

²⁵ Art. 247. De la función y de la composición: El Poder Judicial es el custodio de esta Constitución. La interpreta, la cumple y la hace cumplir. La administración de Justicia está a cargo del Poder Judicial, ejercido por la Corte Suprema de Justicia, por los tribunales y por los juzgados, en la forma que establezcan esta Constitución y la ley.

La vulneración del Estado de Derecho en la Roma republicana minó para siempre la confianza de los ciudadanos en las instituciones de la república. La instrumentalización de la ley con fines personales y políticos, la impunidad de ciertos gobernantes y las falencias del sistema contribuyeron a la inestabilidad política que sólo pudo ser subsanada con la instauración de un régimen imperial centralizado en la figura del emperador.

La antigua Roma, padeció el mismo mal que Platón, Aristóteles y Polibio advirtieron siglos antes sobre la degeneración de los sistemas políticos. Esta demagogia que caracterizó al último siglo de la República Romana terminó, a largo plazo, convirtiéndola en una monarquía.

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, Joaquín. 2011. *Democracia "Conceptos políticos fundamentales"*. Madrid: Alianza Editorial.
- "aristocracia | Diccionario de la lengua española". «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Consultado el 29 de agosto de 2023. <https://dle.rae.es/aristocracia>.
- Asimov, Isaac. 2021. *El Imperio Romano*. Traducido por Néstor A. Míguez. Madrid: Alianza Editorial.
- Asimov, Isaac. , 2021. *La República Romana*. Traducido por Néstor A. Míguez. Madrid: Alianza Editorial.
- Carnelutti, Francesco. 2018. *Cómo nace el Derecho*. Traducido por Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.
- Cicerón, Marco Tulio. 2019. *Sobre las leyes*. Traducido por Laura E. Corso de Estrada. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue.
- Cicerón, Marco Tulio. 2022. *La República*. Traducido por Francisco Miguel Del Rincón Sánchez. Madrid: Alianza Editorial.
- Constitución de la República del Paraguay, 1992, art. 247.
- Ghirardi, Juan Carlos y Alba Crespo, Juan José. 2015. *Manual de Derecho Romano*. 2a ed. Córdoba: Ediciones Eudecor.
- Kunkel, Wolfgang. 2022. *Historia del Derecho Romano*. Traducido por Juan Miquel. Madrid: Ariel.
- Montesquieu. 2014. *Del Espíritu de las Leyes*. Traducido por Mercedes Blázquez y Pedro De Vega. 6a ed. Madrid: Tecnos.
- Mosterín, Jesús. 2016. *Aristóteles "Historia del Pensamiento"*. 2a ed.

Madrid: Alianza Editorial.

- Mosterín, Jesús. 2016. Roma "Historia del pensamiento". 2a ed. Madrid: Alianza Editorial.
- Platón. 2022. Las Leyes. Traducido por Juan Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano. 2a ed. Madrid: Alianza Editorial.
- Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990. Constitución Deo Auctore y Libro I del Digesto del Emperador Justiniano. Lima: Fondo Editorial.
- Raíces de Europa. "El Imperio Romano: modelo de integración, crecimiento y seguridad". Eva Tobalina". YouTube, 23 de octubre de 2017. Video, 37:24. https://www.youtube.com/watch?v=3_nhdhhF9c0.



revistajurídica

DERECHO DEL CONSUMIDOR



PROTECCIÓN Y DEFENSA AL CONSUMIDOR Y EL ALCANCE A SER INFORMADO EN PARAGUAY

Ma. Jimena Silva Suárez¹

*“La información construye la seguridad, que es la contracara
de la incertidumbre”
Celia Weingarten*

RESUMEN: Los consumidores y usuarios tienen derecho a recibir una información correcta, objetiva, cierta, eficaz, comprensible y suficiente de todos los productos, bienes y servicios puestos a su disposición. Así mismo, los consumidores y usuarios tienen derecho a recibir el bien o servicio promocionado en el tiempo, cantidad, calidad y precio prometidos. Por otro lado, el papel que cumple la información en las relaciones de consumo es fundamental ya que, la información proporcionada influye y determina las decisiones que toman los consumidores y usuarios, de tal forma que entre más información obtengan, consecuentemente sus decisiones al momento de elegir un producto o servicio será de una forma consciente.

PALABRAS CLAVES: Consumidores, usuarios, información, protección, anunciantes, proveedores, decisión, productos, servicios.

ABSTRACT: Consumers and users have the right to receive correct, objective, true, effective, understandable, and sufficient information on all products, goods and services made available to them. Likewise, consumers and users have the right to receive the promoted good or service in the promised time, quantity, quality, and price. On the other hand, the role that information plays in consumer relations is fundamental since the information provided influences and determines the decisions that consumers and users make, in such a way that the more information they obtain, consequently their decisions at the time of choosing a product or service will be consciously.

KEYWORDS: Consumers, users, information, protection, advertisers, suppliers, decision, products, services.

Protección y defensa al consumidor

La Ley N° 1334/98 y demás normativas que rigen la materia, constituyen normativas legales basados en preceptos constitucionales, establecen derechos irrenunciables y de carácter tutelar, buscando la igualdad, brindando certeza y seguridad jurídica en las relaciones de consumo. La normativa legal que rige la materia, regula las normas de protección, de defensa de consumidores y usuarios dentro del mercado paraguayo, quedando sujetos a dichas disposiciones todos los actos celebrados entre proveedores y consumidores relativos a la distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bie-

¹ Alumna de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (2017-2022).

nes y servicios que sean realizados en el territorio nacional. Al mismo tiempo, se busca regular y sancionar las prácticas y conductas abusivas o engañosas en la provisión de bienes y servicios.

Debemos partir de la base que, el consumidor es una persona física o jurídica, nacional o extranjera (art. 4, inc. a, Ley N° 6366/19) que participa de las relaciones económicas adquiriendo bienes y servicios, es aquel quien genera la demanda de los bienes cuyas preferencias deben ser tomadas en cuenta para efectos de las decisiones económicas. Es importante destacar que consumidor no es un "status" que se adquiere de forma permanente, por así decirlo, ya que si fuese así, las personas la obtendrían por la cantidad de actos de consumo en un periodo de tiempo. En realidad, uno es consumidor cuando actúa de una forma determinada en una situación particular.

La protección al consumidor surge a raíz de la relación de consumo entre aquel y el proveedor, es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. En otras palabras, la protección del consumidor se rige por la relación de consumo, que abarca tanto el periodo previo a la contratación como durante y después de la misma. El consumidor tiene derecho a recibir compensación en caso de sufrir daños derivados de ilícitos extracontractuales relacionados con bienes y servicios, así como cuando se enfrenta a prácticas ilegales. Este derecho incluye la posibilidad de emprender acciones individuales o colectivas.

La indefensión del consumidor lo sitúa en una posición de vulnerabilidad, por tanto se encuentra expuesto a ser víctima de bienes y servicios defectuosos, tóxicos, nocivos y de contratos con cláusulas abusivas. Dichas circunstancias que afectan a los consumidores fue la base para que se reconociera y se haga énfasis en la protección y defensa al consumidor, corrigiendo así las desigualdades entre los anunciantes y proveedores quienes tienen ventaja sobre los consumidores ya que son dueños de la información que proporcionan al público y son quienes deciden finalmente qué, cómo y cuándo comunicar la información.

La protección al consumidor se da cuando se produce una relación de consumo, esta se refiere a cualquier actividad onerosa suministrada en el mercado, así mismo las que corresponden por su naturaleza a la actividad bancaria, financiera, de crédito o de seguro, salvo, de las que resultan de las relaciones laborales. entre el consumidor y el proveedor de bienes y servicios.

Es necesario comprender cuándo comienza la relación de consumo, esta surge desde el momento en que el consumidor o usuario busca información, adquiere bienes o servicios, se comunica con el proveedor e incluso posteriormente, ya que se extiende a las garantías de calidad y funcionamiento de los productos o servicios, así como a la capacidad de reclamar por los daños sufridos tanto por el consumidor como por terceros.

Las disposiciones legales tales como la Ley N° 1334 y su modificatoria (parcialmente) la Ley N° 6366, como las resoluciones emanadas por el ente regulador SEDECO², indican que los consumidores tienen derecho a que se proteja su salud, seguridad e intereses económicos en la relación de consumo. Asimismo, tienen derecho a recibir información adecuada y veraz, a la libre elección y a un trato equitativo y digno.

Gran parte de las obligaciones impuestas a los proveedores en favor de los consumidores no tienen un destinatario específico, sino que se derivan de la actividad comercial de producción de bienes y prestación de servicios en el mercado de consumo. Incluso después de que un consumidor adquiere un bien o servicio, persiste una obligación objetiva que la ley impone a los productores y proveedores. Por ello, la protección al consumidor tiene como finalidad la de facilitar el consentimiento que aquél presta, y que lo haya realizado de manera reflexiva y conscientemente, considerando además, los aspectos relevantes durante la ejecución del contrato, por ejemplo, en relación a su modo de empleo e instrucciones acerca de productos o servicios peligrosos para prevenir riesgos.

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 28, garantiza el derecho a informarse, en donde se establece el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime y así también, toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada (...).

La Ley de Defensa del Consumidor y Usuario en Paraguay, establece una serie de mecanismos que busca y promueve la protección del consumidor y del usuario, englobando un catálogo de derechos y obligaciones, para asegurar y sobre todo proteger, a los sujetos que intervienen en una relación de consumo, que nace en la cadena de comercialización de bienes y servicios entre productores, proveedores, expendedores, consumidores y usuarios.

Al hablar de protección, también nos referimos al compromiso asumido por el Estado, a través de los organismos pertinentes, y a las competencias conferidas a las asociaciones de consumidores, con el objetivo de prevenir que los consumidores se conviertan en víctimas de las actividades comerciales abusivas. Así también lo establece el art. 48, Capítulo XII de la LCDU, con respecto al compromiso y obligación de educar al consumidor por parte del Estado, las gobernaciones y municipalidades, a través de planes de educación para el consumo y su difusión pública, fomentando la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas. Las políticas públicas además de garantizar la protección de los consumidores y amparar a los mismos, estas deben necesariamente proporcionar herramientas por las cuales los consumidores sean capaces de defender sus derechos, tomar de-

² La SEDECO fue creada por la Ley N° 4974/2013#, es una entidad autárquica y descentralizada, con personería jurídica y patrimonio propio, sujeta a las disposiciones del derecho público (art 1). La SEDECO es la autoridad de aplicación en el ámbito Nacional de la Ley de Defensa del Consumidor y el Usuario y de las demás Leyes y reglamentos que rigen la materia. En cuanto instituciones públicas o privadas legalmente reconocidas, sean departamentales o municipales, éstas podrán actuar como autoridad de aplicación a nivel local, previo convenio con la Secretaría de Defensa del Consumidor y el Usuario (art. 2)

cisiones conscientes, adoptar o corregir hábitos de consumo. Dicho esto, se parte de la base de que el Estado sobre todo, y demás entes públicos, deben tomar un rol activo en la promoción y defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, proporcionando condiciones necesarias de modo a que los consumidores puedan ejercer sus derechos y tengan conocimiento de los mecanismos y herramientas jurídicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico para exigir el cumplimiento de sus derechos.

En cuanto a la educación y formación del consumidor, esta debe comprender el conocimiento, la comprensión y adquisición de habilidades que le ayuden a evaluar las alternativas y emplear sus recursos en forma eficiente; la comprensión y utilización de información sobre temas pertinentes al consumidor; la prevención de los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios; y, la estimulación a desempeñar un papel activo que regule, oriente y transforme el mercado a través de sus decisiones. La formación del consumidor debe propender a reconocer y asumir la importancia de su rol dentro de la economía. El consumidor aunque sea medianamente formado, tendría que poder identificar violaciones a los derechos y facultades que posee como consumidor, de adoptar las decisiones que correspondan, de informar a las asociaciones de consumidores o a la SEDECO de las situaciones que infringen o vulneran sus derechos.

El derecho a ser informado

El consumidor ostenta el legítimo derecho de recibir información clara y completa acerca de los diversos productos y servicios, incluyendo sus especificaciones referentes a composición, calidad, precio y eventuales riesgos asociados. Esta información, de responsabilidad del proveedor, debe ser fácilmente accesible y comprensible para el consumidor. Su disponibilidad previa al acto de consumo reviste gran importancia, ya que permite al consumidor informarse, comparar y, en última instancia, tomar una elección libre y consciente respecto a un producto o servicio determinado.

Dentro del derecho a ser informado, podemos mencionar que, el consumidor tiene derecho también a acceder a herramientas legales para que lo protejan contra toda publicidad engañosa, estrategias comerciales coercitivas o desleales, y cláusulas contractuales abusivas utilizadas en la provisión de productos y la prestación de servicios.

Los productos y servicios promocionados en el mercado deben constreñirse a cumplir con este derecho, deben basar sus campañas publicitarias, en ofertas ciertas, verdaderas y no inducir a ningún tipo de error al consumidor. Por ende, el proveedor se encuentra obligado a proporcionar al consumidor y al usuario información fehaciente, que no se preste a engaño o confusión. Así mismo, este derecho comprende las cláusulas abusivas en la provisión de productos y prestación de servicios que son utilizadas por los proveedores a los efectos de no atribuirse responsabilidad alguna ante cualquier falla o problema que proven-

ga del servicio o producto.

Es preciso reiterar que, todo proveedor de bienes o servicios tiene la obligación de informar a todos los potenciales consumidores referente a las características esenciales del bien o servicio desde el momento en que aquél es ofrecido al público hasta que finaliza la relación de consumo.

Los consumidores, poseen la facultad de exigir al proveedor que suministre en forma cierta, expresa, clara y detallada información respecto a las características, composición y elementos de los bienes y servicios que provee y a las condiciones en que los comercializa. Así como los proveedores de bienes y servicios tienen la obligación de informar sobre sus productos y servicios que promocionan, también los consumidores deben educarse e informarse para poder tomar decisiones bien fundadas, y tener conciencia de los derechos y obligaciones que poseen.

El derecho a ser informado busca proteger al consumidor, de los peligros y situaciones dentro de las relaciones de consumo, es decir, se basa en la protección del consumidor frente a la información que se produce en la relación de consumo se deriva de los peligros y las desigualdades que se pueden presentar, así como toda característica o referencia importante acerca los productos que se ofrecen o pongan en circulación y los riesgos que podrían derivarse de su consumo o utilización.

Estamos hablando de un mínimo de información que se le debe proporcionar al consumidor sobre el producto ofertado. Así mismo, la información proporcionada debe ser clara, veraz, suficiente, verificable y precisa referente a los productos y servicios ofertados en el mercado. En otras palabras, lo que se espera de la información emitida por las empresas, proveedores, es que brinden al público información clara, que el contenido debe ser fácil de entender por cualquier persona, veraz, que no induzca al engaño al consumidor, es decir, debe estar adecuado a la realidad y no en hechos que aparenten ello, siendo que no son ciertos. Cuando el contenido informativo del producto o servicio es engañoso, o tiende a mal interpretarse, como omitir datos esenciales o suscita en el destinatario expectativas que no son factibles de ser satisfechas, la información suministrada no es veraz ni sincera.

Para comprender la importancia del derecho a ser informado, traemos a colación un extracto correspondiente a un fallo de la Rca. Argentina, quienes se encuentran avanzados en el tema que nos concierne: *“La multa impuesta a una empresa por infracción al art. 9° de la ley 22.802 debe confirmarse si se constató que realizó una publicidad de un producto para la cura de la obesidad y aseguró el resultado en forma categórica, con sustento en estudios comprobados, sin indicar que los efectos se producirían con un tratamiento dietético tradicional combinado, pues de esa forma los consumidores podrían sentirse atraídos por una solución ofrecida con afirmaciones engañosas”* (Vide: *Sprayette SA c. DNCI, 06/09/2015, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso*

Administrativo Federal, sala I; La Ley Online, cita online: AR/JUR/24481/2015)

Nuestra legislación, en conjunto con el Derecho a ser informado, busca crear en los proveedores y anunciantes³ de productos y servicios el deber jurídico obligacional de comunicar acerca de los productos, su contenido, composición, efectos adversos, nocividad, costo, etc., en caso de los servicios ofrecidos, de qué tratan, calidad, eficacia, costo entre otros datos de suma importancia para el consumidor. Las características, datos y demás informaciones publicitadas son de suma relevancia, de tal manera los consumidores pueden hacer una elección que satisficiera su expectativas y/o sus necesidades.

Cuando se trata de la Ley del Consumidor, es de suma importancia comprender lo fundamental de brindar información a los consumidores. Los sujetos comprendidos en la LDCU con este requisito obligatorio, no solo cumple con su deber, sino que también defiende el derecho del consumidor a estar bien informado. El régimen de contratación de consumidores, tiene como finalidad los intereses del mismo, en razón de su vulnerabilidad, esta puede manifestarse de diferentes formas, como limitaciones económicas, desafíos técnicos, complejidades legales o vacíos de información. Reconocer y abordar estas vulnerabilidades es esencial para que los especialistas en publicidad y marketing establezcan una base sólida de confianza con su público objetivo y de esa forma adaptar sus estrategias para cerrar estas brechas de manera efectiva.

Mediante su reglamentación, la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario tiende a proteger el consentimiento a través del requerimiento de proporcionar mayor información a favor del consumidor, la ampliación de sus garantías, el control de las cláusulas abusivas, etc. La información otorgada al consumidor tiene un rol crucial, debido a que cumple una función preventiva y al mismo tiempo se busca nivelar las fuerzas entre el proveedor y el consumidor. Mantener el deber de proporcionar información y respetar el derecho del consumidor a estar bien informado debe permanecer en el centro de cualquier estrategia de marketing, beneficiando en última instancia tanto a los consumidores como a las empresas.

El artículo 3 del citado cuerpo legal, dispone cuanto sigue: *“Quedarán sujetos a las disposiciones de la presente 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”*. Otro requisito para su aplicación es la onerosidad del bien o servicio (art. 4, inc.b.). Cuando se hace mención de *“cualquier otra forma de transacción comercial”*, podemos decir que la enumeración de los actos alcanzados por la Ley no son taxativas, por tanto bastará para su aplicación que la transacción tenga fines comerciales y sea realizada entre un proveedor y un consumidor.

³ b) Proveedor: a 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 de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa; e) Anunciante: al proveedor de bienes o servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios;

Podemos deducir entonces que, en cuanto al alcance del cumplimiento del deber de informar influye en la capacidad de recepción del mensaje, existe una relación de causa y efecto. Con la obligación de proveer información certera y clara a los consumidores, se busca que al momento de prestar su consentimiento los consumidores se encuentren al menos, suficientemente informados para poder evaluar los beneficios o desventajas o riesgos de los servicios o productos ofrecidos.

En el ámbito del derecho del consumidor, el deber de informar surge de la desigualdad (asimetría) de los conocimientos del producto y/ o servicio ofrecido, por lo que la información es necesaria para restaurar el equilibrio. Además, aparece como una consecuencia de la desigualdad de condiciones de las partes, dado que una de ellas es experta, es decir, dispone de la información y otra que no la tiene. Nuestra normativa tiene incorporada el deber de informar expresamente en la LDCU, por ende, se puede decir que actualmente, es una obligación legal derivada del principio de la buena fe, que pretende proteger al más débil de la relación de consumo, ya sea por su escasa información o por su inexperiencia en el ámbito comercial.

El art. 8 de la Ley N° 1334/98 establece que quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o presten servicios, suministrarán a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos. En cuanto a la oferta y presentación de los productos o servicios se deberán asegurar informaciones correctas, claras, precisas y visibles, escritas en idioma oficial, sobre sus características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local de reclamo y los riesgos que presenten para la seguridad de los consumidores, en su caso.

La información se mide por su "utilidad" no por su "volumen". A su vez, la utilidad tiene mucho que ver con la oportunidad ya que para que la información pueda ser utilizada debe ser comunicada en tiempo oportuno y en la debida forma puesto que puede ocurrir que la información tardía sea ineficaz para evitar algún daño al consumidor. Por ejemplo la omisión de la información en cuanto al "uso correcto" de bien puede ocasionar el "uso indebido".⁴

Conclusión

Actualmente nos encontramos con gran necesidad de proteger de forma jurídica a los consumidores y usuarios, garantizándoles información adecuada y veraz en las relaciones de consumo, esto se debe al aumento y rapidez de la producción de bienes y servicios en el mercado moderno. Otro factor, no menos importante, es que los consumidores se encuentran en una posición de vulnerabilidad, ya que los anunciantes y proveedores son los que controlan los mecanismos de información y persuasión que llegan al público, muchas veces, manipulando sus necesidades, preferencias, hasta incluso su disposición para pagar uno

⁴ Dos Santos Melgarejo, José Ángel, "El deber de informar en la Ley de defensa del consumidor y del usuario" en: Apud, Corina, Dos Santos, Palacios, "Derecho del Consumidor", Edit. Intercontinental, 2019.

u otro precio. Sucede pues que, la poca o escasa información proporcionada o falsa, induce al consumidor a adquirir productos o servicios, o aceptar condiciones, que si desde un principio este hubiese tenido conocimiento e información certera y completa, no hubiese aceptado dichas condiciones.

El derecho de información de los consumidores, establecido en nuestra legislación, reside en el derecho a tener conocimiento, entender acerca de todos los datos referentes a los servicios y productos, a fin de realizar una elección consciente y consecuentemente, reducir las posibilidades de sufrir riesgos y satisfacer sus expectativas.

La obligación de informar recae sobre los proveedores y anunciantes de bienes y servicios desde el momento en que ofrecen sus productos en el mercado y así también en cada oportunidad de contacto que poseen con los consumidores y usuarios, es decir, en todo momento rige la exigencia de informar al público.

BIBLIOGRAFÍA

- *Constitución Nacional.*
- *Ley N° 1334/98 de "Defensa del Consumidor y Usuario".*
- *Ley N° 6333, por la cual se modifica la Ley N° 1334/98 de "Defensa del Consumidor y Usuario" (artículos 4, 6, 10, 15 y 29).*
- *Decreto N° 20.572, por el cual se "Crea el Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor".*
- *Decreto N° 2.199 /14, por el cual se "Reglamenta la Ley n° 4974/2013 que crea la Secretaría de Defensa del Consumidor y el Usuario (SE-DECO)".*
- *Apud, Corina, Dos Santos, Palacios, "Derecho del Consumidor", Edit. Intercontinental, 2019.*
- *Ruiz Diaz Labrano, Roberto, "Derechos del Consumidor y del Usuario de Servicios", Edit. La Ley, Asunción, Paraguay, 2014.*
- *Gherzi, Carlos, Weingarten, Celia, "Manual de los derechos de usuarios y consumidores", Edit. La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tercera Ed., 2017.*
- *Sprayette SA c. DNCI, 06/09/2015, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, sala I; La Ley Online, cita online: AR/JUR/24481/2015.*



revistajurídica

TRIBUNAL DE ÉTICA



LA POSIBLE PREJUDICIALIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE ÉTICA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ENJUICIAMIENTO Y REMOCIÓN DE MAGISTRADOS

Paula Emilia Gamarra Ruíz¹

RESUMEN: En el presente artículo se expondrán algunos aspectos de la responsabilidad de los jueces según el Código de Ética Judicial de la República con un desarrollo de los distintos tipos de responsabilidad en que pueden incurrir los jueces, con destaque en la responsabilidad ética. Se procurará también ensayar una propuesta de lege ferenda que permita vincular las decisiones del Tribunal de Ética como cuestiones prejudiciales en los procedimientos de enjuiciamiento y remoción de magistrados judiciales por parte del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (JEM).

PALABRAS CLAVE: Tribunal de Ética, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, responsabilidad, prejudicialidad, enjuiciamiento, remoción.

ABSTRACT: In this article some aspects of the responsibility of magistrates will be presented pursuant the Code of Judicial Ethics of the Republic of Paraguay, with mention of different types of responsibilities of judges, with emphasis on ethical responsibility. A lege ferenda proposal will also be essayed, that may link judgments of the Ethics Tribunal to the proceedings against magistrates of the Judiciary System before the Jury of Judgment of Magistrates.

KEYWORDS: Ethics Tribunal, Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, responsibility, preliminary ruling, impeachment, removal.

Introducción

En su célebre obra “*Ética a Nicómaco*”, Aristóteles sugirió que “...lo que revela al hombre instruido es el ir en busca de la certidumbre en toda clase de cosas, hasta el punto en que la naturaleza del asunto lo permita...” (Aristóteles, p. 7).. La responsabilidad de los Magistrados en los casos de delitos y mal desempeño de sus funciones es un tema que desde antaño ha preocupado a las comunidades (Díez-Picazo Giménez, pp.27-39), debido a la dignidad del Juez y a la importancia de impartir justicia en toda comunidad humana desde las más primitivas hasta aquellas en la que existe un alto grado de desarrollo económico, político, jurídico, social y cultural.

¹ Abogada egresada de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, con promedio académico “Sobresaliente”. Especialista en Docencia de la Educación Superior, en la misma casa de estudios. Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia. Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa. Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional (IPDC). Ex miembro del Consejo Editor de la Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Universidad Católica de Asunción (CEDUC) en las ediciones de los años 2009, 2010 y 2011. Dirección de correo electrónico: paulagamarra@gmail.com.

En este breve artículo se presentarán al lector algunas nociones básicas sobre responsabilidad de los magistrados judiciales, con énfasis en aspectos éticos del ejercicio de su profesión, para luego examinar la normativa vigente sobre la ética de los magistrados judiciales en el país. En este sentido, tiene primacía el Código de Ética Judicial de la República del Paraguay, sancionada por Acordada de la Corte Suprema de Justicia N° 390 del año 2005, así como la Ley N° 6814/2021 “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados judiciales, agentes fiscales, defensores públicos y síndicos de quiebra y deroga la Ley N°3759/2009 “Que regula el procedimiento para el enjuiciamiento y remoción de magistrados y deroga las leyes antecedentes”.

Se intentará ofrecer un escenario que vincule el Código de Ética Judicial a la actual ley del jurado de Enjuiciamiento de magistrados (JEM) en lo atinente a la posibilidad de que las sentencias del Tribunal de Ética puedan constituir una cuestión *prejudicial* para el estudio de los casos sometidos al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. Esta propuesta está motivada por el anhelo de encontrar mejores resultados en la actividad del juzgamiento de la actividad de los jueces, que es muy importante para un desarrollo y consolidación del Estado de Derecho. A la postre, contribuirá a aumentar la confianza en la institucionalidad del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados como órgano extrapoder encargado de controlar el correcto ejercicio de la actividad de jueces.

La responsabilidad de los Magistrados Judiciales. La responsabilidad Ética del Juez.

a) *Sobre la importancia de la función del Juez y el estado actual de la administración de justicia.*

La función de impartir justicia es una de las más excelsas dentro de una sociedad, y existen varios “decálogos” que orientan el obrar profesional y ético del magistrado: “Mandamientos del Juez” de Rodolfo Vigo, “Decálogo para Jueces” de Miguel de Cervantes y Saavedra, los “Consejos a Jueces” del faraón Ramsés de Egipto, y las “Características del Juez” según Sócrates, entre otros².

La función del juez, en tanto servidor de la administración pública y representante del Estado consiste en la aplicación del derecho a casos concretos, teniendo como fin a la justicia. En el ejercicio de su transcendental actividad, el juez puede incurrir en la comisión de actos (acciones u omisiones) que conlleven un tipo de responsabilidad jurídica que exija una adecuada reparación o indemnización por las consecuencias del obrar dañoso³.

Un renombrado exponente de la Filosofía del Derecho en Argentina, Carlos

² Esteban Armando Kriskovich De Vargas (Dir.) y VV.A.A., Manual de Ética y Deontología de las Profesiones Jurídicas, (Asunción, Paraguay: Atlas Editorial, 2010).

³ María Angélica Nava Rodríguez, “La responsabilidad del Estado en la Función Judicial”, Ciencia Jurídica, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato, Año 1, N° 1, 143-160.

Santiago Nino, manifestó lo siguiente: “[...] los jueces son tan moralmente responsables como todos nosotros, y el mero hecho de fundar sus decisiones en normas jurídicas positivas no los exime de su responsabilidad moral por tales decisiones”⁴. Siguiendo a Riera Hunter, puede entenderse que actualmente las profesiones jurídicas se encuentran desprestigiadas como consecuencia de un comportamiento profesional incoherente con los valores morales que hacen a la práctica profesional del Derecho⁵. Por lo tanto, son necesarios la debida regulación y control de los actos de los jueces por su importante función en nuestro Estado de Derecho según los parámetros de la Constitución Nacional de la República del Paraguay.

El cuerpo episcopal paraguayo reiteradamente llama la atención acerca de la necesidad de reformar el sistema judicial, procurando corregir o paliar los efectos de una mala administración de justicia, la corrupción de la magistratura y la impunidad de los malos actos de los jueces, teniendo en cuenta que formalmente contamos con los mecanismos para corregir la arbitrariedad y desvíos en su proceder. Algunos mecanismos que tenemos para controlar el buen o mal proceder de los jueces son los órganos establecidos por ley, como ser el Consejo Consultivo, Tribunal de Ética y el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. La ruptura de los valores y principios morales afecta a toda la ciudadanía, y se esparce cual cáncer que ha hecho metástasis en los Juzgados y Tribunales que forman parte del Poder Judicial⁶. En un excelente trabajo sobre transparencia, ética pública y combate a la corrupción, Miguel Sánchez Carbonell menciona algunas causas de la corrupción, que llegan a afectar a la profesión de la magistratura, tales como el soborno, la extorsión y los “arreglos”, muy frecuente en materia de licitaciones públicas.

b) Sobre la Ética

En este punto, conviene aclarar algo sobre la Ética. Siguiendo al autor paraguayo Riera Hunter, la Ética no puede ser considerada una “ciencia” en el sentido estricto de dicho vocablo, puesto que ésta no puede ser una disciplina eminentemente práctica. La Ciencia es meramente conceptual, teórica y discursiva, mientras que la Ética pertenece al campo de la Filosofía como “conjunto de saberes que busca establecer, de manera racional, los principios generales que organizan y orientan el conocimiento de la realidad, así como el sentido del obrar humano”⁷.

El estudio de las cuestiones éticas no debe confundirse con consideraciones de la Moral, entendida ésta última como doctrina del obrar o comportamiento humano que regula las acciones individuales y colectivas del ser humano en relación con el bien y el mal. La Ética no es una disciplina normativa, sino que, siguiendo al gran filósofo griego Aristóteles: “Estudiamos ética no solamente para saber que es la virtud, sino para ser virtuosos”. Es, por ende, una actividad que pertenece al campo de lo cognitivo, aunque sí tenga implicancias o influya en las

⁴ Carlos Santiago Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*. (Buenos Aires, Argentina: Ariel Derecho, 1983, 3ra reimpresión en marzo de 2016), 297.

⁵ Marcos Riera Hunter en Kriskovich De Vargas, *Manual de Ética*.

⁶ De La Vega en Kriskovich de Vargas, *Manual de Ética*.

⁷ Real Academia Española, “Filosofía”, en *Diccionario de la Real Academia Española*, <https://dle.rae.es/filosof%C3%ADa>.

normas morales. Entonces, podemos conceptualizar a la Ética como la disciplina que forma parte de la Filosofía y que tiene por objeto de estudio la esencia de lo moral, el origen del conocimiento moral y de la obligación moral. En otras palabras, el estudio de la moral está comprendido dentro de la Ética. Para muchos autores, la Ética considera al aspecto del buen o mal obrar desde su interioridad, por medio de la razón, en tanto que la Moral lo considera de una manera "externa", vinculando los comportamientos del ser humano con determinadas normas de conducta. Estas vinculaciones pueden ser encontradas en la excelente y clásica obra de Filosofía del Derecho, del iusfilósofo italiano Del Vecchio. Interesantes acotaciones respecto de la vinculación entre moral, ética y derecho y consideraciones acerca de la justicia pueden encontrarse en la excelente obra de Julio D. Zan "*La ética, los derechos y justicia*"⁸.

Julio D. Zan realiza una importante distinción y vincula los conceptos de ética, moral y derecho en su obra "*La ética, los derechos y la justicia*", cuya lectura recomendamos por la forma en que relaciona los aspectos de la función judicial desde la perspectiva de la Ética, y que puede conseguirse en Internet gracias por iniciativa de la Fundación Konrad Adenauer. Es menester poner de relieve que la ética necesita de la moral para sacar sus conclusiones, elaborar sus hipótesis, explicarla, realizar análisis y teorías, sin crear la moral de la nada⁹. La Ética viene a ser como una caja de herramientas (*toolbox*) para formular los principios y criterios acerca de la acción humana orientada al bien.

Otro autor, Díaz Romero (en Saldana Serrano), refiere que otra autora muy conocida en estudios sobre ética y deontología personal, Adela Cortina, mencionó tres fines de la Ética: 1) Dilucidar en qué consiste la moral y sus atributos peculiares respecto de otras experiencias normativas; 2) procurar descubrir el fundamento de lo moral y, 3) intentar aplicar los principios éticos a los diversos ámbitos de la vida cotidiana. Para el mismo autor mencionado, la ética del quehacer o actividad judicial ha evolucionado constantemente, asignándosele más importancia a su estudio a partir de la importancia de la codificación del derecho. Es una ética aplicada, en tanto influye en la actividad profesional del magistrado, pero guarda mucha relación con la ética clásica de las virtudes, entendidas como modo de ser según el cual el hombre se hace bueno y por el cual realiza bien su función propia. Puede concluirse, entonces, que la ética judicial se transforma, evolucionando constantemente a fin de adecuarse a las necesidades sociales.

c) *Sobre los principios éticos y la virtud de la justicia*

Parte del crecimiento de la ética profesional del magistrado se debe al desarrollo de los principios éticos, que se han ido incorporando en las distintas épocas de la historia. Se destaca principalmente el principio de imparcialidad y el de independencia, consagradas en el Art. 16 de la Constitución Nacional: "De la defensa en juicio. La defensa en juicio de las personas y de sus derechos es inviolable. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales y jueces competentes, independientes e imparciales". En relación al principio de imparcialidad,

⁸ Julio D. Zan, "La ética, los derechos y la justicia", Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 200), 19-43 y 59. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2228-la-etica-los-derechos-y-la-justicia>.

⁹ Kriskovich De Vargas, Manual de Ética, 158.

puede decirse que se remonta a los tiempos de Moisés, mientras que el principio de independencia fue ampliamente consagrado a partir de las luchas contra las monarquías absolutistas, hasta la total emancipación del Poder Judicial durante los siglos XIX y XX.

Otros principios, no menos importantes, como los de fundamentación y argumentación de las sentencias judiciales surgieron a raíz del crecimiento de la democracia moderna, consagrado en el preámbulo de la Constitución Nacional: "...reafirmando los principios de la democracia republicana, representativa, participativa y pluralista..." y el Art. 1 "Se constituye en Estado social de derecho..." Es necesario enfatizar que los principios éticos están vinculados a otros valores y virtudes como la honestidad, la laboriosidad, la celeridad, la probidad, la sensatez, la racionalidad, entre otros. La justicia, por ejemplo, es una virtud moral que según una célebre máxima del jurista romano Ulpiano, consiste en "dar a cada uno lo suyo". Algunas de las propiedades de la justicia son las siguientes: alteridad, en tanto se dirige siempre al otro, obligatoriedad e igualdad.

Para el autor Muñozcano Eternod, (en Saldana Serrano), los principios de "compromiso de superación" y el "compromiso de excelencia" deben estar presentes inexorablemente en las actitudes y actos de todo juez, y conllevan el deber de capacitarse continuamente. La cuestión de la educación no puede ser escindida de la ética. Así tenemos que los principios, valores y virtudes éticos no están "preconfigurados" o delimitados taxativamente, sino que pueden ser ampliados el catálogo de principios de la magistratura o reformulados conforme al desarrollo social, político y cultural.

Siguiendo un punto de vista distinto, conforme lo planteado por el autor Julio Zan, la justicia como virtud de las instituciones puede ser entendida como "la intención ética que tiende a poner la dominación política bajo la dirección y el control del poder social".

La justicia como virtud moral tiene por objetivo salvaguardar el derecho de nuestros semejantes, siendo fundamental para toda convivencia social. Se dispone a respetar los derechos de cada uno y a promover las relaciones armónicas. El juez justo, por lo tanto, debe destacarse por una rectitud habitual en sus pensamientos y conducta para con el prójimo. Conviene citar, siguiendo a los autores Kriskovich y Tonina, el siguiente versículo bíblico para evidenciar la importancia de la función del juez en la promoción de la justicia social: "Siendo juez no hagas injusticia, ni por favor del pobre, ni por respeto al grande: con justicia juzgarás a tu prójimo" (Lv. 19, 15).

d. Aspectos sobre la responsabilidad del Juez.

El vocablo "responsabilidad" es definida en el Diccionario de la Real Academia Española como: "Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente". En otra de sus acepciones es la "deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa

legal". Generalmente, en Derecho se utiliza más la segunda acepción, mientras que las consideraciones sobre moral y ética se enfocan más en la primera, en tanto se refiere a la conciencia que tiene el sujeto de la realización de sus actos.

Ron Latas y Lousada Arochena, en un artículo sobre la responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados, afirman que la responsabilidad judicial es un contrapunto al principio de independencia, como lo sugieren estas palabras pronunciadas por el entonces Ministro de Justicia de España, Eugenio Montero Ríos, el 15 de setiembre de 1870. Me sirvo transcribir *"in extenso"* sus palabras, por su importancia para enfatizar la loable función del magistrado y su deber de responder ante la sociedad por sus actuar debido o indebido: "La inamovilidad sin la responsabilidad, es la tiranía del poder judicial. La responsabilidad sin la inamovilidad, es la arbitrariedad del poder ejecutivo. La inamovilidad sin la responsabilidad, es la absorción en el poder judicial de todo derecho individual y social. La responsabilidad sin la inamovilidad, es la ineficacia del derecho en su aplicación a los actos de la vida...Desde hoy los Magistrados y Jueces tienen la seguridad de no ser arbitraria e injustamente suspendidos en sus funciones, trasladados ni depuestos...Pero desde hoy también empiezan a responder de todos sus actos, de una manera eficaz y severa, como hasta lo presente no ha sucedido. Grandes son las garantías que se les otorgan: grandes son también los deberes que contraer, y de cuyo cumplimiento se les habrá de exigir estrecha cuenta"¹⁰.

La responsabilidad puede ser clasificada de diferentes maneras, y Nava Rodríguez propone la siguiente taxonomía, seguida por varios otros autores:

1. Responsabilidad política ante los poderes del Estado: Este tipo de responsabilidad presenta dos variantes según el juez sea responsable ante los órganos políticos de gobierno o sea responsable constitucionalmente. El mecanismo constitucionalmente establecido para el enjuiciamiento y remoción de los más importantes representantes de la magistratura (Ministros de la Corte Suprema de Justicia e integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral) es el juicio político:

"Art. 225. Del procedimiento. El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes. La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en su caso, declararlos culpables, al solo efecto de separarlos de sus cargos. En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria"¹¹. Es el más claro ejemplo que tenemos en nuestra

¹⁰ ron latas, Ricardo Pedro y José Fernando Lousada Arochena, "La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados", junio de 2015, 352. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16836/AD_2015_19_art_17.pdf?sequence=1.

¹¹ Constitución de la República del Paraguay, art. 225.

legislación sobre la responsabilidad política de los jueces de más alta jerarquía.

2. Responsabilidad jurídica de los jueces: Este tipo de responsabilidad pertenecen al ámbito del obrar personal del juez, y éste deviene así responsable de tres maneras:

a) Responsabilidad civil: El Código Civil de la República del Paraguay regula la responsabilidad por los hechos propios, por los hechos ajenos y aún existe la responsabilidad objetiva (sin culpa por parte del agente). En doctrina civil deben concurrir los siguientes elementos para que pueda hablarse de una “responsabilidad”: un comportamiento activo o pasivo (acción u omisión), un daño a una o más personas (justiciables u otros), un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta y el daño o perjuicio ocasionado y una culpabilidad que implica un criterio legal de imputación. Puede, entonces distinguirse una responsabilidad objetiva, en la que el daño es causado por ausencia de toda intencionalidad dolosa por parte del juez y una responsabilidad subjetiva, que es ocasionada por negligencia, dolo o intencionalidad de ocasionar un perjuicio concreto.

b. Responsabilidad penal: Nuestra actual legislación penal (Código Penal), sanciona ciertas conductas del juez como el cohecho pasivo y el prevaricato con penas privativas de libertad o multas. En el caso del cohecho pasivo, que en la jerga cotidiana denominamos “coima”, se agrava la pena para los jueces o árbitros que soliciten, se dejen prometer o acepten un beneficio como contraprestación de una resolución u otra actividad judicial que haya realizado o realizará en el futuro. En el caso de prevaricato, si el juez resuelve violando el derecho para favorecer o perjudicar a una de las partes, tendrá pena privativa de libertad de dos a cinco años, pudiendo ser aumentada la pena en casos “especialmente graves”. Los delitos mencionados son típicos de la magistratura, y no puede descartarse que existen en nuestra legislación otros hechos punibles (crímenes o delitos) que son comunes a todos los funcionarios de la administración pública, teniendo en cuenta que el juez no deja de ser un servidor público.

c. Responsabilidad disciplinaria: Como subtipo de responsabilidad personal del juez, su objeto es asegurar el cumplimiento de los deberes de los jueces a través de medios coercitivos de amenazas de sanciones disciplinarias: advertencias, amonestaciones, multas, jubilación anticipada, traslados forzosos y remoción, entre otros. Este subtipo de responsabilidad personal guarda una afinidad con la responsabilidad ética, y ésta última se encuentra presente tanto en el Código de Ética Judicial como en la ley que regula el enjuiciamiento y la remoción de los magistrados judiciales.

Por último, se puede obviarse la disposición del artículo 106 de la Constitución Nacional, en la que puede subsumirse los casos de la responsabilidad de los jueces, así como el artículo 17 de la Ley Fundamental sobre los casos de responsabilidad del Estado cuando existan condenas por error judicial. Ello no hace más que acentuar la importancia de que el juez responda por sus actos, debido a la trascendencia de su actividad al servicio del Estado.

Vislumbrando el horizonte: el panorama jurídico actual en relación a la ética de la magistratura.

No puede desvincularse el estudio del orden moral del estudio del orden jurídico legislado o derecho positivo sin mermar el estudio de la Ética como disciplina de lo moral y de su necesaria aplicabilidad. Se analizará contenido principal de dos cuerpos normativos en relación a la responsabilidad de los magistrados: El Código de Ética Judicial de la República del Paraguay, sancionado por acordada de la Corte Suprema de Justicia N° 390 del 18 de octubre de 2005 y la nueva ley de enjuiciamiento y remoción de magistrados judiciales sancionada por Ley N° 6.814/2021. Por último se propondrá una alternativa que permita se tengan en cuenta las sentencias - condenatorias o absolutorias - del Tribunal de Ética como cuestión prejudicial en relación a los procedimientos que deba estudiar el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

Algunas consideraciones sobre el Código de Ética Judicial

No sería posible empezar a analizar el Código de Ética Judicial del Paraguay sin previamente aclarar que la deontología, en tanto conjunto ordenado de deberes y obligaciones morales que tienen los profesionales, viene a ser como el "código de conducta" de los jueces. El Código de Ética judicial (en adelante C.E.J.), pertenece a aquel aspecto o rama de la Ética que estudia los deberes de los magistrados. Estos deberes u obligaciones pueden ser de carácter ético, moral o jurídico y que siempre tiende a satisfacer un criterio valorativo o axiológico (el bien, el buen obrar).

Pero en realidad, es más que eso, puesto que nuestro C.E.J. dispone también de ciertos mecanismos u órganos a fin de hacer efectivas las sanciones disciplinarias que dispone.

Existe una tentación de "juridizar" la ética procurando que se la formule siguiendo la estructura propia de las normas, definiendo hipótesis de conductas a las que se imputa ciertas consecuencias. Los Códigos de Ética profesional, entre los que se encuentra nuestro Código de Ética Judicial, consagran principios que son indeterminados por no definir presupuestos fácticos ni consecuencias. Esto permite que comprenda un amplio espectro de conductas. Esta indeterminación es superada mediante los Consejos Consultivos como mecanismo de consulta, salvaguardando el principio de reserva en los casos de dudas éticas.

Algunos de los bienes importantes protegidos por el C.E.J. son los siguientes: el bien general de la sociedad, el bien de las partes judiciales, auxiliares de justicia y otros funcionarios del Poder Judicial, el bien de los colegas (otros miembros de la magistratura), el bien del derecho y el bien del propio profesional.

En cuanto a los Tribunales de Ética y el proceso de responsabilidad ética, es necesario contar con un procedimiento flexible, breve y actuado donde se trate la denuncia elevada a su consideración para determinar si existe o no falta ética. En este sentido, el Tribunal de Ética, como cualquier otro, debe obedecer

a lo dispuesto en los Arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional en cuanto al debido proceso y el derecho a la defensa en juicio de los derechos. También debe tenerse en cuenta para este tipo de procesos los principios establecidos en la última parte del Art. 256 de la Constitución Nacional: "...principios de inmediatez, economía y concentración". La disposición se refiere al proceso laboral, pero es aplicable a todo procedimiento que en razón de la naturaleza del objeto discutido, debe ser esencialmente celero. A diferencia del principio de "in dubio pro reo" o "in dubio pro operario" del ámbito penal y laboral, respectivamente, si se tiene alguna duda en relación a la calidad ética de un magistrado, conviene que no lo sea o deje de serlo.

El Código de Ética, al imponer deberes a su vez atribuye derechos, como por ejemplo se da en el caso del principio de la independencia, que está también consagrado en el Art. 248 de la Constitución Nacional de 1992: "*De la independencia del Poder Judicial. Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso... Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley*"¹². Está claro así que nuestra ley fundamental protege al magistrado, quien cuenta con los medios para reclamar una protección para él y su familia, en aras a cumplir mejor con su función pública de impartir justicia.

En cuanto a las sanciones éticas, éstas buscan no tanto la punición de las conductas, sino que su finalidad es la de la búsqueda de solución de conflictos y que los jueces aspiren a ser más íntegros y probos. En los Estados Unidos de Norteamérica se dan casos de denuncias debido al mal carácter de los jueces, y parece ser más efectivo así antes que una sanción, un tratamiento psicológico o unas vacaciones. Esto, sin descartar cualquier medida correctiva que el Tribunal de Ética considere justo imponer para corregir la conducta del juez.

Una duda que se tiene es si la sanción del Código de Ética puede afectar la independencia del Poder Judicial, pudiendo incluso existir casos en que los jueces puedan ser sancionados por ser "excesivamente independientes".

Algunos deberes deontológicos del juez fueron presentados por Francisco Javier de la Torre Díaz en su obra "*Ética y Deontología Jurídica*", citado por Kriskovich:

- Deber de buscar la bondad y la justicia en las esferas pública y privada.
- Deber de garantizar el respeto a los derechos fundamentales.
- Las incompatibilidades para el ejercicio de la magistratura se encuentran en el Art. 254 de la C.N.: Los jueces sólo dedicarse a la docencia o investigación científica, a tiempo parcial, y no pueden ejercer ninguna otra profesión u oficio de carácter público o privado, remunerado o no mientras duren en sus funciones.

¹² Constitución de la República del Paraguay, art. 248.

- Prohibición de pertenecer a partidos políticos o sindicatos (se deriva también del principio de independencia del Poder Judicial).
- Otros deberes:
 - Asistir a las audiencias y facilitar la contradicción en los procesos (el debate).
 - Deber de prevenir y reprimir conductas contrarias a la buena fe y lealtad procesal (potestad disciplinaria, consagrada en nuestro Código Procesal Civil).
 - Deber de residir en el territorio o circunscripción asignada donde deba ejercer sus funciones.
 - Deber de ser diligente en los procesos.
 - Deber de respeto (deber extensivo también a otros operadores jurídicos, tales como partes procesales, auxiliares de justicia y otros funcionarios).
 - Deber de guardar el secreto profesional, especialmente ante los medios de prensa.
 - Deber de formación de la conciencia moral y un juicio moderado y ecuánime.
 - Deber de fidelidad a la ley, en cuanto a su interpretación y aplicación, evitando incurrir en la arbitrariedad judicial en sus sentencias judiciales.
 - Deber de ser equitativo.
 - Deber de atender siempre el caso concreto sometido a su consideración y estudio.
 - Deber de capacitación constante.
 - Deber de facilitar la conciliación previa y los acuerdos amistosos.
 - Deber de dedicación y laboriosidad.
 - Deber de responsabilizarse en el caso de malas actuaciones o sentencias injustas. En estos casos, el propio Estado tiene una responsabilidad subsidiaria (ya lo vimos *supra*, al mencionar la condena por error judicial).
 - Deber de no afiliarse a asociaciones profesionales politizadas, a fin de salvaguardar la independencia judicial.
 - Deber de juzgar y fallar buscando la certeza moral. Ello no implica que pueda haber casos de dudas razonables, que pueden ser superadas utilizando las distintas técnicas interpretativas y argumentativas.
 - Deber de evitar muestras de agradecimiento (sobornos y regalos) y no dejarse influir por presiones y recomendaciones de ningún tipo. El primer aspecto ya lo vimos al referirnos a la responsabilidad penal de los jueces.
 - Deber de acercamiento y sensibilidad hacia los menos favorecidos.
 - Deber de acercar la justicia a los ciudadanos y de utilizar un lenguaje más accesible cuando fuese necesario. Esto permitirá un control de legalidad de los actos del Poder Judicial para permitir el fortalecimiento del Estado de Derecho y de los principios de la democracia.
 - Deber de formarse en la imaginación, sensibilidad y emoción poéticas. Este es un aspecto que puede subsumirse dentro del principio de capacitación del juez.

A la lista de deberes éticos del juez tomados del mencionado autor, agregué mis propias acotaciones y aclaraciones, ya que algunos de estos aspectos ya fueron tratados en el presente trabajo.

El Código de Ética Judicial de la República del Paraguay fue sancionado en el año 2005, siendo incluso modelo de referencia para el estudio del Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica. Se han creado los siguientes órganos a fin de que el C.E.J. sea cuenta con un cierto grado de eficacia: 1. El Consejo Consultivo, que orienta las dudas de los magistrados o de la sociedad respecto a los actos de los jueces. En algunos casos, incluso puede emitir opiniones interpretativas en relación al C.E.J. que constituyen una verdadera jurisprudencia ética. 2. El Tribunal de Ética Judicial, que sirve para sancionar o castigar que hayan incurrido en faltas éticas. Los miembros de este singular Tribunal deben trabajar “ad honorem” y ser personas notables, de reconocida honorabilidad y trayectoria. 3. La Oficina de Ética Judicial se creó como canalizadora de las denuncias de las faltas éticas, y el “soporte” para la implementación del Código. Se destaca el deber que tienen los funcionarios de esta dependencia de guardar estricta reserva sobre las denuncias que pueden ser presentadas incluso anónimamente por los afectados.

Las sanciones éticas del C.E.J. pueden ser tenidas en cuenta aún más que las administrativas en los casos en que deba decidirse la cuestión del ascenso o confirmación de los jueces en sus cargos. Los diferentes tipos de sanciones éticas que pueden ser impartidas por el Tribunal de Ética las veremos en el siguiente apartado, al tratar aspectos sobre la estructura del C.E.J. de 2005.

Estructura del Código de Ética Judicial del Paraguay.

Nuestro Código de Ética Judicial consta de 67 artículos agrupados en cinco Títulos. El mismo entró en vigor a partir del 1 de enero de 2006. En cuanto a su origen, en diciembre de 2003, la Corte Suprema de Justicia enfatizó en su propósito de contar con un código que regule la ética de los magistrados, con una participación amplia en un proyecto que constó de tres etapas o fases (aprobación de un Plan de Trabajo, elaboración de un Primer Anteproyecto y un Segundo Anteproyecto que sirvió de base para el Anteproyecto definitivo).

Una sistematización del derecho “a rubrica”, permite presentar el esqueleto o estructura formal del C.E.J. a fin de visualizar el contenido del mismo:

Título I

Destinatarios, Obligatoriedad, Finalidad e Interpretación – Arts. 1 al 4.

Título II

Valores Judiciales -Art. 5

Título III

Deberes Éticos del Juez- Art. 6

Capítulo I- Deberes Esenciales y Funcionales del Juez- Arts. 7 al 19.

Capítulo II- Deberes Éticos del Juez en sus Relaciones con Abogados y Justiciables- Arts. 20 y 21.

Capítulo III-Deberes Éticos del Juez con el Poder Judicial, con los Magistrados y con los Funcionarios- Arts. 22 al 28.

Capítulo IV- Deberes éticos del Juez en sus Relaciones con los Otros Poderes del Estado y Demás Órganos Constitucionales – Arts. 29 al 34.

Capítulo V- Deberes Éticos del Juez en sus Relaciones con los Medios de Comunicación y la Sociedad- Arts. 35 al 39.

Título IV

Disposiciones Orgánicas

Capítulo I- Del Consejo Consultivo del Código de Ética Judicial- Arts. 40 al 48.

Capítulo II- Del Tribunal de Ética Judicial- Arts. 49 al 51.

Título V

Del Juicio de Responsabilidad Ética

Capítulo I- De las Normas Procesales- Arts. 52 al 61.

Capítulo II- De la Resolución Ética – Art. 62 al 67.

Profundizaremos en el estudio de los Títulos IV y V referentes a la responsabilidad ética de los jueces. Los demás Títulos (I al III), han sido considerados de alguna manera en los apartados anteriores, pero conviene recalcar lo siguiente: el C.E.J. tiene por finalidad indicar los valores de la función judicial, la regulación de los deberes éticos del juez y la protección de los bienes morales de la sociedad¹³. En cuanto a su correcta interpretación, se atenderá a la finalidad de las mismas (aspecto o criterio teleológico) y la equidad, en relación con los valores exigidos por la naturaleza de la función judicial, evitándose en lo posible interpretaciones restrictivas. Se atenderán principalmente los derechos constitucionales de expresión de la personalidad y derecho a la intimidad¹⁴. Por último, someramente citaré algunos valores y deberes éticos del Juez¹⁵: **Valores judiciales**: Justicia, honestidad, independencia, idoneidad, dignidad, prudencia, responsabilidad, fortaleza, autoridad, buena fe, decoro y respeto. **Deberes éticos**: justicia, idoneidad, honestidad, independencia, imparcialidad, prudencia, responsabilidad, dignidad judicial, autoridad, fortaleza, buena fe, respeto, decoro e imagen judicial. En los siguientes capítulos, el legislador hace referencia de los deberes éticos del juez en relación a los demás: abogados y justiciables, otros colegas y funcionarios judiciales, poderes del Estado y otros órganos constitucionales, medios de comunicación y sociedad en general.

En cuanto a los dos órganos instituidos por el C.E.J.-Consejo Consultivo y Tribunal de Ética-ya han sido mencionados en la última parte del apartado a.2 (*vid. supra*). Conviene detenernos más en el procedimiento o juicio por responsabilidad ética de los jueces, que compete al Tribunal de Ética Judicial. Éste último puede acudir al Consejo Consultivo para cualquier consulta sobre la adecuada interpretación y aplicación de las disposiciones del C.E.J.

El Tribunal de Ética y el juicio de responsabilidad ética

Atendiendo a todas las consideraciones anteriores, hemos llegado al punto central en torno a la responsabilidad ética de los magistrados: el juicio que puede ser realizado con el fin de admitir o rechazar las denuncias formuladas en contra de los jueces procesados. Corresponde al Tribunal de Ética Judicial entender y

¹³ Código de Ética Judicial de la República del Paraguay, art. 4.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Código de Ética Judicial de la República del Paraguay, arts. 5-6.

resolver en estos procesos¹⁶.

En cuanto a su integración, el artículo 50 dispone que debe ser integrado el Tribunal de Ética por tres jueces que hayan ejercido la Magistratura Judicial durante quince años, como mínimo, un abogado que haya ejercido la abogacía durante veinte años, como mínimo y un docente universitario que ejerza o haya ejercido la docencia en materia de ética jurídica, deontología jurídica o filosofía del derecho durante quince años, como mínimo. En cuanto a la cantidad de años, se presume que aquellos docentes, magistrados y abogados con más antigüedad en el ejercicio profesional serán más prudentes y precisos en cuanto a sus decisiones. Para su selección debe atenderse al criterio vago de "honorabilidad notoria" ¿Qué requisitos deben operar para que pueda estimarse que un candidato para el Tribunal de Ética goza de notoria honorabilidad? ¿Cuándo puede reputarse que alguien tiene una notoria honorabilidad o deja de gozar de ella? Vemos que estos conceptos vagos, de alto contenido axiológico, pueden crear dificultades en la interpretación en relación a la designación y destitución de los miembros del Tribunal de Ética Judicial.

En la última parte del C.E.J. (Título V), está regulado el juicio por responsabilidad ética y su resolución en un total de 16 artículos, divididos en dos capítulos. El juicio consta de las siguientes etapas:

1. Inicio del proceso: Cualquier persona física o jurídica o la propia C.S.J. puede denunciar a un juez por violación de las normas éticas previstas en el C.E.J ante la Oficina de Ética Judicial. El Tribunal de Ética puede incluso actuar de oficio.

2. Investigación inicial: La Oficina de Ética Judicial realiza un examen formal, estudiando si la denuncia cumple con aspectos procesales requeridos, rechazando la denuncia "in limine" si no cumple con los requisitos procesales para su presentación.

3. Investigación preliminar: Esta etapa de investigación posterior, una vez aceptada la denuncia, sirve para ampliarla. Una vez concluida, el Tribunal de Ética Judicial debe disponer la admisión o el rechazo de la causa, siguiendo uno de dos procedimientos: uno abreviado u otro, más amplio.

Procedimiento abreviado: Se realiza por medio de una audiencia del juez denunciado, en sesión conjunta con el Consejo Consultivo y el Tribunal, con el fin de analizar los hechos y faltas que se le imputan. El Tribunal debe resolver al final, previa opinión del Consejo Consultivo.

Procedimiento de investigación amplia: En este caso, el Tribunal debe remitir una carta de consulta al juez denunciado sobre los hechos alegados en la denuncia. El juez debe responder dentro de un plazo de diez días hábiles, pudiendo presentar pruebas. La falta de respuesta puede entenderse como presunción "iuris tantum", en contra del juez. Existe amplitud probatoria en esta etapa, pudiendo admitirse toda clase de elementos probatorios.

¹⁶ Ibidem., art. 49.

Una crítica personal la formulo en relación a la opción o preferencia entre el procedimiento más abreviado y el de investigación amplia: ¿Cuál es o son los criterios que influyen o dirigen la decisión, por parte del Tribunal de Ética, por elegir un procedimiento y descartar el otro? ¿Será el contenido de la denuncia en cuanto a los hechos relatados en ella, una petición particular del denunciante en ese sentido? Aquí la ley debió haber sido más específica. En cuanto a la respuesta que debe dar el magistrado a la carta de consulta, la ley menciona que deben evitarse las “expresiones confusas”, “evasivas”, “con enojo”, “arrogancia” o “sarcasmo”. De nuevo, puede hablarse de una vaguedad de estos vocablos. ¿Cuál es el criterio para determinar cuáles expresiones son confusas y cuáles no? ¿Cuándo puede reputarse que el juez que respondió a la carta fue arrogante en sus expresiones o sarcástico? En este aspecto, las opiniones de los miembros del Tribunal de Ética pueden variar, puesto que la vaguedad semántica permite que permeen criterios subjetivos en su valoración.

Previo dictamen en modo alguno vinculante del Consejo Consultivo y el informe del Director de la Oficina de Ética Judicial, el Tribunal de Ética debe dictar una resolución en cualquiera de los siguientes sentidos:

- Rechazar la denuncia por improcedente.
- Hacer lugar a la denuncia promovida, aplicando al juez una de las siguientes medidas disciplinarias:
 1. Recomendación. Se recuerda al juez sus obligaciones éticas y se lo instruye para que mejore su conducta o adoptar otras medidas: tratamiento psicológico, medidas educacionales para capacitarlo, etc.
 2. Llamado de atención. Se lo sanciona por haber asumido conductas no éticas, advirtiéndole para que no vuelva a cometer ciertas conductas. Esta sanción puede llegar a tener carácter público en los casos graves, pero generalmente se da en el ámbito privado, al igual que las recomendaciones.
 3. Amonestación. En relación a ésta última, se anotará en el legajo del juez habilitado por el Tribunal de Ética Judicial. Es la más grave de las sanciones impartidas por el Tribunal, y se censura al juez por haber asumido conductas inaceptables que constituyen graves violaciones éticas. Esta medida sí es de carácter público y puede incluso difundirse por medios de comunicación.

Cabe señalarse de que, para la adecuada interpretación del Código de Ética Judicial, debe necesariamente leerse el Reglamento de la Oficina de Ética Judicial y Procedimientos Relativos al Código de Ética Judicial del año 2006. Sólo una interpretación de ambas normativas, en conjunto y sistemáticamente, pueden guiar al intérprete satisfactoriamente, salvo las “zonas grises” que puedan encontrarse debido a la vaguedad de ciertos vocablos como “idoneidad”, “notoria honorabilidad”, etc.

Buscando un punto de confluencia entre el Código de Ética Judicial y la ley vigente sobre enjuiciamiento y remoción de magistrados judiciales.

Consideramos que puede incluirse una disposición en la Ley N° 6814/2021, o bien alguna precisión que deje sentado que serán admitidos todos los medios de prueba que prevé el Código Procesal Civil. Otra alternativa, mucho más razonable, es que pueda ampliarse el contenido del artículo en el sentido de precisar que los expedientes formados en el marco de un juicio por responsabilidad ética ante el Tribunal de Ética Judicial puedan ser presentados como material probatorio.

Atendiendo a la cuestión de prejudicialidad estrictamente, puede ampliarse el art. 34 del mismo cuerpo normativo, cuyo fragmento transcribimos seguidamente, con un subrayado de las frases que proponemos y que no forma parte del texto de la ley:

“Artículo 34. - [...]Las resoluciones en las que consten las amonestaciones a los jueces, podrán constituir cuestión prejudicial a ser tenidas en cuenta por el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

ABSOLUCIÓN. *La sentencia absolutoria ordenará la cesación de la medida preventiva que fuera decretada, cancelará cualquier registro público o privado de antecedentes sobre el procedimiento y contendrá la manifestación de que no fue afectado su buen nombre y honor.*

SANCIÓN. *La sentencia sancionatoria podrá consistir en la remoción o apercibimiento de acuerdo al grado de reprochabilidad atribuido al enjuiciado y las circunstancias en favor y en contra del mismo.*

En caso de que en el juicio de responsabilidad se compruebe la responsabilidad funcional del enjuiciado y, además, registre dos apercibimientos previos al dictado de la sentencia, el Jurado procederá a removerlo del cargo.

En caso de que se comprueben conductas que pudieran configurar hechos punibles de acción penal pública, el Jurado remitirá todos los antecedentes del expediente al Ministerio Público, para su investigación.”¹⁷

Otra alternativa, más conforme con las pautas de una buena técnica legislativa nos permite modificar el Art. 18 de la siguiente forma (lo subrayado es nuestro):

“CAPÍTULO IV - DEL INICIO DEL ENJUICIAMIENTO. -

Artículo 18. *El litigante o profesional afectado que pretenda iniciar un enjuiciamiento ante el Jurado, deberá presentar su acusación particular personalmente o por simple carta poder a un Abogado de la matrícula o de un Defensor Público que lo haya acompañado durante el juicio de donde deriva la acusación.*

Cuando el hecho causal de enjuiciamiento resulte grave, notorio o, por su naturaleza, afecte el interés público o social, y luego de transcurrido el plazo de diez días hábiles del mismo, y si el litigante o profesional afectado no haya formulado acusación alguna ante el Jurado, la Cámara de Senadores, la Cámara

¹⁷ Ley N° 6814/2021, art. 34.

de Diputados, la Defensoría del Pueblo y/o la Fiscalía General del Estado, podrán asumir el rol de acusador dentro del plazo de los diez días hábiles posteriores al cumplimiento de aquél.

Si los referidos órganos constitucionales no asumieron el rol de acusador dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, el Jurado, dentro de los diez días hábiles posteriores y por voto coincidente de seis de sus Miembros, podrá iniciar de oficio una investigación preliminar previa o inclusive el enjuiciamiento.

Cuando el enjuiciamiento fuere de oficio, el Jurado designará por sorteo a un asesor de la Institución para que éste asuma el rol de acusador, con todas las facultades inherentes a la función de un Agente Fiscal, quien deberá formular la acusación contra el enjuiciado, conforme a lo que dispone el artículo 20 de la presente ley.

El trámite para la excusación o recusación con causa del Fiscal Acusador será el establecido para los Jueces en el Código Procesal Penal.

Los plazos establecidos en este artículo transcurrirán sin perjuicio de lo establecido en la última parte del artículo 11 de la presente ley.

Las resoluciones del Tribunal de Ética en las que consten una amonestación al juez pueden constituir cuestión prejudicial a ser consideradas por el Jurado; [...]¹⁸

Dejamos a consideración del lector sus conclusiones finales acerca de dónde ubicar *sedes materiae* a las resoluciones por parte del Tribunal de Ética en las que consten una amonestación a los jueces: ¿Como elementos o medios probatorios? (algo que parece más evidente). ¿Las ubicamos entre las disposiciones generales que rigen el proceso, concretamente el artículo 18 de la Ley N° 6814/2021? ¿O mejor sería ampliar el artículo 34 sobre el contenido de las sentencias definitivas del Jurado de Enjuiciamiento para hacer mención de la cuestión prejudicial? Es un debate que puede resolverse mediante una buena técnica legislativa.

Conclusiones

Como colofón, citamos al gran teórico del derecho Manuel Atienza, quien afirmó que *no puede haber buen derecho con malos jueces*, y la historia ha puesto como estandartes de ejemplo del buen actuar judicial a magistrados como el francés Paul Magnaud, quien en un juicio optó por volcar la balanza a favor de una justicia material, fundando su decisión en favor de la equidad al absolver a una mujer famélica quien hurtó un pedazo de pan para alimentar a su hijo. No deberían de ser desestimadas de ningún estudio sobre deontología, moral o ética consideraciones sobre la responsabilidad profesional, puesto que toda ética tiene como meta dirigir el buen obrar dentro de la profesión. Si pudimos ofrecer más herramientas para entender conceptos como ética del magistrado, su res-

¹⁸ Ibidem., art. 18.

ponsabilidad ante los demás y ante la sociedad, una mejor comprensión sobre el contenido del Código de Ética Judicial y de la ley que regula el procedimiento de enjuiciamiento de magistrados, habremos cumplido con nuestro cometido básico, ya postulados en la introducción de este artículo.

Si dejamos abierto el ventanal del debate jurídico que permita aquella brisa esperanzadora de las leyes puestas en práctica bajo el campo de la más amplia libertad de debate, estaremos aún más satisfechos, pues el anhelo que nos motivó a realizar este trabajo fue el de permitir una mayor reflexión sobre nuestra legislación vigente en relación a la responsabilidad judicial. Es el juez el operador por excelencia de nuestras leyes e imparte la justicia en los casos concretos. Siguiendo a aquella gran lumbrera del pensamiento filosófico, en suma, de la sabiduría que fue el gran Aristóteles: "No es la forma de gobierno lo que constituye la felicidad de una nación, sino las virtudes de los jefes y de los magistrados". Esta es la meta a la que debemos aspirar, y para ello es crucial una legislación sistemática y, sobre todo, más eficaz en relación al contralor sobre la conducta del juez.

REFERENCIAS.

- ARISTÓTELES. "Ética a Nicómaco". Gallach Palés, Francisco. (Trad.). S.E. Madrid. 7. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/767-etica-a-nicomaco>.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. "Transparencia, ética pública y combate a la corrupción. Una mirada constitucional", UNAM, México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2785-transparencia-etica-publica-y-combate-a-la-corrupcion-una-mirada-constitucional>
- DEL VECCHIO, Giorgio. 1947. *Filosofía del Derecho*, Madrid, España: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. 1990. *Poder Judicial y Responsabilidad*. Madrid, España: La Ley.
- KRISKOVICH DE VARGAS, Prof. Dr. Esteban Armando (Dir.) y VV.A.A. 2010. *Manual de Ética y Deontología de las Profesiones Jurídicas*. Asunción, Paraguay: Atlas Editorial.

- NINO, Carlos Santiago. 1983 *Introducción al Análisis del Derecho*. 3ra reimpresión en marzo de 2016. Buenos Aires, Argentina: Ariel Derecho.
- NAVA RODRÍGUEZ, María Angélica. "La responsabilidad del Estado en la Función Judicial". *Ciencia Jurídica, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato*, Año 1, N° 1, 143-160.
- RON LATAS, Ricardo Pedro y José Fernando Lousada Arochena. "La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados", junio de 2015. http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16836/AD_2015_19_art_17.pdf?sequence=1
- SALDANA SERRAÑO, Javier (comp.), Juan Díaz Romero (autor). "Ética Judicial" en "Ética Jurídica (segundas jornadas)", Ed. Flores, UNAM, México, 185-196. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3970-etica-juridica-segundas-jornadas>.
- ZAN, Julio D. "La ética, los derechos y la justicia", 19-43 y 59. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2228-la-etica-los-derechos-y-la-justicia>.
- CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY.
- CÓDIGO DE ÉTICA JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY (Acordada de la C.S.J. N° 390/2005), Oficina de Ética Judicial, Asunción.
- LEY N° 3759/2009 "QUE REGULA EL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO Y REMOCION DE MAGISTRADOS Y DEROGA LAS LEYES ANTECEDENTES". <http://www.cej.org.py/files/LEY3759.pdf>.
- REGLAMENTO DE LA OFICINA DE ÉTICA JUDICIAL Y PROCEDIMIENTOS RELATIVOS AL CÓDIGO DE ÉTICA JUDICIAL, 2006. http://www.pj.gov.py/descargas/ID4-33_reglamento_de_la_oficina_de_etica1.pdf.



revistajurídica

DERECHOS HUMANOS



EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE LA MUJER EN PARAGUAY

María Paula Pérez Vazquez¹

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo exponer el proceso evolutivo de los derechos civiles y políticos de las mujeres en Paraguay, revelando la manera en la que ellas se vuelven jurídica y socialmente relevantes a través del tiempo. Para ello, los distintos contextos históricos, así como los cuerpos normativos vigentes en cada uno de ellos son considerados. Indefectiblemente, se centra, además, en el rol de la mujer dentro de sus familias y matrimonios, de tal manera de ilustrar que, a través de su desarrollo dentro de estas instituciones, ellas progresivamente adquieren su libertad y emancipación, para finalmente ganar la tan anhelada igualdad jurídica.

PALABRAS CLAVE: mujer – Paraguay – derechos civiles – derechos políticos – emancipación – igualdad – Código Civil.

ABSTRACT: The present article aims to expose the evolutionary process of civil and political rights of women in Paraguay, revealing the way in which they become legally and socially relevant over time. In order to do so, different historical contexts as well as the respective normative bodies in force in each of them are considered. Unfailingly, it focuses on a large part on the role of women inside their families and marriages, as a way of showing that through their development within these institutions, they progressively acquire their freedom and emancipation, to finally gain the so longed legal equality.

KEYWORDS: women – Paraguay – civil rights – political rights – emancipation – equality – Civil Code.

Inicio

Cuenta la leyenda de la “India Juliana” cuyo relato data de mediados del siglo XVI justo después de la fundación de Asunción. Juliana, el nombre católico que le fue asignado a esta mujer, era la hija del cacique de su pueblo, cuya tradición oral lo sitúa rodeado de los ríos Tebicuary, Manduvira y Paraguay. Como muchas mujeres nativas de la época, Juliana y sus hermanas fueron entregadas (o vendidas) a los colonos europeos dentro del esquema esclavista vigente en la época, del cual los colonos se enriquecían a costa de la explotación laboral y sexual de los nativos.

Un jueves santo, harta de los abusos cometidos por el sistema instaurado y por su amo (su esposo, según la tradición), ella decide matarlo. Las versiones de cómo murió este señor español llamado Nuño Cabrera varían, pero lo cierto es que dan cuenta que Juliana se jactaba de lo cometido con sus demás compa-

¹ Alumna del cuarto curso de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Dactilógrafa en juzgado civil y comercial de primera instancia. Colaboradora de la Revista Jurídica (2022). Miembro Suplente de la Revista Jurídica (2023).

ñeras en un intento de que las demás se subleven contra los abusos que sufrían por parte de estos hombres. Cabeza de Vaca, adelantado de Asunción en aquel entonces, se entera del hecho y ordena su ejecución como castigo y advertencia a las demás mujeres a fin de apagar cualquier idea de actuar del mismo modo. ¿Realmente existió la India Juliana? No sabemos, pero lo cierto es que su historia se cuenta como una de las primeras sublevaciones contra el régimen colonial y los abusos cometidos hacia las mujeres y hombres guaraníes. ¿Heroína o revolucionaria?

La historia de nuestro país está colmada de brillantes y valientes mujeres que marcaron – y siguen marcando – huellas indelebles en las diversas áreas en las que se desempeñaron y desempeñan, sin embargo, como expresa la historiadora Milda Rivarola, *“las mujeres en el Paraguay tienen una historia oficial y otra anónima, donde aparecen y desaparecen conforme a un determinado momento política-social”*². Es así que *la discriminación de las mujeres es tan antigua que no se guardan ya recuerdos de cómo ha comenzado*³, y la situación de la mujer paraguaya en nada varió de las demás del mundo. Tanto las leyes como la sociedad la veían incapaz de hecho y de derecho, pues muchos de ellos, así como los puestos de poder, labores, estudios, libertades económicas y otras cosas más que en el presente gozamos, fue en un momento verdaderamente inimaginable para una mujer. Por ello es que Graziella Corvalán señala: *“cuanto más conocemos el pasado, más aprovechamos y gozamos del presente y mas nos preparamos para la construcción y disfrute de un futuro mejor”*⁴.

Época Pre colonial

Las instituciones del matrimonio y la familia existían ya dentro de las sociedades primitivas de la región. Desde tiempos intrazables, la mayoría de ellas se organizaba en una línea patriarcal, siendo la máxima autoridad un cacique o un paterfamilias. Pese a ello, la mujer indígena ocupaba un rol implacable en la sociedad. Era bien sabido que como ellas eran las encargadas de traer hijos al mundo y así expandir la tribu, su papel era fundamental para la expansión del poder de la tribu. La fecundidad de las mujeres era sumamente protegida y respetada. Existe además información que explica que la mujer gozaba de derechos privados, pudiendo ser remplazada en sus roles del hogar y conyugales llegada cierta edad – es decir un cierto régimen de jubilación primitivo- sobre el cual el marido no podía oponerse. Así también estas tenían derecho a ocupar el cargo de “cacique” o de “*machu*”, cargos primitivos de autoridad.

Sin embargo, más que nada, la labor de la mujer indígena consistía en criar, cuidar y alimentar a los hijos, así como la preservación del hogar. La mujer adquiere mayor valor dentro de sus respectivas sociedades cuando la utilizan como medio de cambio en las relaciones comerciales primitivas. La misma se hallaba equiparada a un objeto, porque era intercambiada con otras tribus o clanes en contraprestación de objetos de materiales.

² Marín, María Inés “La Mujer Política en el Paraguay”, 31.

³ Bareiro, Line, Monte, Mary, Clyde, Soto. Las Alquimistas, Centro de Documentación y Estudios (Asunción, 1993), 12.

⁴ Corvalán, Graciela, “Feministas”, 11.

Época Colonial

Durante la época colonial, los conquistadores españoles trajeron consigo no solo las Leyes que regían los reinos europeos como ser las Cédulas Reales, el Código de las Siete Partidas, o la posterior Recopilación de Indias, sino también a las damas españolas, lo cual en conjunto cambió por completo la vida de la Provincia del Paraguay.

Por un lado, ninguna de las leyes vigentes en la colonia se ocupaba específicamente de los derechos o roles impartidos a las mujeres dentro de la sociedad. Mas bien, les asignaba los papeles domésticos y familiares, con escasas excepciones. Por otro lado, las damas españolas ocupaban un lugar de privilegio, seguidas por las criollas, luego por las mestizas, y finalmente por las mujeres indígenas. Es así que su llegada dejó a la mujer nativa en el último escalón dentro de la pirámide jerárquica de la sociedad, tan discriminada que hasta hoy día sus secuelas no se pudieron enmendar.

En aquel entonces, la Iglesia era la máxima autoridad y por ende dueña de la regulación de las relaciones entre los sexos: el matrimonio. Se consideraba a la mujer como inferior al hombre en todo sentido, adscripta al varón; de sus esposos o de sus amos. No eran sujeto de derecho y se encargaban de la reproducción, cuidado del hogar, hijos y demás labores del hogar.

Con la Revolución Francesa a fines del siglo XVI, nacen las primeras revoluciones de la mujer en donde estas reivindicaron sus derechos en grado de igualdad⁵. La Revolución instauró ideas liberalitas, repartiendo aires independentistas a las demás naciones que con ansiaban emanciparse y proclamarse libres de sus colonizadores.

El triunfo de la revolución con el lema "Libertad, Igualdad y Fraternidad", y como consecuencia directa se consagra la libertad e igualdad del hombre. En su tesis Humanismo, la Dra. Serafina Dávalos⁶ criticaba que: "*la revolución francesa proclamo la libertad del hombre; pero se olvidó de la libertad de la mujer.*"⁷ Del mismo modo, la Constitución Liberal de 1870 - inspirada por las ideologías liberales surgidas de la Revolución Francesa - ignoraba totalmente a la igualdad y derechos de ciudadanía de la mujer. Si bien la nueva constitución, por ejemplo, establecía el sufragio universal bajo el único requisito de haber cumplido 18 años, el requisito no escrito era además ser del sexo masculino, pues en la práctica las mujeres no sufragaban. Del mismo modo, el Artículo 26 de la Carta Magna establecía que: "la Nación Paraguaya no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento, no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos los

⁵ Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana de 1791

⁶ Serafina Dávalos (1883-1957) fue la primera abogada del Paraguay, quien incluso fue miembro del Tribunal Superior de Justicia, instancia más alta del Poder Judicial en su momento. En su tesis doctoral, hace importantes críticas al sistema legislativo y cultural vigente que tan ilógicamente otorgaba derechos al hombre que la mujer no poseía. La obra tuvo gran repercusión y al respecto me adhiero a las palabras de Josefina Pla: "quien lee a ese libro lee a una mujer paraguaya de cuerpo y alma". (Redacción propia)

⁷ Dávalos, Serafina Humanismo. (Asunción, 1907), 12.

habitantes son iguales ante la ley y son admisibles a cualquier empleo sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas." La Dra. Dávalos criticaba que, a pesar de esta declaración categórica, la ley conserva aun las prerrogativas de nacimiento cuando tiene en cuenta el haber nacido aron o mujer para gozar o no de los derechos consagrados en la Constitución, y del mismo modo establece fueros personales cuando por razón de sexo rompe a igualdad concedida a todos los habitantes de la Nación Paraguaya, haciendo jugar a la mujer un papel indigno en el contrato social más importante⁸.

La Posguerra y La Codificación

En Francia, con el Código de Napoleón, nacen también las primeras codificaciones tal como las conocemos hoy. En consecuencia, en lo que respecta a la legislación civil en el Paraguay, la falta de capacidad y la corta cantidad de hombres que se dedicaban a la política tras la cruel guerra de la Triple Alianza, llevó a la adopción de la una codificación extranjera: el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield.

Merece la pena hacer una breve mención al papel trascendental de la mujer paraguaya tanto durante la Guerra de la Triple Alianza, como después. Es de popular saber que las mujeres asumieron el cuidado del hogar, de la familia, de las chacras, de la confección de ropas e insumos para el ejército, hicieron de enfermeras, de cocineras, mientras que los varones se ocupaban de defender la patria. No podemos olvidarnos del histórico acontecimiento de la donación de joyas y alhajas en 1868 frente a lo que hoy día es la Catedral, por parte de las mujeres paraguayas en un intento de ayudar a la financiación de la guerra. Es importante entender que la mujer no podía poseer bienes en aquel entonces, por lo que tiene un simbolismo especial el hecho de haber donado casi lo único que podían comprar, vender y poseer con total libertad: sus joyas.

La mujer paraguaya es reconocida internacionalmente por ser la encargada de "reconstruir el país" tras la finalización de la guerra, teniendo en cuenta que la población masculina quedó totalmente diezmada. Es así que las mujeres se encargaron del comercio, de la tierra, de la faena y por supuesto de la repoblación, al haber cuatro mujeres por cada varón. El historiador paraguayo muy bien se acopla a lo ya mencionado por Milva Rivarola cuando dice que "en un país reconstruido por mujeres, nuestra historia no las recuerda⁹." Es en momentos de gran conmoción política o social donde ellas adquieren protagonismo, para luego volver a desaparecer tras los telones del escenario principal. Como es de esperarse, los puestos de poder y la toma de decisiones, así como la redacción y adopción de los nuevos textos normativos a inicios del siglo XX estuvo reservada a los hombres.

⁸ Dávalos, Serafina Humanismo, (Asunción, 1907), 26.

⁹ Ana País, "La fascinante y olvidada historia de las mujeres que donaron sus joyas para financiar al ejército de Paraguay en la Guerra de la Triple Alianza - BBC News Mundo", BBC News Mundo, 22 de diciembre de 2017, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-41582324>.

Las instituciones del matrimonio y la familia, así como los roles de cada cónyuge entre sí y ante la sociedad, fueron plasmadas en el Código argentino con base en las costumbres ya existentes en la región y el derecho consuetudinario. La situación de la mujer se mantuvo desventajosa, discriminatoria e inferior en comparación al hombre, así que poco y nada cambió respecto a la situación de la mujer de la colonia.

La mujer casada era considerada incapaz de derecho y, de hecho, incluida dentro de la categoría de incapaces en el Art. 55 del código, siendo su representante el marido. Este tenía la potestad de elegir el domicilio conyugal, ejercía la patria potestad de los hijos¹⁰ y administraba los bienes del matrimonio¹¹. La mujer no estaba habilitada para estar en juicio¹² sin autorización del marido, ni ejercer industria, profesión¹³, comercio o celebrar contratos¹⁴ sin su consentimiento. Incluso, si este decidiera revocar la autorización concedida a su mujer, podría hacerlo en cualquier momento¹⁵, sin justificación de causa. Si bien la mujer podía adquirir bienes, no podía administrarlos ni disponerlos. Era el marido el jefe y dominante dentro del matrimonio y los bienes que lo comprenden, y este debía responder por cualquier obligación contraída por su mujer¹⁶.

Luego surgieron otras normas legislativas que poco y nada incidieron en los derechos civiles de la mujer. Por un lado, la adopción de la cuarta reforma del Código de Vélez, La Ley del Registro del Estado Civil de 1914 y la Ley del Matrimonio Civil de 1898 que netamente convirtió al matrimonio en una institución dependiente de la ley y no de la iglesia. Como ejemplo, criticaba la Dra. Dávalos el Art. 53¹⁷ de la última Ley, preguntándose ¿Por qué ese afán de la ley de hacer del marido un autócrata que haga y deshaga todo a su antojo en el matrimonio, sin tener en cuenta para nada la voluntad de la esposa?¹⁸

De igual manera, cabe resaltar la importancia del Código Argentino que estuvo vigente por más de un siglo en nuestro país, antes de contar con nuestro código propio.

Inicios del Siglo XX

Es recién en la segunda década del siglo XX donde surgen los primeros proyectos de ley en busca de la igualdad jurídica y política de las mujeres. En un

¹⁰ Código Civil de Vélez-Sarsfield Año 1869 adoptado en Paraguay en 1877, art. 264

¹¹ Código Civil de Vélez-Sarsfield Año 1869 adoptado en Paraguay en 1877, art. 52

¹² Código Civil de Vélez-Sarsfield Año 1869 adoptado en Paraguay en 1877, art. 55

¹³ Código Civil de Vélez-Sarsfield Año 1869 adoptado en Paraguay en 1877, art. 54

¹⁴ Código Civil de Vélez-Sarsfield Año 1869 adoptado en Paraguay en 1877, art. 55

¹⁵ Código Civil de Vélez-Sarsfield Año 1869 adoptado en Paraguay en 1877, art. 61

¹⁶ Código Civil de Vélez-Sarsfield Año 1869 adoptado en Paraguay en 1877, art. 121 y 130

¹⁷ Artículo 53 de la Ley del Matrimonio Civil de 1898: "La mujer está obligada a habitar con su marido donde quiera que éste fije su 'residencia. Si faltase a esa obligación, el marido puede pedir las medidas judiciales necesarias y tendrá derecho a negarle alimentos. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esta obligación cuando de su ejecución resulte peligro para su vida."

¹⁸ Dávalos, Serafina Humanismo (1907), 26.

primer intento, el diputado colorado Telémaco Silvera¹⁹ toma la iniciativa en 1919 y sin éxito alguno, lo sigue el diputado liberal Antonio Sosa²⁰ en 1929. El tratamiento de este último se postergó, luego vino la Guerra del Chaco, y finalmente fue ignorado por ese motivo. Es durante esta guerra que las mujeres, de igual forma que la Guerra de la Triple Alianza, tienen un rol fundamental y salen de las bambalinas para reaparecer con carácter secundario en el escenario bélico.

Es en 1936 que nace un movimiento social sustancial para la obtención de los derechos civiles y políticos de la mujer: la Unión Femenina del Paraguay. Sin embargo, sus intentos de presentar nuevos proyectos de ley que aboguen por la igualdad de la mujer y el varón se vieron pausados por el inestable régimen político y el subsecuente establecimiento del régimen dictatorial de Higinio Morínigo. Si bien en 1940 el presidente José Félix Estigarribia promulga una nueva Constitución, el único artículo que hace mención a la mujer es el Art. 23, que dice que: *“los derechos civiles de la mujer serán regulados en la ley, atendiendo la unidad de la familia, la igualdad de la mujer y el hombre y la diversidad de sus respectivas funciones en la sociedad.”* Correspondía de ese modo, indefectiblemente, una reforma de la Ley civil vigente.

Dictadura

En un intento de visibilizar los derechos de la mujer en materia legislativa, por primera vez se crea una ley especial para el efecto: la Ley No. 236/54 De los Derechos Civiles de la Mujer, o en palabras del Dr. De Gásperi: *“la ley mal llamada de los derechos civiles de la mujer”²¹*. Criticaba además el reconocido e implacable jurista que la ley era inconstitucional por transgredir en primer lugar, la igualdad consagrada en el Artículo 7 de la carta magna, así como los Artículos 4 y 6 de la misma al contradecirse con lo convenido por la Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer, ajustada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá y ratificada por la Ley No. 104/51 del Paraguay, cuyo primer y único artículo de la Carta de las Naciones Unidas estatuye que: *“Los Estados americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles que goza el hombre.”*

Ya en el año 1952 resuena fuertemente la necesidad de reformar la legislación civil en lo que concierne a la capacidad civil de la mujer, siendo dicha reforma exigida por diversos centros culturales femeninos y teniendo en cuenta el carácter ortodoxo²² del Código Argentino vigente ya hace setenta y cinco años. Es así que se publica en la prensa un anteproyecto de ley de derechos civiles de la mujer redactado por el Dr. Manuel B. Mongelos que ya había sido presentado ante la Cámara de Representantes. De Gásperi explica que la misma *“era una copia tenuemente modificada de la ley argentina No. 11.357”* y que además está *“había sido acerbadamente criticada por su falta de sistema”²³* por figuras des-

¹⁹ Proyecto de Ley sobre la Igualdad Política y Civil de las Mujeres.

²⁰ Proyecto de Ley por la igualdad de Derechos entre las Mujeres y los Varones en Paraguay.

²¹ De Gásperi, Luis, La Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado, (Asunción – Buenos Aires: Servilibro, 1957) Proemio.

²² De Gásperi, Luis, La Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado, (Asunción – Buenos Aires: Servilibro, 1957), 55.

²³ De Gásperi, Luis, La Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado, (Asunción – Buenos Aires: Servilibro, 1957), 57.

tacables del derecho civil argentino.

De este modo, por decreto se constituye una Comisión para la redacción del anteproyecto, quedando rechazado el presentado por el Dr. Mongelos de forma implícita. El Dr. De Gásperi fue miembro de esta comisión, ad honorem, junto con el Dr. J. Augusto Saldívar y el Dr. Mongelos, nuevamente.

Si bien la Ley No. 236/54 tuvo la expectativa de ser innovadora, dejó mucho que desear. Sufrió cambios mínimos en cuanto a lo estipulado por la legislación vigente inmediatamente anterior. Lo más llamativo es la forma en la que posiciona a la mujer casada en una total incapacidad de hecho, equiparándola jurídicamente a un menor de edad. En la breve exposición de motivos del anteproyecto, explican los juristas que la labor conferida a los mismos *“mira a la coherencia reclamada dentro de un todo orgánico por las normas reguladoras de la igualdad de derechos y la capacidad civil de la mujer mayor de edad casada, en el matrimonio, tanto lo que hace a sus relaciones personales de familia, cuanto a lo atinente al régimen legal de sus bienes, así en el ámbito doméstico, como fuera de él, respecto de terceros.”*²⁴ En ese orden de cosas, expresaba también que *“si se ha de admitir la igualdad civil de la mujer casada con el hombre, no es posible obligarla a incorporar sus bienes propios en una entidad económica con el engañoso aspecto de “sociedad”, en la que ella no tiene voz ni voto, y en la que el hombre, que bien podría ser insolvente y de conducta nada recomendable, le corresponde la parte del león, sin más título que su sexo”*²⁵. Es así que este anteproyecto consagraba la plena igualdad civil de los hombres y las mujeres, siendo para la época totalmente innovador y adelantado. A modo de ilustración, el art. 2²⁶ del mencionado anteproyecto establece que: *“la mujer casada tiene idénticos derechos civiles y la misma capacidad del hombre mayor de edad para administrar, contratar sobre sus bienes propios y reservados, frutos y acciones y el producto de sus actividades y disponer a título oneroso de ellos; ejercer las acciones u oponer las excepciones que correspondan a dichos bienes, sin que para tal objeto necesite la autorización de aquel, salvo lo que ambos estipulen en sus capitulaciones matrimoniales, o que ella sea menor de edad, caso en el cual y solo para los actos de disposición o gravamen necesitara de la venia de su marido si este fuese mayor de edad, o la del juez, si fuese menor de edad, o le fuese arbitrariamente negada la venia que le fuere menester.”*, atendiendo la necesidad de concordarse a lo establecido por la Carta Magna vigente en aquel entonces. Para la sorpresa de De Gásperi, este anteproyecto no fue utilizado, por lo que el mismo se ha desligado de toda responsabilidad lanzando a su vez un libro de explicación y crítica de la ley mencionada, titulada: *“De la Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado”*.

De ese modo, el primer artículo del proyecto finalmente sancionado por la Ley N° 236/54 dictaba que la mujer mayor de edad tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre de edad, plasmando una ilusión de igualdad entre los sexos y contradictoriamente

²⁴ De Gásperi, Luis, *La Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado*, (Asunción – Buenos Aires: Servilibro, 1957), 61.

²⁵ De Gásperi, Luis, *La Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado*, (Asunción – Buenos Aires: Servilibro, 1957), 61.

²⁶ De Gásperi, Luis, *La Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado*, (Asunción – Buenos Aires: Servilibro, 1957), 70.

el mismísimo artículo aclara que cuando se refiere a las “mujeres” se encuentran en esta clasificación: a) la mujer soltera, b) la mujer divorciada; y, c) la mujer viuda. De ese modo, las mujeres se hallaban emancipadas de la potestad del hombre solamente en el caso que ellas no estén casadas, pues a la mujer casada se encuentra en un estado de sumisión ante su marido. Entonces, mientras la mujer no está casada es cuando ella si ella goza de la igualdad en cuanto a ciertos derechos y funciones civiles que goza el hombre, quedando así su capacidad casi totalmente equiparada al hombre mayor de edad.

En lo que sigue de la ley, se ven estampadas contradictorias limitaciones a esa igualdad consagrada en el Artículo 5. En consecuencia, la Ley requería de la conformidad de ambos cónyuges para que la mujer pueda realizar una serie extensa de actos enumerados y de gran importancia dentro de la sociedad. Lo que en realidad se modificó aquí es la dicción, la elección de palabras. Si bien el Código de Vélez exigía la autorización del marido para que la mujer pueda realizar ciertos actos y en otros se encontraba totalmente impedida, la utilización de la frase “consentimiento de ambos cónyuges” es nada más un eufemismo para disfrazar la continuidad de la sumisión de las esposas a su marido, que aún necesitaban su autorización -llámese consentimiento- para la realización de ciertos actos. Esto se suma a que el marido no precisa del consentimiento ni conformidad de la esposa para realizar los actos que se mencionan en el siguiente apartado.

Mientras la mujer necesitaba de la conformidad y consentimiento de su marido para realizar ciertos actos, no era así del otro lado, como por ejemplo en: (i) el ejercicio de profesión, industria o comercio por cuenta propia, así como la realización de trabajos fuera de la casa común; (ii) el ofrecimiento de servicios de locación; (iii) la aceptación de donaciones o herencias sin beneficio de inventario, así como las renunciaciones a las herencias o legados; (iv) la constitución de sociedades; (v) la disposición de actos entre vivos a título gratuito, de sus bienes reservados²⁷. Igualmente, en un intento de abrir una ventana de alivio, la Ley otorga la posibilidad de que la mujer casada solicite esta autorización al Juez competente, pero la misma dice que éste la otorgará en el caso de que la misma responda a las necesidades o intereses del hogar²⁸. La mujer casada se ve nuevamente encasillada dentro de las labores domésticas en el caso de que el marido no preste su consentimiento para la realización de los actos citados. Entonces, estas disposiciones claramente discrepan con lo dispuesto en el Art. 5 de la misma Ley. Así también se encuentra contradicho lo dispuesto por el Art. 36: “La mujer tiene la facultad exclusiva de administrar sus bienes reservados, disponer de ellos a título oneroso y adquirir otros bienes a cambio de los mismos o de su importe.” Se demuestra así que la Ley N° 236/54 no fue bien pensada ni redactada, prestándose a diversas confusiones en un intento de “proteger” jurídicamente a la mujer.

Al respecto de los bienes reservados de la mujer, todavía resultaba nece-

²⁷ La Ley establece en su Art. 21 que la determinación de que bienes entrarían en los bienes reservados de la mujer debe realizarse dentro de las convenciones matrimoniales.

²⁸ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 7

sario asignarlos como una categoría dentro de las clases de bienes dentro de la comunidad, además de los bienes propios de cada cónyuge y los bienes gananciales. Dentro de los bienes propios de cada uno encajan los adquiridos por herencia, legado, donación o antes de la celebración del matrimonio. Pero, se establece en el cuerpo normativo de referencia que, los bienes recibidos por herencia, legado o donación por parte de la mujer, serán reservados si fue así dispuesto por el testador o donante²⁹. Entonces, todos los bienes de la comunidad, sean propios o gananciales, se hallan en manos del marido³⁰, menos estos bienes reservados. Solamente pueden pasar éstos a la administración de la mujer en defecto de la posibilidad del marido de administrarlos: cuando éste se declarase ausente o cuando la esposa sea declarada curadora de su marido³¹. En lo que respecta al domicilio, por ejemplo, se establece que el mismo debe establecerse conforme consentimiento de ambos cónyuges nuevamente, pero que, en caso de desacuerdo entre estos, prevalece la decisión del marido³².

La mujer casada, desde entonces, no necesitaba el consentimiento de su esposo para disponer a título oneroso de sus bienes reservados, para invertir los frutos de estos, los provechos obtenidos por su trabajo, ni el comercio que ella misma está encargada de administrar³³. Se introdujeron también cambios en cuanto a la facultad de gozar de la patria potestad de los hijos³⁴, de ejercer la tutela legítima de los hermanos menores, la curatela legítima del padre o la madre incapaz, así como también la posibilidad de ser testigos e instrumentos públicos³⁵. Por otro lado, la mujer tampoco necesitaría del consentimiento de su marido para disponer a título oneroso los bienes reservados exclusivamente³⁶ para ellas como ser: los bienes que recibió en concepto de herencia o legado (con los requisitos ya mencionados), los que adquiriera durante la unión mediante su trabajo separado (al del marido), dentro o fuera del ámbito doméstico, los que adquiriera en el ejercicio de un derecho que sea inherente a sus bienes reservados, los adquiridos mediante indemnización de daños o en virtud a un acto jurídico referente a esos bienes,³⁷. A partir de la ley en cuestión, las mujeres podían estar en juicio por cuestiones civiles o criminales sin consentimiento del marido, un paso importante para la independencia jurídica del sexo femenino³⁸. La mujer viuda que se vuelve a casar ya conserva la patria potestad de sus hijos menores del matrimonio anterior³⁹ entonces mantiene así el usufructo legal de los bienes de sus hijos menores⁴⁰.

Por otro lado, tanto el marido como la mujer responden con sus propios

²⁹ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 31 inc. 3 Art. 31 inc. 3

³⁰ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 33

³¹ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 35

³² De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 18

³³ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 10

³⁴ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 2

³⁵ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 3

³⁶ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 10

³⁷ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 31

³⁸ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 14

³⁹ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 15 inc. 1

⁴⁰ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 31

bienes a las obligaciones contraídas antes y después de la celebración del matrimonio, jamás con los bienes del otro o los bienes de la comunidad. Así, los bienes de la comunidad para la subsistencia de la familia y el hogar estaban protegidos de cierto modo, por más de que los administrase el marido⁴¹. Entonces, el marido en calidad de administrador puede realizar sobre los bienes de la comunidad actos de gestión administrativa y actos de disposición, en donde necesita la intervención de la esposa, no así para los primeros. Se deja de significar que los daños nacidos de las obligaciones contraídas por la esposa deben ser respondidos por su esposo, emancipándola jurídicamente, en ese sentido. Para concluir, la última parte de la Ley habla sobre la disolución de la comunidad, otorgando a cualquiera de los esposos la potestad de solicitar la disolución y liquidación de la misma sin expresión de causa⁴². Y así, finaliza que una vez disuelta la comunidad y devuelto los bienes que la pertenecen, la mujer recobra además el pleno ejercicio de sus derechos civiles sin depender de autorización alguna⁴³.

La mujer paraguaya adquiere reconocimiento político por primera vez tras la promulgación de la Ley No. 704 del año 1961. Tras décadas de continuos reclamos, se instaura el derecho al sufragio para ambos sexos, sin distinciones. La misma es corta, con solamente tres artículos. El primero, transcrito dice: *“Reconocerse a la mujer los mismos derechos y obligaciones políticos que al hombre”*. Esta ley otorga a la mujer el derecho al sufragio, siendo el último país americano en hacerlo. La ciudadanía, anterior a ella, estaba reservada solamente a los varones. Las mujeres son ciudadanas recién hace aproximadamente 62 años atrás.

El derecho al sufragio fue impulsado, en mayor medida, por la Liga Paraguaya Pro Derechos de la Mujer, fundada en 1951. Dicha entidad fue conformada por mujeres en su mayoría abogadas y aliadas al Partido Colorado. Su primera presidenta, por ejemplo, fue representante de Paraguay ante la Comisión Interamericana de Mujeres: Concepción Rojas Benítez. El periódico *“El Feminista”* fue el vocero oficial de la Liga. La obtención de derechos políticos para las mujeres durante la dictadura Stronista resulta un tanto contradictoria, pero existen fuentes⁴⁴ que mencionan que esta ley ayudó al régimen a mostrar credenciales democráticas y sostener el discurso modernizador de *“paz y progreso”*. Además, la Liga tenía lazos tan fuertes con el partido colorado, al punto que Ligia Mora de Stroessner, esposa del dictador, fue nombrada como presidenta honoraria de la misma.

Las primeras mujeres que tuvieron acceso a un cargo electivo en el año 1963, fueron las senadoras Dolores de Miño y Bienvenida Sánchez del Partido Colorado. Las siguió Carmen de Lara Castro del partido de la oposición (PLRA) que ocupó los cargos de Diputada Nacional por dos periodos, desde 1968 hasta 1978, y de Senadora Nacional desde 1989 hasta 1993.

⁴¹ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, arts. 37 y 38

⁴² De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 43

⁴³ De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54, art. 48

⁴⁴ Duarte Sckell, Jazmín *“Obtención de derechos civiles y políticos para mujeres en Paraguay durante la dictadura de Alfredo Stroessner”*.

Pese a ello, la participación política de la mujer se mantuvo aún limitada y mucho más la toma de puestos de poder. Entre las limitaciones se encuentran tanto obstáculos personales como obstáculos externos. Por un lado, la inseguridad, el medio de involucrarse en el ámbito público, así como los prejuicios y la dominancia masculina en el ámbito político fueron motivos para que la mujer decida no meterse en política. Además, existe una doble carga de trabajo y labores de la política, que vienen de la mano con sentimientos de culpa al abandonar roles tradicionales. Por otro lado, existen obstáculos en cuanto a la falta de voto femenino a candidatas femeninas, es decir solidaridad entre mujeres, así como la falta de vínculos y medios económicos para organizarse y solventar sus postulaciones.

Sin entrar en mucho detalle sobre la Constitución de 1967, es menester resaltar que en su Art. 51 se introduce un importante cambio en materia legislativa en lo pertinente a la situación civil y jurídica de la mujer, que transcrito dice: “Esta Constitución consagra la igualdad de derechos civiles y políticos del hombre y de la mujer, cuyos deberes correlativos serán establecidos en la ley, atendiendo los fines del matrimonio y a la unidad de familia”. Esto fue puesto en vigencia mientras la Ley No. 236 seguía en vigencia.

Código Civil Paraguayo

En 1987 empieza a regir el Código Civil Paraguayo, basado en el anteproyecto del Dr. Luis De Gásperi: la Ley No. 1183/85. Esta nueva Ley introdujo también nuevas figuras jurídicas, como por ejemplo la separación jurídica de los cónyuges de común acuerdo. Anteriormente, el vínculo matrimonial no se disolvía por la separación de cuerpos. Además, ya no se le clasifica a la mujer dentro de una categoría de incapacidad⁴⁵. El domicilio conyugal es establecido de común acuerdo⁴⁶ entre el marido y la mujer. Consagra a su vez que, dentro del matrimonio, la mujer y el hombre tienen los mismos derechos y la misma capacidad, limitando a lo que deriva de la unidad de la familia y la diversidad de sus respectivas funciones en la sociedad⁴⁷. La mujer a partir de entonces, puede además otorgar mandato a su marido, dar fianza para obtener su libertad, convenir un contrato de mutuo. Aún era necesaria la conformidad de “ambos cónyuges” para que la misma ejerza profesión, industria o comercio por cuenta propia, realizar trabajos fuera de la casa, constituir sociedades (no así, sin embargo, los contratos de sociedades celebrados con su esposo⁴⁸), aceptar donaciones, renunciar a herencias, disponer a título gratuito los bienes que ella administre, y en defecto de la autorización del esposo, podía solicitarlo al juez. No se la otorgó aún plena libertad, en ese sentido⁴⁹. El marido continuó en el rol de administrador de bienes de la comunidad⁵⁰, y quedan sujetos al régimen patrimonial de comunidad de bienes, salvo acuerdo en contrario dentro de las convenciones matrimonia-

⁴⁵ Código Civil del Paraguay Ley N° 1.183/85, arts. 37 y 38

⁴⁶ Código Civil del Paraguay Ley N° 1.183/85, art. 155

⁴⁷ Código Civil del Paraguay Ley N° 1.183/85, art. 153

⁴⁸ Código Civil del Paraguay Ley N° 1.183/85, art. 157

⁴⁹ Código Civil del Paraguay Ley N° 1.183/85, art. 158

⁵⁰ Código Civil del Paraguay Ley N° 1.183/85, art. 195

les. Aún persiste la clasificación de bienes reservados de la esposa, pero innova en cuanto al hecho de otorgar a ella la potestad de decidir (pues se necesita su conformidad) en casos de que el marido quiera prestar fianza comprometiendo bienes de ella o de la comunidad, hacer donaciones, enajenar bienes propios o de la comunidad o constituir derechos reales sobre los mismos⁵¹. Con respecto a la patria potestad de los hijos, la madre ejerce igual derecho que el padre recién tras la promulgación de la Ley No. 903/81 del Código del Menor.

Es recién tras la caída del régimen dictatorial y la apertura democrática que se cultiva un espacio propicio para promover un mejor posicionamiento femenino en cuanto a la toma de decisiones, puestos de poder y, sobre todo, igualdad de derechos. En primer lugar, se promulga la Ley No. 45/91 que establece el divorcio vincular del matrimonio y habilita a los cónyuges a contraer nuevas nupcias, entre otras disposiciones innovadoras, como el divorcio por mutuo acuerdo. Otra consecuencia directa de la caída del régimen es el llamado a una Convención Nacional Constituyente en el Año 1992, en donde 21 de los 198 constituyentes eran mujeres. Ellas fueron protagonistas a la hora de integrar la visión de la imperante necesidad de una verdadera igualdad jurídica y política entre los hombres y las mujeres. Adquiere así la mujer igualdad de dignidad y derechos de todos los habitantes de la República, rango constitucional⁵², así como el acceso a las leyes, a funciones públicas, igualdad de oportunidades de participación de beneficios de la naturaleza, de bienes materiales⁵³. Sobre todo, la igualdad de los derechos políticos, civiles, económicos y culturales del hombre y la mujer se encuentra consagrada dentro de nuestra Ley Fundamental⁵⁴.

Del mismo modo, necesariamente se dio la Reforma Parcial Código Civil, la Ley No. 1/92, que las mujeres gozamos de total igualdad jurídica y política que el hombre, solamente treinta y un años atrás. Es así como la Ley 1/92 se ajusta a lo impuesto por la Carta Magna, estableciendo que la mujer y el varón tienen igual capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles sin importar su estado civil⁵⁵. La igualdad de los cónyuges se establece como principio fundamental para la aplicación de esta ley civil, eliminando ese desequilibrio presente en leyes anteriores⁵⁶. Mantener el hogar es responsabilidad de ambos conyugues⁵⁷, no solo del hombre, reconociendo la capacidad de la mujer para administrar cuestiones concernientes a su propio hogar. La mujer puede desde entonces ejercer cualquier profesión o industria lícita, así como trabajar fuera de la casa y constituir sociedades sin autorización del marido ni licencia del juez⁵⁸. Asimismo, la representación de la comunidad conyugal pertenece a ambos cónyuges, no solo al marido como fuere anteriormente⁵⁹. Se crea el régimen de participación diferenciada, en donde cada conyugue administra, disfruta y dispone libremente de sus

⁵¹ Código Civil del Paraguay Ley N° 1.183/85, art. 197

⁵² Constitución Nacional de 1992, art. 46

⁵³ Constitución Nacional de 1992, art. 47

⁵⁴ Constitución Nacional de 1992, art. 48

⁵⁵ Reforma Parcial del Código Civil Paraguayo, N° Ley 1/92, art. 1

⁵⁶ Reforma Parcial del Código Civil Paraguayo, N° Ley 1/92, art. 6

⁵⁷ Reforma Parcial del Código Civil Paraguayo, N° Ley 1/92, art. 9

⁵⁸ Reforma Parcial del Código Civil Paraguayo, N° Ley 1/92, art. 8

⁵⁹ Reforma Parcial del Código Civil Paraguayo, N° Ley 1/92, art. 38

bienes propios y de los bienes gananciales y en caso de disolución, las ganancias se dividen por igual entre ambos, tal como cuando se disuelve una sociedad.

En el mismo año, se crea el primer mecanismo de género del estado: la Secretaría de la Mujer, elevada a rango de ministerio en el año 2012 y hoy día denominado Ministerio de la Mujer. El citado organismo fue creado a fin de impulsar estrategias y políticas de género a efectos de proteger a la mujer que históricamente se halló discriminada ante los ojos de las leyes, de la sociedad y de la cultura por siglos y siglos y eliminar los obstáculos que la excluyen de la educación, de la toma de decisiones, de las labores y trabajos, de las posiciones de poder, etc.

En 1996 se crea el código Electoral Paraguayo, en donde se incorpora una cuota de participación política igualitaria de las mujeres, que hasta el presente lleva años de reclamo para su efectivo cumplimiento. En teoría, las listas primarias de los partidos políticos obligatoriamente deben estar conformadas en un 20% por mujeres. Siguen existiendo intentos fallidos por aumentar ese porcentaje, de diversos grupos, organizaciones y sectores liderados por mujeres, que demandan la tan aclamada paridad política.

La Ley No. 1600 "Contra la violencia doméstica" fue sancionada con fuerza de ley por el congreso en el año 2000, reconociendo la problemática de la violencia contra las mujeres como una cuestión que ocupa y concierne al entero de la sociedad. Proteger a la mujer dentro del seno familiar, pues es el terreno en donde comúnmente se dan los abusos contra ella, sin duda fue un gran paso en materia legislativa. En el presente se encuentra en vigencia la Ley N° 5777/16 de "Protección integral a las Mujeres contra toda forma de Violencia", que visibiliza la desigualdad estructural que afecta a la mujer por el simple hecho de ser mujer, en todos los ámbitos de la vida cotidiana como, por ejemplo: en el trabajo, en los centros de educación y aprendizaje, en el parto, el ejercicio de la vida pública, sin limitarse únicamente al hogar. Sin dudas es vital reconocer a la mujer en su dignidad como persona también fuera del ámbito doméstico y sus relaciones de pareja, que fue exactamente lo que hizo la mencionada Ley.

Reflexión y Conclusión

Las mujeres paraguayas en la actualidad estamos constitucionalmente equiparadas a los hombres, gozamos de los mismos derechos escritos y en teoría, no enfrentamos barrera jurídica o legislativa alguna para ejercer todos los derechos y contraer todas las obligaciones estipuladas en los cuerpos normativos, de igual forma que varones, haciendo uso del pleno ejercicio de la ciudadanía. Sin embargo, es una realidad que siguen existiendo enormes brechas en cuanto al efectivo cumplimiento de lo plasmado en las leyes y así también importantes barreras para alcanzar el acceso a ciertos derechos. Es sumamente importante reconocer las problemáticas que atañen a toda la sociedad y que de ningún modo puede encargarse la cuestión netamente a las mujeres. Si bien las mismas van conquistando cada vez más territorio y adquiriendo cada vez ma-

yor protagonismo social y político, ellas siguen siendo objeto de discriminación, muchas veces faltadas al respeto o subestimadas por motivo de su género. La discriminación hacia la mujer es una cuestión cultural que se combate con educación responsable, con acciones afirmativas, con el uso adecuado del lenguaje tanto gubernamental como periodístico, la efectiva observancia de nuestras leyes tanto nacionales como internacionales, el acceso a la justicia, luchando contra la impunidad, el establecimiento de garantías de seguridad, incluyendo a las mujeres en la toma de decisiones y emisión de opiniones (en especial en lo que concierne a su situación y papel dentro de la sociedad), y por sobre todo, con la ayuda mutua y cooperación entre nosotras, las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Francisco 1973. *Derechos Civiles de la Mujer*, 2a ed. Asunción, Paraguay.
- *Código Civil del Paraguay Ley N° 1.183/85.*
- *Constitución de la República del Paraguay.*
- Corvalán, Graziella 2013. *Movimiento Feminista Paraguayo: Su Construcción Social*. Asunción, Paraguay: SERVILIBRO.
- Dávalos, Serafina *Humanismo* (1907).
- *Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana de 1791.*
- De Gásperi, Luis, *La Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado*, (Asunción – Buenos Aires: Servilibro, 1957).
- *De los Derechos Civiles de la Mujer, Ley N° 236/54.*
- Ferreira de Marín, María Inés 2011. *En busca de una representación compartida: La Mujer Política en el Paraguay*. Asunción, Paraguay: PROMUR/GES.
- Honorable Cámara de Representantes de la Nación Paraguaya. *Derechos Civiles de la Mujer. Ley 236. Aprobado el 6 de septiembre de 1954.*
- Moreno Ruffinelli, José Antonio 2006. *Derecho de Familia Tomo I y II*. Asunción, Paraguay: La Ley Paraguaya SA.
- Moreno Ruffinelli, José Antonio 2019. *Derecho Civil Parte General Personas*. Asunción, Paraguay: La Ley Paraguaya SA.
- *Reforma Parcial del Código Civil Paraguayo, N° Ley 1/92.*

PONDERACIÓN DE LOS NEURODERECHOS, UN PARADIGMA EMERGENTE EN EL ÁMBITO JURÍDICO

Joaquín Romeo Ceuppens Jara¹

“El cerebro humano es la estructura más compleja en el universo. Tanto, que se propone el desafío de entenderse a sí mismo” - Facundo Manes

RESUMEN: El presente trabajo pretende traer a colación la interpelación que realizan los avances en las neurociencias y las neurotecnologías al Derecho y, particularmente, al reconocimiento de los neuroderechos como respuesta a la posible injerencia que tengan estos en la dignidad humana. Este trabajo explicará los avances en la neurociencia y su aplicación en distintos campos, como en la medicina, el marketing y la política. Los neuroderechos sin duda representan un nuevo paradigma en el ámbito jurídico que surge en respuesta ante estos avances. Este artículo explora la necesidad de establecer y velar por los derechos de los individuos en relación con sus datos cerebrales y el acceso a sus procesos mentales. Los neuroderechos abordan cuestiones relacionadas a la identidad personal, libertad cognitiva, la privacidad y autonomía de la mente. Tratamos de argumentar que, a medida que la neurociencia y la tecnología avanzan, es menester establecer un marco legal que garantice el respeto de la dignidad humana, siendo los neuroderechos una clara respuesta para ello.

PALABRAS CLAVE: Neuroderechos-Neurociencias- Derechos Humanos- Ética.

ABSTRACT: This paper aims to bring up the questioning posed by the advancements in neuroscience and neurotechnologies in the legal field and, particularly, to the recognition of neurorights as a response to the possible interference that these may have on human dignity. This paper will explain the advances in neuroscience and their application in different fields, such as medicine, marketing and politics. Neurorights undoubtedly represent a new paradigm in the legal field that arises in response to these advancements. This article explores the need to establish and enforce the rights of individuals in relation to their brain data and access to their mental processes. Neuro-rights address issues related to personal identity, cognitive freedom, privacy, and autonomy of the mind. We seek to argue that, as neuroscience and technology advances, it will become necessary to establish a legal framework that guarantees respect for human dignity, and neurorights are a clear answer to this issue.

KEY WORDS: Neurorights- Neurosciences- Human Rights- Ethics.

Introducción

Resulta innegable decir que el mundo se caracteriza por su estado de constantes cambios de diversas índoles. De estos cambios, a su vez, derivan

¹ Alumno del 5º curso de la carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”. Director de la Revista Jurídica de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2023). Miembro Activo de la SODEUC. Director de Capacitación Académica y Técnica de la SODEUC (2022/2023).

consecuencias y efectos en las distintas facetas de la vida del hombre, siendo algunas de ellas consecuencias jurídicas. Así ha ocurrido a lo largo de la historia, siendo claro ejemplo de ello los avances tecnológicos e informáticos de las últimas décadas. Como es de esperarse, estos desarrollos producen efectos en la esfera del Derecho. De allí surge la necesidad de regular jurídicamente el desarrollo y aplicación de los avances de las distintas áreas del conocimiento ante su incidencia en la vida del hombre. Es así, por ejemplo, como la implementación masiva de las computadoras, las redes sociales, la telecomunicación, la interconexión inalámbrica de dispositivos, entre otros, han provocado la promulgación de normas que las regulan, incluso en ocasiones generando “nuevos derechos”, como aquellas referentes a la protección de datos, el acceso a información pública, por nombrar algunos.

En los últimos años, de entre los varios avances científicos y tecnológicos que se han manifestado, se destacan la inteligencia artificial, el aprendizaje automatizado y los avances en las neurociencias, por nombrar algunos. Particularmente, en el presente trabajo nos concentraremos a lo referente a los avances en la neurociencia, entendida esta como el estudio que se ocupa del sistema nervioso, sus aspectos y funciones especializadas², debido a que, como respuesta a estas innovaciones, algunos entendidos en la materia abogan por la creación o el reconocimiento de una serie de derechos humanos que tengan como fin resguardar a la persona de los posibles peligros que estas puedan producir, a los que llaman “*neuroderechos*”.

Nociones preliminares: neurociencias y derechos humanos

En primer término, antes de adentrarnos al tema que nos atañe, resulta menester realizar algunas conceptualizaciones previas. En tal sentido, a fin de comprender de qué se tratan los “*neuroderechos*”, término que es el producto de la combinación del prefijo “*neuro-*”, el cual significa nervio o sistema nervioso, y “*derecho*”, entendido este –en una de sus varias acepciones– como facultad de una persona reconocida por el ordenamiento jurídico; debemos comprender qué es la neurociencia y, del mismo modo, los derechos humanos.

Facundo MANES –médico neurólogo, neurocientífico e investigador argentino– conceptualiza a la neurociencia como el estudio de la organización y el funcionamiento del sistema nervioso y cómo los diferentes elementos del cerebro interactúan entre sí y dan origen a la conducta del hombre³. Afirma que este sería un abordaje científico multidisciplinario y amplio, estudiando cuestiones desde el nivel químico y molecular hasta las conductas humanas y las relaciones de uno con su entorno. Agrega, además, que la neurociencia estudia los fundamentos de nuestra individualidad como las emociones, la toma de decisiones, la conciencia y las

² Real Academia Española, “Neurociencia”, en “Diccionario de la lengua española”, <https://dle.rae.es/neurociencia>.

³ Facundo Manes, Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor (Buenos Aires, Argentina: Planeta, 2014), 25.

acciones sociopsicológicas⁴. Añade que es por ello que estos estudios trascienden el interés de los propios neurocientíficos y captan la atención de otras disciplinas y de la sociedad en general. Para una mayor comprensión, MANES atribuye a las neurociencias el aporte de muchos conocimientos, como el descubrimiento de las neuronas espejo, el hallazgo de la cualidad de las neuronas, poder reconocer la capacidad de percibir intenciones, deseos y creencias de otros, etc.⁵

Por su parte, los Derechos Humanos comprenden el “conjunto de facultades básicas o elementales, intrínsecas a la persona que derivan de su sola calidad de ser humano”⁶, es decir, son aquellos derechos elementales inherentes a la condición de ser humano, son el reconocimiento de la dignidad de la persona. El presente trabajo no realizará un estudio a cabalidad acerca de qué son los derechos humanos, cómo se procede a su reconocimiento, la importancia de los instrumentos internacionales que los reconocen, etc., sin embargo, en caso de no poseer cierto conocimiento previo sobre ellos, se recomienda una breve lectura complementaria.

Avances de la neurociencia

Para lograr una mejor comprensión acerca de la posible necesidad del reconocimiento de los neuroderechos, resulta ineludible mencionar los avances de la neurociencia. En párrafos anteriores, se hizo brevemente alusión a los aportes que han hecho las neurociencias. Consideramos oportuno traer estos avances a colación a fin de poder considerar la necesidad –o no– de los neuroderechos. Si bien desde tiempos remotos ha existido cierto interés por entender al cerebro humano, claro ejemplo de ello son prácticas pseudocientíficas como la trepanación, no cabe duda alguna que en las últimas décadas se ha producido un salto exponencial sobre nuestro conocimiento acerca del cerebro humano. A continuación, pasaremos a exponer someramente estos avances.

El campo de la medicina

El área principal donde se observan estos progresos es en el área clínica, principalmente gracias a estudios de la función cerebral. Por ejemplo, el electroencefalograma (EEG) permite medir la actividad eléctrica del cerebro de manera no invasiva. Así también, la resonancia magnética funcional (fMRI) permite localizar actividad cerebral, graficar patrones de activación cerebral y determinar su intensidad⁷. Es más, técnicas del fMRI

⁴ Ibidem.

⁵ Manes, Usar el cerebro, 27

⁶ María Alejandra Peralta Escurra, Derechos Humanos Manual, (Asunción, Paraguay: Marben Editorial & Gráfica), 1-2.

⁷ Marcello Lenca y Roberto Andorno, “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, Life Sciences, Society and Policy, N° 13 (2017), 3.

actualmente son utilizadas para evaluar riesgos prequirúrgicos, permiten detectar anomalías en el cerebro, observan efectos de enfermedades, hacen seguimientos posquirúrgicos, determinar efectos terapéuticos, ayudan al diagnóstico de enfermedades como Alzheimer y depresión a partir de condiciones neurológicas, etc⁸.

Del mismo modo, existen una serie de proyectos y productos a los que deberíamos prestar mucha atención. Ya hace cierto tiempo, se ha logrado de manera efectiva implantar chips informáticos en el cerebro para ayudar a personas con lesiones cerebrales a mover extremidades robóticas. Así también, se han utilizado implantes de electrodos que han demostrado ser eficaces como tratamiento de la enfermedad de Parkinson. En Alemania en el 2022, por ejemplo, un grupo de científicos fue exitoso al lograr que personas que padecen de ELA logran comunicarse mediante un implante cerebral⁹. Por estas razones, uno se atrevería a afirmar que es desarrollo de las neurociencias y las tecnologías tendrán un gran impacto en la medicina.

Neuromarketing

Resulta necesario comentar que estos avances también han surtido efectos fuera de los laboratorios clínicos y hospitales. En tal sentido, IENCA y ADORNO explican que las técnicas de formación de imágenes cerebrales han demostrado ser efectivos para obtener información acerca de las intenciones, posturas y actitudes de las personas¹⁰. En su artículo *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*, estos citan un sinnúmero de estudios e investigaciones científicas para demostrar el verdadero alcance que tienen estas tecnologías. Por ejemplo, aluden a un estudio donde científicos lograron predecir, a partir de la lectura de actividad cerebral, que comportamientos iban a presentar los participantes en una prueba, la cual se trataba de sumar o restar dos números y ocultar su intención durante unos segundos¹¹. Aducen que de estas lecturas no solo logran leer concretamente intenciones y memorias en el marco de experimentos, sino también aparentan incluso poder “decodificar” preferencias generales.

Distintos autores manifiestan que esta posibilidad de identificar estados mentales de una manera no invasiva ha despertado un interés particular para propósitos de marketing, dando lugar a lo que se conoce como *neuromarketing*, una manera innovadora de estudiar el comportamiento

⁸ Ibidem.

⁹ “Un paciente de ELA logra hablar gracias a un implante cerebral,” SID - Instituto Universitario de Integración en la Comunidad, consultado 15 de agosto, 2023, <https://sid-inico.usal.es/noticias/un-paciente-de-ela-logra-hablar-gracias-a-un-implante-cerebral/>.

¹⁰ Ienca y Andorno, “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, 3.

¹¹ Ibidem.

de los consumidores. A saber, multinacionales como Google, Disney, CBS, entre otras, utilizan investigaciones en el neuromarketing para medir las preferencias de los consumidores.

Tan atractivo se ha mostrado el neuromarketing que en la actualidad existen empresas especializadas en ellas. Tal es el caso de Neurons, una empresa norteamericana que sostiene que –mediante el uso del neuromarketing, neuropsicología, Inteligencia Artificial predictiva, seguimiento de ojos y neurociencia del consumidor– una verdadera satisfacción del consumidor deriva de que tan enganchados están al contenido que ven; añaden que son capaces de predecir el compartimiento del consumidor y aportar información valiosa para comprender mejor a una audiencia y crear “mejores conexiones con ellos”¹². No está demás comentar que muchas de las empresas más grandes del mundo, como Coca Cola, Google y Facebook, emplean sus servicios. Por su parte, otra empresa especializada en neuromarketing es Neurofocus, quien años atrás experimentó con el uso de técnicas subliminales, de manera tal de que los consumidores no puedan darse cuenta de ello de manera consciente, con el fin de provocar ciertos comportamientos en las personas. En este estudio en particular, el objetivo era influir entre la elección de dos objetos, con estímulos por debajo de los 30 milisegundos, es decir, por debajo del umbral de percepción consciente¹³. De esto se desprende que es imperativo establecer un marco legal y ético para reglamentar estas prácticas.

Política

Por un momento, traslademos estas técnicas del neuromarketing a la escena política. Si bien se encuentra aún en una etapa incipiente, la neurociencia ya está teniendo un uso en la política. El neurocirujano Miguel Ángel Velázquez sostiene:

“Con el avance de la tecnología y las técnicas de neuroimagen, los científicos han descubierto cómo el cerebro procesa la información política y cómo las emociones influyen en las decisiones políticas [...] se ha demostrado que el cerebro humano tiene una predisposición natural hacia ciertos valores políticos. Por ejemplo, las personas que tienen una mayor actividad en la amígdala, una región cerebral relacionada con la emoción, tienden a ser más conservadoras en su orientación política. Por otro lado, las personas que tienen una mayor actividad en la corteza prefrontal, una región cerebral relacionada con el razonamiento y la toma de decisiones, tienden a ser más liberales. Esto significa que las campañas políticas pueden adaptar su mensaje para apelar a las emociones y valores de su audiencia”¹⁴.

Agrega que, con esta información, candidatos políticos fácilmente podrían ajustar sus campañas para que sus mensajes sean aún más atractivos a

¹² Neurons Inc., “Acerca de Neurons Inc.”, consultado 18 de julio de 2023, <https://www.neuronsinc.com/about>.

¹³ Penenberg, Adam, “NeuroFocus Uses Neuromarketing To Hack Your Brain” Fast Company, citado en Ienca y Andorno, “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, 4.

¹⁴ Miguel Ángel Velázquez, “Las neurociencias en la política”, Diario La Nación, 26 de marzo, 2023, consultado 25 de agosto, 2023, <https://www.lanacion.com.py/columnistas/2023/03/26/las-neurociencias-en-la-politica/>.

sus audiencias. Explica, por ejemplo, como políticos conservadores utilizarían mensajes sobre el miedo y amenazas para convencer a los electores que necesitan protegerse de algún peligro, mientras que candidatos liberales podrían utilizar imágenes de igualdad y justicia para lograr su cometido¹⁵. Igualmente, explica que la manera en que se presenten estos mensajes podría influir en cómo se toman decisiones, ya sea utilizando técnicas de repetición, simplificación o priming –efecto por el cual la reciente exposición a ciertos estímulos facilitan o inhiben el procesamiento ulterior del mismo estímulo o de una similar¹⁶– para influir en el comportamiento de las personas.

En lo concerniente a la política, a muchos les resulta alarmante saber que estas técnicas estarían siendo utilizadas para fines políticos. Este es uno de los campos donde el derecho y la ética deben de intervenir, establecidos límites claros y precisos. Existen un sinnúmero de obras literarias y cinematográficas, como *1984* de George Orwell y *V de Vendetta* de Alan Moore, donde, a través de estas técnicas u otras muy similares, el mismo Estado lava el cerebro a sus ciudadanos para mantenerlos a su merced, punto al que no se debería de llegar en lo absoluto.

La interpelación del derecho

A la luz de todos estos cambios, resulta evidente que el derecho se ve interpelado por los riesgos que pueden llegar a presentar. Para muchos entendidos en la materia, como IENCA y ANDORNO, tildan a estos avances en la neurotecnología como disruptivos, por su potencial de impactar de gran manera a los derechos humanos, en especial aquellos concernientes con la privacidad, libertad de pensamiento, el derecho a un juicio justo, etc., tanto así que afirman de manera categórica que actualmente nos encontramos en una “neurorrevolución” que remodelará algunas nociones éticas y jurídicas¹⁷. Por otro lado, WEINGARTEN comenta que uno de los grandes retos de nuestro tiempo se trata de “desentrañar el enigma científico del cerebro humano”, pero al mismo tiempo añade que a la par de este acelerado proceso de innovación neurotecnológica se debería asegurar que estos no se empleen de forma abusiva, teniendo siempre en mente la promoción del bienestar humano¹⁸. A su vez, Waldo SOBRINO alega que la aplicación de las neurociencias al derecho resultará sumamente importante ya que –según indica– brindarán “un nuevo enfoque del ser humano en general y del cerebro en particular”¹⁹, sin embargo, explica de manera contundente que se deben tener presentes los efectos nocivos que pudiesen tener si no es supervisado en forma especial por los órganos jurisdiccionales²⁰.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ “Priming”, Diccionario de la American Psychological Association, consultado el 17 de agosto, 2023, <https://dictionary.apa.org/priming>.

¹⁷ Ienca y Andorno, “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, 8.

¹⁸ Celia Weingarten, “INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDICINA. LOS NEURODERECHOS Y DESAFÍOS ÉTICOS”, La disrupción digital y sus impactos en el ser humano: una mirada jurídica, 1ª edición (2023), 435.

¹⁹ Waldo Sobrino, *Contratos, neurociencias e inteligencia artificial* (Buenos Aires, Argentina: La Ley, 2020), 165.

²⁰ Ibidem, 204.

Resulta casi evidente que, a la par de que se dan pasos agigantados en la neurociencia y la neurotecnología que permiten una mayor comprensión del cerebro humano y como incidir en la conducta humana, se genera una gran preocupación de cómo serán estos utilizados. De alguna manera, se ha vuelto posible acceder a nuestro cerebro, decodificar la información que contiene, leer sus pensamientos, entre otras posibilidades que se desarrollarán aún más con el correr del tiempo. Es aquí donde entran los derechos humanos, ideados con el fin de resguardar y tutelar la dignidad del hombre.

Del mismo modo, no hay duda alguna que ciertos derechos se encuentran expuestos ante estos avances. Derechos humanos como la libertad de pensamiento, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad, por nombrar algunos, se encuentran expuestos. Es aquí donde aparece un movimiento impulsado por expertos de distintas ramas del conocimiento –neurólogos, biólogos, juristas, psicólogos, etc. – que buscan promover cambios constitucionales a fin de que se incorporen nuevos derechos con el fin de velar por la dignidad mental humana llamados *neuroderechos*, como una reacción ante los avances de las neurotecnologías y las neurociencias. Así, por ejemplo, surgió la *NeuroRights Initiative* dentro de la Universidad de Columbia en el 2019, la cual luego fue incorporada a la *NeuroRights Foundation*. Este último se propuso como meta principal proteger los derechos humanos del posible mal empleo o abuso de la neurotecnología²¹. Además, esta fundación propone la creación de cinco neuroderechos en específicos: el derecho a la privacidad mental, el derecho a la identidad personal, el derecho al libre albedrío, el derecho al acceso justo a y al derecho a ser protegido de ciertos prejuicios²².

Los neuroderechos: concepto

Ante el rápido desarrollo y avance de las neurociencias, como se mencionó *supra*, tanto profesionales del derecho como neurólogos y especialistas de otras áreas de las ciencias, han manifestado vehementemente su preocupación ante el posible riesgo que presentarían estos avances y las posibles transgresiones a la dignidad de las personas que conllevarían. Marcello IENCA y Roberto ANDORNO sostienen que estas tecnologías emergentes tiene el potencial de permitir el acceso, en cierto grado, a componentes de información mental y que las posibilidades abiertas por ellas y los distintos usos que se pudiesen llegar a dar a las mismas obligarán a la reconceptualización de ciertos derechos humanos, e incluso la creación de nuevos derechos que protejan de sus posibles daños²³. Bajo esta premisa, existe un sector que aboga por la creación o reconocimiento de *neuroderechos* con el fin de resguardar la dignidad e integridad de la mente humana ante los avances de las neurociencias y el eventual uso que se darían a esas tecnologías.

²¹ NeuroRights Foundation, "Mission", NeuroRights Foundation, consultado 21 de agosto, 2023, <https://neurorightsfoundation.org/mission>.

²² *Ibidem*.

²³ Ienca, Marcelo y Andorno, Roberto, "Towards new human rights in the age of neuroscience", 2.

Celia WINGARTEN, doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires y directora de la obra *“La disrupción digital y sus impactos en el ser humano”*, describe de manera justa y precisa al “neuroderecho” como *“un nuevo derecho humano, tendiente a proteger la integridad y la indemnidad mental de las personas y que no sea intervenida sin su consentimiento”*²⁴. En otras palabras, podemos afirmar que los neuroderechos serían aquellas facultades inherentes a la persona, por su simple calidad de tal, que se caracterizan por velar por la protección de la integridad y dignidad mental humana. Quienes propugnan el reconocimiento de los neuroderechos les interesa resguardar a la mente de cualquier manipulación, buscan que se respete la privacidad de los pensamientos y, además, que la mente no sea vulnerada en forma alguna.

Los neuroderechos propuestos

Si bien ya existen un número importante de artículos científicos y jurídicos que versan sobre los neuroderechos, destacamos que no existe aún consenso doctrinario sobre los mismos, por lo que diversos autores establecen distintas cantidades de estos “nuevos derechos” e incluso las denominan de otras formas, pero con contenidos y alcances similares. A continuación desarrollaremos algunos de ellos.

Derecho a la identidad personal

El neuroderecho a la identidad personal se centra en delimitar a la neurotecnología, busca imponer límites que prohíban a las tecnologías alterar la integridad y la percepción de la propia identidad. Si bien esta tecnología, de una manera similar a las redes sociales, conecta a los individuos a las redes digitales, se deberían de establecer límites con el fin de prohibir a la tecnología de interrumpir con el sentido del “yo”. En tal sentido, se ha demostrado que cambios en el funcionamiento del cerebro debido a ciertas estimulaciones podrían, sin intención alguna, alterar cuestiones referentes a la personalidad, y por ende la identidad personal²⁵, de allí deviene la importancia del neuroderecho a la identidad personal, al velar por la protección y preservación del “yo”. WEINGARTEN lo explica de la mejor manera: *“es el derecho del individuo a mantener su autonomía personal, porque cuando la neurotecnología conecta a las personas con redes digitales se puede difuminar la línea entre la conciencia de una persona y las entradas tecnológicas”*²⁶.

Derecho a la libertad cognitiva o libertad de pensamiento

También a veces llamado como el derecho a la autodeterminación mental, este neuroderecho se compone de dos principios. En primer término, parte de la premisa que toda persona posee el derecho de utilizar estas tecnologías. Por otro lado, comprende también el principio de que ningún individuo puede ser sometido al uso de estas tecnologías de manera coercitiva o sin su consentimiento. De este neuroderecho se desprende la idea de que solamente uno puede

²⁴ Weingarten, Celia “INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDICINA”, 432.

²⁵ Decker M.y Fleischer T., “Contacting the brain-aspects of a technology assessment of neural implants” en Ienca y Andorno “Towards new human rights in the age of neuroscience”, 20.

²⁶ Weingarten, Celia “INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDICINA”, 434.

disponer sobre sí mismo. A partir de este derecho, lo que se busca es garantizar que la toma de decisiones de una persona sea de manera libre, que le caracterice la autonomía de voluntad, sin que sea objeto de manipulación alguna. En tal sentido, la *NeuroRights Foundation* sostiene firmemente que los individuos deberían, al fin y al cabo, tener el control de la toma de decisiones a realizar, sin ser objeto de manipulación externa a sus espaldas²⁷. Algunos autores sostienen que este sería el neuroderecho por excelencia, refiriéndose a este como la base neurocognitiva de todas las libertades.

Derecho a la privacidad mental

Este neuroderecho está relacionado al derecho de la privacidad o intimidad, pero enfocado a la mente. Este encuentra parte de su sustento en la libertad de pensamiento. En la medida que las neurotecnologías avancen y sean accesibles a todos, se podrán potenciar un sinnúmero de actividades beneficiosas para el ser humano. Empero, del mismo modo, estas mismas herramientas permitirán el acceso a mucha información sensible. Toda esa información cerebral estará expuesta, en cierto grado, a la misma intromisión y vulnerabilidad que cualquier otra información que circula por el mundo digital²⁸. Este neuroderecho busca evitar que cualquier dato obtenido del análisis y medición de la actividad neuronal sea utilizado sin el consentimiento del individuo, y ser objeto de cualquier transacción comercial.

Vale mencionar que algunos se cuestionan la necesidad de este neuroderecho, sosteniendo que el derecho a la privacidad ya velaría por estas situaciones en particular. Al respecto, IENCA y ANDORNO traen a colación el hecho que la particularidad de estos datos, como tratan cuestiones directamente relacionadas con la intimidad y personalidad, se tendría que optar por normas específicas, teniendo en mente que las normas “tradicionales” de privacidad buscan resguardar información “externa” sobre las personas²⁹, por lo que aseveran que las normas actuales que velan por la privacidad y la protección de datos serían insuficientes para lidiar con los escenarios incipientes de la neurotecnología. Por otra parte, ciertos entendidos sostienen que en la actualidad no habría una protección para las personas en aquellos casos donde su mente sería leída sin su consentimiento. De este neuroderecho también se desprende la obligación de los profesionales y empresas de guardar confidencialidad respecto de la información que colectan, a fin de que estos datos no sean ni utilizados con otros fines ni que sean conocidos por terceros. Si bien aún no se ha llegado a la lectura de mentes propiamente dicha, sin embargo, estas nuevas herramientas pueden obtener datos que pertenecen a la esfera privada y merecen ser protegidos.

Derecho al acceso equitativo al aumento de la neurotecnología

El derecho al acceso equitativo al aumento de la neurotecnología propone establecer directrices que delimiten y regulen la aplicación de estas neurotecnologías mediante las cuales se lograría mejorar la actividad cerebral. Este neuro-

²⁷ NeuroRights Foundation, “Mission”, NeuroRights Foundation, consultado 21 de agosto, 2023, <https://neurorightsfoundation.org/mission>.

²⁸ Ienca y Andorno, “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, 12.

²⁹ *Ibidem.*, 14.

derecho tiene como fin promover el acceso equitativo a la neurotecnología con el objetivo de garantizar que este aumento cognitivo proporcionado por las mismas sea accesible a todos equitativamente y no quede simplemente al alcance de unos pocos. Este derecho encuentra sustento en el principio de equidad, al velar por el acceso equitativo de esta tecnología. En la actualidad, ya existen empresas que han incursionado en este campo. Una de ellas es *Neuralink* de Elon Musk, la cual se dedica a desarrollar implantes, interfaces “cerebro-computadoras”, etc. En el futuro próximo, será importante regular la posibilidad de adquirir estos productos, ya que se presentan con el potencial de mejorar la actividad de vida y aumentar la capacidad cognitiva.

Vale destacar que, como se mencionó *supra*, existen muchos más neuroderechos propugnados, además de los expuestos anteriormente, tales como el derecho a la integridad mental, derecho a la continuidad psicológica, derecho a la protección contra los sesgos algoritmos, etc.

Neuroderechos y Paraguay

Es oportuno tener presente que a la fecha no existe dentro de nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que verse específicamente sobre los neuroderechos o reglamente a la neurociencia en particular. No obstante, nutriéndonos de principios de rango constitucional, veremos cómo estos neuroderechos tendrían cabida en él.

En el caso del Paraguay, el art. 1° de la Constitución de la República del Paraguay reza que nuestro estado “*adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana*”³⁰ (las negritas son propias), por lo que de allí deviene el interés y la obligación del Estado a en cuanto menos preocuparse por estos avances que podrían atentar contra la dignidad de los paraguayos.

El derecho a la libertad se encuentra ampliamente reconocido a lo largo de nuestra carta magna. A saber, el art. 9° expresa que: “*Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad...*”³¹; de este derecho constitucional se fundamentaría el neuroderecho a la libertad cognitiva, al tratarse este último sobre la facultad que tiene todo individuo de utilizar estas tecnologías, al igual que la facultad de no ser sometido a ellas en contra de su voluntad. Por otro lado, en cuanto al neuroderecho de la identidad personal, por ejemplo, éste encontraría asidero constitucional en virtud del art. 25° de la C.N., el cual expresa que toda persona tiene el derecho a la libre expresión de su personalidad, creatividad y a la formación de su propia identidad. Por su parte, el art. 33° reconoce el derecho a la intimidad, vela por la intimidad personal y familiar y también establece el respeto a la vida privada. Del mismo modo, *in fine* expresa que se garantizará el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas. Este precepto constitucional daría lugar

³⁰ Constitución de la República del Paraguay, art. 1°.

³¹ Constitución de la República del Paraguay, art. 9°.

al neuroderecho de privacidad mental, el cual busca garantizar este aspecto de la persona, pero con énfasis en la mente. Estos solamente serían algunos de los artículos presentes en la Constitución de la República del Paraguay que avalarían el reconocimiento de los neuroderechos.

En consecuencia, si bien aún no existen normas especiales que regulen este ámbito, de la breve descripción de los párrafos precedentes surge que, si en un futuro se lograra reconocer a los neuroderechos o se regulen las neurotecnologías, estos tendrían fundamento constitucional.

Apariciones en el Derecho Comparado

Chile

La hermana nación de Chile ha sido una de las pioneras en inmiscuirse en este campo. Al respecto, por virtud de la Ley N° 21.833 se modificó el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el cual dispone: “*El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*”³². De ello se desprende una clara preocupación en la República de Chile en el ámbito de la neurotecnología, la neurociencia y los derechos humanos. Cabe destacar que, en la moción parlamentaria donde se trataba este asunto, se expresó lo siguiente:

“Los avances de la ciencia y la tecnología encierran necesariamente ese riesgo e impactan a las sociedades de una manera muchas veces poco previsible. Por ejemplo, un descubrimiento que nace en un laboratorio tiene la posibilidad de alcanzar rápidamente consecuencias aplicadas globales y reestructurar los límites ético-valóricos de una sociedad determinada. Claro ejemplo de ello es lo que está ocurriendo con la tecnología computacional y los límites de la privacidad, en un mundo donde se transfieren voluntariamente datos a sistemas cuyo dominio escapa del control de quien lo aporta, o bien con los alcances de la decodificación del genoma humano y los nuevos desafíos éticos y sociales que plantea la posibilidad de editar dicha información y modelar la evolución genética a los fines que persiga”³³.

Igualmente, cabe mencionar que a la fecha existen un pequeño número de resoluciones publicadas en la página web de jurisprudencia de la Base Jurisprudencial del Poder Judicial de Chile que de alguna medida u otra hacen alusión a los neuroderechos o su transgresión.

Una de esas resoluciones se dictó en el marco del juicio caratulado como “Girardi/Emotiv Inc.”. En este caso, el Sr. Guido Girardi Lavín demandó a la em-

³² Ley N° 21383 “MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL, PARA ESTABLECER EL DESARROLLO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO AL SERVICIOS DE LAS PERSONAS”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>.

³³ GIRARDI/EMOTIV INC: 09-08-2023 ((CIVIL) APELACIÓN PROTECCIÓN), Rol N° 105065-2023. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?c5762>). Fecha de consulta: 29-08-2023.

presa Emotiv Inc. aduciendo que la venta y comercialización en Chile del dispositivo denominado "Insight", dispositivo no invasivo de neurotecnología diseñado para la auto cuantificación e investigación de campo según el fabricante, no protegía *"la privacidad de la información cerebral de sus usuarios"*³⁴, atentando contra las garantías constitucionales de dicho país, a su decir. La parte actora arguyó que este producto funcionaba como una *"vincha con sensores que recababa información sobre la actividad eléctrica del cerebro, obteniendo datos sobre gestos, movimientos, preferencias, tiempos de reacción y actividad cognitiva de quien lo usa"*³⁵. Además, el demandante manifestó que él, por el uso de este producto, se expuso a riesgos como piratería o *hackeo* de datos cerebrales, reutilización no autorizada de los datos cerebrales, comercialización de datos cerebrales, entre otros. El Sr. Guido Girardi Lavín solicitó que esta empresa modifique sus políticas de privacidad, que se abstenga de vender el dispositivo "Insight" en Chile hasta que no las modifique, que elimine de su base de datos su información cerebral y que adopten todas las demás medidas que se estimen necesarias.

La Tercera Sala de la Corte Suprema de Justicia entendió que estos casos tratan sobre una dimensión que tiempo atrás era absolutamente privada y personal, solamente tratada en entornos médicos, como es el caso de la actividad eléctrica cerebral; afirmaron que *"se hace absolutamente menester que previo a permitirse su comercialización y uso en el país, sean esta tecnología y dispositivos analizados por la autoridad pertinente, entendiendo que plantea problemáticas no antes estudiadas por ella"*³⁶. En tal sentido, el tribunal determinó que, en el marco de este caso en particular, se habían vulnerado garantías constitucionales referentes a la integridad física y psíquica y al derecho a la privacidad, al comercializarse un producto que no contaba con las autorizaciones pertinentes que tampoco había sido evaluado por la autoridad sanitaria correspondiente.

De esta manera, se observa que en Chile no solamente están atentos al desarrollo de estas nuevas tecnologías, las cuales involucran aspectos de la persona humana que anteriormente se consideraban impensables conocer, sino también que ya se presentaron situaciones reales que tratan sobre los neuroderechos. Así, por medio de las resoluciones como la dictada dentro del caso "Girardi/Emotive Inc", ratifican el deber del Estado de amparar los derechos de sus ciudadanos y prevenir los posibles efectos negativos de las neurotecnologías.

Europa

El continente europeo también ha expresado su interés y preocupación respecto de los neuroderechos y estas nuevas tecnologías. En tal sentido, en virtud de la Resolución sobre inteligencia artificial en la era digital de fecha 3 de mayo de 2022, el Parlamento Europeo solicitó a la Comisión que este *"estudie la posibilidad de presentar una iniciativa relativa a los neuroderechos, con el objetivo de proteger el cerebro humano contra la injerencia, la manipulación y*

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

el control por parte de la neurotecnología impulsada por la IA; anima a la Comisión a que defienda una agenda de neuroderechos a nivel de las Naciones Unidas con el fin de incluir estos derechos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, concretamente en lo que respecta a los derechos a la identidad, al libre albedrío, a la privacidad mental, a la igualdad de acceso a los avances en materia de aumento del cerebro y a la protección frente al sesgo algorítmico”³⁷.

Instrumentos Internacionales

Si bien a la fecha no existe instrumento internacional alguno que verse específicamente sobre los neuroderechos, sin embargo, existen un buen número de instrumentos internacionales que reconocen y regulan la relación que se da entre la ciencia y los derechos humanos y que darían lugar a los neuroderechos, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 15, la Declaración sobre la Ciencia y el Uso del Saber Científico y Programa en Pro de la Ciencia de la UNESCO y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.

Crítica

Se destaca que, así como existe un sector que busca promover los neuroderechos, existen otros que son escépticos respecto de su reconocimiento o incorporación a los distintos ordenamientos positivos. Uno de los principales argumentos utilizados sería que estos producirían una especie de “inflación de derechos humanos”, es decir, aumentar el número de derechos humanos pero, al mismo tiempo, “reduciendo su valor”. IENCA y ANDORNO explican que esta es una objeción común contra el reconocimiento de nuevos derechos, causada por una tendencia a definir cuestiones “moralmente deseables” como derecho humano³⁸. *“La proliferación injustificada de nuevos derechos es realmente problemática porque difunde el escepticismo sobre todos los derechos humanos [...] La inflación de derechos debe evitarse porque diluye la idea central de los derechos humanos y desvía la atención del objetivo central de los instrumentos de derechos humanos, que es protegerlos”³⁹.*

Otro argumento esgrimido por quienes son escépticos es que no existiría una verdadera necesidad de estos nuevos derechos. Hay quienes sostienen que ya existen normas y derechos que velan por la dignidad humana en estas circunstancias, y que estas nuevas tecnologías simplemente presentarían un simple cambio de escenario donde acontecen los mismos hechos. Así, por ejemplo, hay quienes afirman que el derecho a la intimidad o a la privacidad presente en los distintos ordenamientos jurídicos ya contemplaría el “neuroderecho” a la privacidad mental.

Así también, surgen múltiples interrogantes al respecto. De igual manera,

³⁷ Resolución sobre la IA en la era digital, párr. 247 en Presno Linera, Miguel Ángel, “Derechos fundamentales e inteligencia artificial”, Madrid, España: 2022, 85-86. SOBRINO, Walter. 2020. Contratos, Neurociencias e Inteligencia Artificial. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters.

³⁸ Ienca y Andorno, “Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology”, 9.

³⁹ Ibidem.

se critica la ambigüedad respecto de los neuroderechos y sus respectivos alcances, siendo claro ejemplo de ello la falta de consenso doctrinario sobre ellos. Del mismo modo, está la preocupación que una regulación excesivamente restrictiva actuaría como un obstáculo a la investigación científica y la innovación. Empero, no surge duda alguna respecto de que existe una necesidad de abordar estas cuestiones cuidadosamente.

Conclusión

Por todas las consideraciones vertidas precedentemente, no cabe más que afirmar que los avances y aportes que se dan en el campo de la neurociencia nos interpelan a analizar su incidencia a corto, mediano y largo plazo en la vida el hombre. Resulta más que evidente que estos rápidos avances generarán nuevos desafíos e interrogantes jurídicos, éticos y sociales. A medida que la tecnología y la neurociencia avanzan, será fundamental establecer un marco legal que pueda garantizar la protección de la dignidad de los individuos. Los neuroderechos representan un esfuerzo por salvaguardar la dignidad de la mente humana, asegurando que estos avances científicos y tecnológicos no socaven el bienestar humano. Estos sin lugar a dudas emergen como un imperativo ineludible en la protección de la dignidad y autonomía de las personas. Resultará esencial su reconocimiento y garantía a fin de amparar a la mente humana en una era de grandes avances nunca antes visto.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Paraguay.
- Constitución Política de la República de Chile.
- Ley N° 21383 "MODIFICA LA CARTA FUNDAMENTAL, PARA ESTABLECER EL DESARROLLO CIENTÍFICO Y TECNOLÓGICO AL SERVICIOS DE LAS PERSONAS". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1166983>.
- GIRARDI/EMOTIV INC: 09-08-2023 ((CIVIL) APELACIÓN PROTECCIÓN), Rol N° 105065-2023. En Buscador Jurisprudencial de la Corte Suprema (<https://juris.pjud.cl/busqueda/u?c5762>).
- MANES, Facundo. 2014. Usar el cerebro. Conocer nuestra mente para vivir mejor. Buenos Aires, Argentina: Planeta.
- Neurons Inc. "Acerca de Neurons Inc.". <https://www.neuronsinc.com/about>.
- NeuroRights Foundation, "Mission", NeuroRights Foundation. <https://neurorightsfoundation.org/mission>.
- PERALTA ESCURRA, María Alejandra. Derechos Humanos Manual. Asunción, Paraguay: Marben Editorial & Gráfica.
- "Priming", Diccionario de la American Psychological Association, consultado el 17 de agosto, 2023, <https://dictionary.apa.org/priming>.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel. 2023. Derecho fundamentales e inteligencia artificial. Madrid, España: Marcial Pons.
- Real Academia Española. "Neurociencia". En Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/neurociencia>.
- "Un paciente de ELA logra hablar gracias a un implante cerebral," SID - Instituto Universitario de Integración en la Comunidad, consultado 15 de agosto, 2023. <https://sid-inico.usal.es/noticias/un-paciente-de-ela-logra-hablar-gracias-a-un-implante-cerebral/>.
- VELÁZQUEZ, Miguel Ángel. "Las neurociencias en la política", Diario La Nación, 26 de marzo, 2023, <https://www.lanacion.com.py/columnistas/2023/03/26/las-neurociencias-en-la-politica/>.
- WEINGARTEN, Celia, "INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y MEDICINA LOS NEURODERECHOS Y LOS DESAFÍOS ÉTICOS". La disrupción digital y sus impactos en el ser humano: una mirada jurídica, 1ª edición (2023), 423 - 436.



revistajurídica

DOCTRINA INTERNACIONAL DESTACADA



DE LA REIVINDICACION O ACCION DE DOMINIO

Dr. Carlos M. Ramírez Romero¹

RESUMEN: El presente artículo realizará un análisis a profundidad de uno de los medios para garantizar el derecho de propiedad, la figura de la reivindicación o acción de dominio, de conformidad al Código Civil de la República del Ecuador y demás normas de dicho país. Desarrolla sus elementos, requisitos, contra quienes procede y los derechos que tutela. La describe como una acción real, en cuanto nace del derecho real del dominio. Así también, analiza las distintas variables que se pueden dar dentro de su trámite. Menciona a la pretensión de la acción reivindicatoria como aquella donde el actor propietario busca que, reconociéndosele la calidad de dueño de la cosa, se le restituya ésta a su poder por el poseedor de la misma.

PALABRAS CLAVE: Reivindicación – Acciones reales – Dominio – Propiedad – Posesión.

ABSTRACT: The following paper makes an in-depth analysis of one of the means to guarantee the right of ownership, the figure of the claim or action of ownership, in accordance with the Civil Code of the Republic of Ecuador and other norms of said country. It develops its elements, requirements, against whom it proceeds and the rights it protects. It describes it as a real action, inasmuch as it arises from the real right of ownership. It also analyzes the different variables that can occur within its process. He mentions the claim of the action of reivindicatory action as the one where the plaintiff owner seeks that, being recognized as the owner of the thing, it is returned to him by the possessor of the same.

KEYWORDS: Reivindication – Acciones in rem – Property – Possession.

I.- Introducción

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 66 establece que se reconoce y garantizará a las personas: "...26. *El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas*"².

Uno de los medios para garantizar el derecho de propiedad es la reivindicación o acción de dominio; pues justamente la acción reivindicatoria corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa singular, de que no está en posesión material, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

¹ Doctor en Jurisprudencia; Especialista y Magister en Derecho Empresarial; Abogado en ejercicio de la profesión: 1978-2005; Ex docente de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja; Ex asesor del Banco La Previsora Sucursal en Loja; Ex Conjuez de la Corte Superior de Justicia de Loja y de la Corte Superior de Justicia de Zamora Chinchipe; Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia: Segunda Sala de lo Civil y Mercantil; Ex Juez de la Corte Nacional de Justicia: Sala de lo Civil, Mercantil y Familia; Ex presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador: 2011-2018.

² Constitución de la República del Ecuador, art. 66.

El dueño puede no estar en posesión del bien que le pertenece por haberla perdido o por no haberla adquirido, como en el caso que establece el Art. 1291 del C. Civil, que prescribe que el heredero podrá también hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos; es decir que en vida del causante un tercero poseía el bien y continúa en posesión después de su muerte; por lo que el heredero, que representa al causante, no ha tenido ni tiene la posesión del bien³.

En la acción reivindicatoria la pretensión del actor propietario es la de que, reconociéndosele la calidad de dueño de la cosa, se le restituya ésta a su poder por el poseedor de la misma. Esta pretensión es principal y autónoma, de carácter extracontractual.

Los derechos reales confieren a su titular el atributo de persecución de la cosa; y, la acción reivindicatoria deriva del derecho real, por ello conlleva ese atributo. La acción reivindicatoria es una acción real, en cuanto nace del derecho real de dominio Art. 595 CC.

Esta acción procede contra poseedores de buena fe o de mala fe; y, a la vez tutela los derechos del poseedor regular a través de las prestaciones mutuas.

2.- Definición. Objeto de la Controversia.

El Código Civil en el Art. 933 define a la reivindicación o acción de dominio como *“la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”*⁴.

Se destacan de esta definición los siguientes elementos:

- 1.- Que la acción reivindicatoria corresponde al dueño de una cosa;
- 2.- Que lo que pretenda reivindicar sea una cosa singular;
- 3.- Que el dueño de esta cosa singular no esté en posesión material de la misma;
- 4.- Que la acción se dirige contra el poseedor de esa cosa;
- 5.- Que la pretensión es la de que el demandado sea condenado a restituírle la cosa de la que está en posesión.

En uso de la facultad de persecución inherente al derecho real, la acción reivindicatoria está dirigida al reconocimiento del dominio (no a que se declare el derecho de dominio) y a la restitución del bien a su propietario por el actual poseedor.

En lo que se refiere al requisito de la posesión, el Art. 715 del Código Civil establece que *“posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño”*⁵; y, ello conlleva a determinar que la posesión es un hecho que

³ Código Civil de la República del Ecuador, art. 1291.

⁴ Código Civil de la República del Ecuador, art. 933.

⁵ Código Civil de la República del Ecuador, art. 715.

requiere tres elementos: a) La existencia de una cosa determinada; b) la tenencia, elemento material que pone a la persona en contacto con la cosa; c) el ánimo de señor y dueño, que es el elemento tipificante de la posesión, en cuanto es el ingrediente que convierte a la tenencia en posesión. Por ello, si el tenedor de la cosa reconoce como propietario de la misma a otra persona, no es poseedor.

Por lo expuesto, por ejemplo, no procede que se demande en juicio reivindicatoria la entrega del inmueble que le arrienda la parte demandada; pues el arrendatario es mero tenedor del bien, no es poseedor, como para que pueda dirigirse contra él acción de dominio.

En la acción reivindicatoria o de dominio el objeto de la controversia es la calidad de propietario del bien de que no está en posesión material; y, su pretensión es la restitución de este bien de parte del poseedor del mismo.

3. Elementos de la reivindicación

3.1 cosas que pueden ser reivindicadas

3.1.1 Cosas corporales e incorporales

Mediante la acción de dominio se pueden reivindicar las cosas corporales, raíces o muebles, así como las incorporales; pues, por disposición del Código Civil, *“sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo”*⁶.

Por ello, por disposición del Código Civil, *“los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia”*⁷.

Por lo expuesto, la reivindicación también puede formularse respecto de cosas incorporales, como los derechos reales. Sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad. Por ello, el usufructuario, que tiene la propiedad de su derecho de usufructo, puede plantear acción reivindicatoria contra el que posee el bien sobre el que recae el usufructo, solicitando que le sea reconocido el derecho de usufructo por el poseedor del bien, a fin de que le restituya la cosa y poder ejercer su derecho de usufructo.

También el titular del derecho de habitación puede plantear la acción reivindicatoria de este derecho contra el poseedor actual del bien y exigir su restitución para ejercer su derecho de habitación.

Respecto a la posesión de cosas incorporales, el Código Civil en el Art. 730 dispone: *“La posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal”*⁸.

Según lo dispuesto por el Art.935 C.C., pueden reivindicarse como el domi-

⁶ Código Civil de la República del Ecuador, art. 600.

⁷ Código Civil de la República del Ecuador, art. 935.

⁸ Código Civil de la República del Ecuador, art. 730.

nio los otros derechos reales, “**excepto el derecho de herencia**”, pues el derecho de herencia se reclama mediante la petición de herencia.

La universalidad jurídica, como la herencia, no puede reivindicarse, porque no es una cosa singular; por ello está protegida por la acción de petición de herencia.

3.1.2 Reivindicación de marcas, patentes.

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación –Código de Ingenios-, en el Art. 596 regula la acción reivindicatoria de marcas, patentes, etc., en los siguientes términos:

1.- La acción reivindicatoria procede cuando una marca, una patente, un certificado de obtentor, un registro de diseño industrial o un esquema de trazado de circuito integrado se hubiese solicitado u obtenido por **quien no tenía derecho a obtenerlo, o en perjuicio de otra persona que también tuviese tal derecho**.

2.- En este caso, la persona afectada podrá iniciar ante la autoridad judicial competente la acción reivindicatoria.

3.- La pretensión es la de que se le reconozca como solicitante o titular; o, como co-solicitante o cotitular del derecho.

...

La acción reivindicatoria se tramitará en procedimiento ordinario, *de conformidad con la norma general de procesos*.

3.1.3 Reivindicación de cuota de bienes proindiviso.

Se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular. Art. 936 CC.

Son elementos para la reivindicación de cuota:

1.- Que el actor sea propietario de una cuota proindiviso en un bien determinado. Se trata de una cuota abstracta, de una parte, alícuota, no de una parte física o material de la cosa. Ello significa que el bien al cual corresponde la cuota se encuentra en estado de indivisión.

2.- Debe determinarse la cuota; es decir, señalar que se trata de un tercio, un veinticinco por ciento, etc., de la propiedad indivisa.

3.- La cuota proindiviso recae sobre una cosa singular. - El bien singular sobre el que recae la cuota puede ser parte integrante de una universalidad o tratarse de un bien independiente. - Debe, entonces, singularizarse el bien respecto al que se reivindica la cuota.

Respecto a la procedencia de la reivindicación de cuota de una cosa singular que forma parte de una comunidad universal, hay criterios divergentes. Para una corriente, “*Antes de la adjudicación, ningún comunero puede decir, tratándose de una comunidad universal, que es dueño de una cuota determinada en un bien singular, y no pudiendo invocar la calidad de dueño, mal puede entablar la acción reivindicatoria que, por definición supone esa calidad*”⁹.

⁹ Alessandri R, Arturo, Somarriva U, Manuel, Vodanovic H, Antonio. Tratado de los Derechos Reales. Bienes, Tomo II- Sexta edición. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 266.

Estamos con quienes “afirman que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, sea que ésta constituya el bien común único o forme parte de una universalidad, porque la letra de la ley no distingue (Art. 936 CCE); ésta sólo exige que la cuota que se trata de reivindicar se refiera a una cosa singular y no a la universalidad jurídica dentro de la cual pueda estar comprendida. Por otra parte, negar la acción reivindicatoria de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular que forma parte de una universalidad jurídica, sería dejar prácticamente en la indefensión al comunero que no se tomó en cuenta para efectuar la enajenación de esa cosa. En efecto, ese comunero para reivindicar debería, de acuerdo con la tesis contraria, pedir el consentimiento de los otros, de los que enajenaron, los que, indudablemente, se negarán, máxime si contra ellos el adquirente puede entablar la acción de evicción. Hay más: mientras dura la comunidad, todo comunero tiene interés y derecho a que se reconozca su coparticipación y se le ponga en la coposesión de la cosa común; ninguna ley subordina el ejercicio de ese derecho a la partición; a la realización de ésta para determinar que la cosa salda de la comunidad universal por la enajenación de los otros comuneros le pertenece o no en alguna medida”¹⁰.

3.1.4 Reivindicación de títulos valor Art-. 90 del C. de Comercio del Ecuador.

En doctrina, Arturo Alessandri R, Somarriva y Vodanovic enseñan que “Se comprenderá que cuando un título de crédito al portador se pierde o por otra razón pasa ilegítimamente al poder de un tercero, el propietario puede verse en la necesidad de reivindicarlo. Para ello no hay inconveniente, si acredita su dominio y la identidad del documento. Nuestra Corte Suprema ha declarado que los títulos al portador son perfectamente reivindicables si pueden identificarse; son cosas singulares no afectas a ninguna excepción legal relativa al derecho de sus propietarios para reclamarlos del injusto poseedor o detentador”¹¹.

El Código de Comercio del Ecuador establece la procedencia de la reivindicación de los títulos valor, en los siguientes términos: “La reivindicación, el secuestro, o cualquier otra afectación o gravamen sobre los derechos consignados en un título valor o sobre las mercancías por él representadas, **no surtirán efecto si no comprende el título mismo materialmente**”¹².

3.1.5 Reivindicación de universalidades de hecho.

“Las universalidades de hecho, como un rebaño, un hato de ganado, una biblioteca, una colección filatélica, etc., sí pueden ser objeto de la reivindicación, pues son consideradas como cosas particulares para este efecto”¹³.

3.1.6 Casos en que no procede la acción reivindicatoria

1.-“No se puede reivindicar las obras que hacen parte integrante de un servicio público o que han sido incorporadas a él, en virtud de expropiación por el

¹⁰ Alessandri R, Arturo, Somarriva U, Manuel, Vodanovic H, Antonio. Tratado de los Derechos Reales. Bienes, 266.

¹¹ *Ibid.*, 268.

¹² Código de Comercio del Ecuador, art. 90.

¹³ Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. Bienes. Novena edición. (Bogotá, Colombia: Temis: 2004), 447.

Estado”¹⁴.

2.- “Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, quedará éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera”¹⁵. “Esta es la denominada acción de recobro, que no faculta al propietario para exigir la destrucción de las mejoras realizadas ni para ejercer la acción reivindicatoria Art. 739 del C Civil de Colombia”¹⁶.

3.- “Cuando se trata de una promesa de compraventa y no consta expresamente que el promitente comprador la recibió en calidad de poseedor material sino de mero detentador, la acción reivindicatoria no es procedente”¹⁷.

4.- En el caso de resolución de un contrato no es procedente la acción reivindicatoria contra terceros poseedores de buena fe. Así lo dispone el Código Civil en los Arts. 1506: “Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, **la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe**”¹⁸.

Art. 1507: Si el que debe un inmueble bajo condición lo **enajena**, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública.

5.- ¿Qué cosas muebles se exceptúan? - De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil, Art. 934, inciso 2º., se exceptúan de la reivindicación las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial en que se venden cosas muebles de la misma clase.

Pero, en el inciso tercero del Art. 934 se establece que, en este caso, justificada la circunstancia de su compra en los lugares y locales antes señalados, el poseedor no está obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que ha dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Esta norma aparentemente es contradictoria con la del inciso segundo del Art. 934 en comentario, que exceptúa de la reivindicación a los bienes muebles cuyo poseedor los haya comprado en una feria, tienda, almacén, etc.; pero en este inciso tercero se refiere a la restitución de la cosa, que tiene lugar con la acción reivindicatoria. Estimo que debemos interpretar y conciliar estas normas en el sentido de que en principio se puede plantear la acción reivindicatoria de ciertos muebles; y, si en la audiencia correspondiente se prueba que estos muebles son de propiedad del reivindicador y que han sido hurtados o robados, y más aún si tienen un valor afectivo, entonces se puede disponer la restitución a su verdadero propietario, con la obligación de éste de reembolsar al poseedor lo que ha dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla. Distinto es el caso en que se haya comprado la cosa mueble en otros sitios que no son los establecimientos mencionados por la ley, como los lugares en donde se venden cosas hurtadas o roba-

¹⁴ *Ibíd.*, 467.

¹⁵ Código Civil de la República del Ecuador, art. 685 inciso 2º.

¹⁶ Velásquez J., Bienes, 468.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Código Civil de la República del Ecuador, art. 1506-1507.

das; entonces no se aplicaría esta norma y el verdadero dueño puede reivindicar el mueble sin la obligación de reembolsar su valor, ni mucho menos que se le reconozcan gastos realizados en reparar o mejorar la cosa.

6.- El derecho de herencia no puede reivindicarse como el de dominio. Este derecho produce la acción de petición de herencia. Art. 935 CC.

7.- El Código Civil en el Art. 2203 dispone que: *"El que pagó lo que no debía, **no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe, a título oneroso**; pero tiene derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya, **si la especie es reivindicable** y existe en su poder"*¹⁹.

8.- *"Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, **no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe**"*²⁰.

3.2. Quien puede reivindicar

3.2.1.- El Propietario del bien del que no está en posesión material.-

Según lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 933, la acción reivindicatoria corresponde al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión.

El propietario del bien puede no estar en posesión del bien que pretende reivindicar por haberla perdido o porque aún no ha adquirido esa posesión, como es el caso de los herederos que podrán hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos. Art. 1291 CC.

El Código Civil, en el Art. 937, establece que la acción de dominio corresponde al que tiene la propiedad:

- 1.- Plena, es decir con todas las facultades de uso, goce y disposición;
- 2.- O nuda, es decir sin el derecho de goce en cuanto otra persona tiene el derecho de usufructo; Art. 599 CC.
- 3.- Absoluta, es decir que es perfecta e irrevocable y no está sujeta a condición en cuanto a su duración;
- 4.- O fiduciaria, que es la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. Art. 748 CC.

3.2.2.- Reivindicación por el cónyuge o sus herederos de bienes sociales indebidamente dispuestos.

Si el cónyuge o sus herederos probaren haberse enajenado alguna parte de los bienes de la sociedad conyugal, sin los requisitos exigidos por la ley, podrán ejercer el derecho de reivindicación contra el actual poseedor. Art. 184 CC.

3.2.3.- Acción reivindicatoria por quien ha obtenido la propiedad por prescripción adquisitiva.

Puede plantear acción reivindicatoria quien puede alegar la prescripción adquisitiva de dominio, por haber estado en posesión del bien todo el plazo exi-

¹⁹ Código Civil de la República del Ecuador, art. 2203.

²⁰ Código Civil de la República del Ecuador, art. 1506.

gido por la ley y en las condiciones exigidas por la misma.

3.2.4.- Puede reivindicar quien compró el bien antes de la partición?

“La jurisprudencia en el sentido de que la enajenación de la cosa común está subordinada al resultado de la partición, y que, por tanto, no puede reivindicar el que antes de la partición hubiere comprado, a no ser que el bien se adjudique al que enajenó, es abundantísima. Así mismo, se afirma que no vale la hipoteca constituida sobre un inmueble que no resulta adjudicado al que constituyó el gravamen”²¹.

Pues este es el efecto de considerar a la partición con el carácter de declarativa, lo que trae como consecuencia que la adjudicación se retrotrae a la fecha de la apertura de la sucesión; y que, los actos y contratos celebrados por el coasignatario respecto de los bienes en indivisión quedan sin valor si en la partición no se le adjudica el bien o bienes que fueron objeto del acto o contrato.

El Código Civil en el Art. 1360, inciso 2º establece que si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena. Se aplica el efecto retroactivo de la partición y en consecuencia el vendedor no ha tenido derecho alguno, y, a la vez, se presume que el bien ha pertenecido al adjudicatario, por lo que éste sí podrá reivindicar el bien enajenado.

3.2.5.- Los herederos universales del causante pueden plantear acción reivindicatoria de un inmueble de la sucesión, antes de la partición?

El Código Civil en el Art. 1291 prescribe: *“El heredero podrá hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos”²²*. Esta norma exige dos requisitos para que proceda la acción reivindicatoria en el caso: 1) que el actor demuestre la calidad de heredero del causante propietario del bien que se pretende reivindicar; pues el heredero representa al causante-propietario; y, 2) que el bien hereditario esté en posesión de un tercero, sin que la ley limite el ejercicio de la acción a que la ejerzan todos los herederos de consuno; la ley no establece tal condición de que para demandar la reivindicación de bienes hereditarios deban comparecer todos los herederos.

Tampoco es necesario que los herederos hayan procedido a la partición de los bienes hereditarios, previamente a formular la demanda de reivindicación de bienes hereditarios en posesión de terceros; pues en tal caso, al haberse producido la partición, cada uno de los herederos pasan a ser propietarios individuales, únicos y exclusivos de los bienes que les correspondieron en la partición y adjudicación; pues en tal caso, cada uno de ellos ejercerá la acción de dominio.

En doctrina, el profesor Luis Claro Solar expone al respecto: *“Es indiferente...que la cosa singular cuyo dominio corresponde pro indiviso a varias perso-*

²¹ Larrea Holguín, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Los Bienes y la Posesión, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo V (Quito, Ecuador 1986), 297.

²² Código Civil de la República de Ecuador, art. 1291.

nas forme parte de una universalidad o comunidad no liquidada. Si para intentar la acción reivindicatoria de una cuota pro indiviso de una cosa singular fuera necesario que esta hubiere salido de la universalidad jurídica por la adjudicación a favor de uno de los comuneros, no existiría tal reivindicación de cuota pro indiviso...El caso que la ley contempla es precisamente el contrario, o sea el de una cosa singular en el que el demandante tiene una cuota pro indiviso”²³.

La herencia es una universalidad jurídica

Cuando el poseedor de bienes de la sucesión no pretende ser heredero, la acción para la restitución de esos bienes es la reivindicatoria; pues en la acción de petición de herencia se discute la calidad de heredero, en la reivindicatoria la restitución de la posesión del propietario del bien.

Según lo dispuesto en el Art. 1291 del Código Civil, el heredero puede hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritos por ellos. En la acción reivindicatoria propuesta por herederos la causa de pedir es la calidad de dueño del reivindicador, y, si se acepta la demanda, la cosa se restituye a la masa hereditaria, aun que haya demandado un solo heredero.

Si un bien de la sucesión es poseído por terceros, todos los herederos, unos o uno, pueden hacer uso de la acción reivindicatoria, pero para que el bien se restituya a la masa hereditaria. Si hay varios herederos de la comunidad indivisa no procede que uno plantee la reivindicación del bien para sí, porque no se cumplen los requisitos para esta acción.

Distinto es el caso de la **reivindicación de cuota**, que procede siempre que existan los siguientes elementos: a) una cuota determinada, como de un tercio, el veinticinco por ciento, etc.; b) que la cuota sea pro indiviso, es decir una parte alícuota del bien, no una parte material; c) que la cuota esté referida a una cosa singular. Art. 936 CC.

Sobre la acción reivindicatoria propuesta por herederos, Guillermo Bossano expresa que una *“acción que ampara a los herederos es la que se conoce con el nombre de acción reivindicatoria, precisamente mediante la cual, cuando los bienes sucesorios están en poder de terceras personas que **no son ni creen ser herederos**, a los genuinos les corresponde intentarla, a efecto de que el juez les reconozca como tales y ordene al poseedor extraño restituir todo cuanto constituye materia de la asignación a título universal, al legítimo sucesor del de cuius. ¿Quién tendrá derecho a plantear la acción reivindicatoria? Pues, simplemente el heredero o herederos, personalmente o por procurador especial, desde luego que lo que precisamente constituye la esencia de la acción es que está consagrada tan sólo a favor del heredero, cuyo patrimonio materia de la herencia está en poder de terceras personas, que ni siquiera invocan a su favor*

²³ Claro Solar, Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno, volumen IV, De los Bienes, tomo 9º, (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979), 284.

la calidad de sucesores a título universal”²⁴.

Roberto Suárez Franco, comentando el Art. 1325 del Código Civil de Colombia (Art. 1291 del Código Civil del Ecuador) que faculta al heredero para hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas reivindicables que hayan pasado a terceros y que no hayan sido prescritas por ellos, comenta que: *“La situación de cuyo estudio nos ocupamos contempla tres eventualidades: la primera considera el caso en que los herederos, antes de la adjudicación y partición de la herencia, pueden reivindicar bienes pertenecientes a la masa herencial que se encuentren en posesión de terceros, reivindicación que se entiende orientada a favor de la comunidad herencial. La segunda eventualidad prevista por el Art. 1325 consiste en que los herederos pueden reivindicar bienes que hacían parte de la masa herencial, una vez verificada la partición y adjudicación, cuando estos bienes hayan sido adjudicados y se encuentren poseídos por terceros. En estos casos reivindica el heredero para sí. La tercera eventualidad se contempla para el caso en que los herederos puedan reivindicar como consecuencia de la acción de petición de herencia bienes que pertenecían a esta y que han sido adjudicados a un heredero putativo, cuando acreditan un mejor derecho a poseer esos bienes por ser preferente su título de heredero. En este caso reivindican con fundamento en que la propiedad del bien reivindicado pertenecía al causante y a ellos a de corresponder por ser herederos con mejor derecho a heredar”*²⁵.

3. Jurisprudencia

El heredero puede reivindicar para la herencia un bien singular perteneciente a la sucesión

“CUARTA.- No ha merecido consenso doctrinario ni jurisprudencial, el criterio esgrimido como principio general por la Sala de apelación, en virtud del cual el heredero no puede ser por sí solo, sin la concurrencia de los demás coherederos, reivindicar un inmueble perteneciente a la indivisión hereditaria. Al respecto, la Corte Suprema de Colombia, en fallo de casación de 27 de febrero de 1946, reiterado en el de 14 de marzo de 1956, se expresa, así: “Al fallecer una persona, un heredero puede encontrarse con respecto a la universalidad herencial o a determinados bienes de ésta, en cualquiera de los casos siguientes: a) en presencia de terceros que poseen bienes singulares de la mortuoria a título de dueños; b) ante terceros que ocupan la herencia a título de herederos; c) ante terceros que están en posesión de determinados bienes herenciales por haberlos adquirido de manos de herederos putativos. En tal evento el heredero puede ejercitar las acciones que le competen, así: por medio de las acciones petitorias o posesorias, reales o personales, que corresponderían al causante si viviera. Obra como representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia debe demandar para ésta, para la universalidad herencial...”...Como sucesor de todos los derechos del difunto, y como titular del dominio per uni-

²⁴ Bossano, Guillermo, Manual de derecho sucesorio, Tomo 2, (Quito, Ecuador), 168-169.

²⁵ Suárez Franco, Roberto. Derecho de Sucesiones. Sexta edición, (Bogotá, Colombia. Temis, 2015), 359.

versitatem sobre los bienes de la herencia, al heredero pasan todas las acciones que el de cuius tenía, y así puede, representando la sucesión y pidiendo para ella, incoar cualquier acción mueble o inmueble, tal cual podría haberlo hecho el de cuius en vida...Debe advertirse, por ser de vital importancia, que el heredero, en la acción de dominio, no puede pedir para sí, pues carece de señorío singular sobre los bienes de la herencia; debe pedir para la herencia misma... Es evidente, pues, que el heredero puede, sin necesidad de la intervención de los demás coherederos, porque éstos no existan o existiendo sea imposible localizarlos, o sean desconocidos, etc., reivindicar para la herencia, no para sí mismo, una cosa singular perteneciente a la sucesión, y que se encuentre en poder de un tercero poseedor, porque el derecho a la conservación de la cosa común nace no sólo del interés que el accionante tiene, sino también de los demás indivisarios..." (9612-04, Exp. 444-96, R. O. 124, 97-02-06)

Reivindicación de cuota

"TERCERO.- ...Es indiferente, dice Claro Solar, que la cosa singular cuyo dominio corresponde proindiviso a varias personas forme parte de una universalidad o comunidad no liquidada. Si para intentar la acción reivindicatoria de una cuota proindiviso de una cosa singular fuera necesario que ésta (la cosa singular) hubiera salido de la universalidad jurídica por la adjudicación a favor de uno de los comuneros, no existiría tal reivindicación de cuota proindiviso... El caso que la ley contempla es precisamente el contrario, o sea el de una cosa singular en el que el demandante tiene una cuota proindiviso (Explicaciones de Derecho Civil Chileno, Tomo IX, No. 1729)". Lo propio ocurre con el criterio de Alessandri en el "Curso de Derecho Civil", Tomo II, de los Bienes, "Nadie duda de que se pueda reivindicar una cuota proindiviso de una cosa singular cuando ésta constituye el único bien de la comunidad, o sea, cuando la comunidad es de objeto simple"²⁶ ninguna ley subordina el ejercicio de ese derecho a la partición; a la realización de ésta para determinar que la cosa salida de la comunidad universal por la enajenación de los otros comuneros, le pertenece o no en alguna medida. La jurisprudencia última se inclina a esta tesis, según puede verse en el Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas (Código Civil, Tomo II, Art. 892, págs. 200-2002. El propio tratadista enseña que, "La circunstancia de que la herencia esté protegida por la acción especial de protección de herencia no significa que el heredero no pueda entablar la acción reivindicatoria"²⁷.

3.2.6.- Reivindicación por el legatario de especie

El legado de especie consiste en la asignación que hace el testador de un bien debidamente determinado y singularizado.

El legatario de especie adquiere el dominio sobre el bien asignado en el momento de abrirse la sucesión; esto es en el momento de la muerte del testador, sin que sea menester la entrega de la cosa.

De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 1146 "la especie legada se debe en el estado en que existiere al tiempo de la muerte del

²⁶ Alessandri R, Arturo, Curso de Derecho Civil, Tomo II, De los bienes, 783-784

²⁷ *Ibid.*, 781.

testador, comprendiendo los utensilios necesarios para su uso y que existan con ella”²⁸.

Manuel Somarriva U, enseña que “el legatario de una especie o cuerpo cierto adquiere el bien legado por el solo fallecimiento del causante. Consecuencia de este principio es que aun cuando el legado sea de inmuebles, el legatario adquiere el dominio independientemente de toda inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Esta se requiere únicamente para conservar la historia de la propiedad raíz”.

Continúa manifestando “El hecho de que el legatario sea dueño de la especie desde el fallecimiento del causante trae consigo variadas consecuencias del más alto interés:

1º. Si los herederos se niegan a efectuar la entrega de la especie legada, **el legatario puede reclamarla mediante la acción reivindicatoria**, pues es un propietario desprovisto de la posesión. Así lo ha declarado la Corte Suprema.

...

3º. El legatario de un cuerpo cierto se hace dueño de los frutos desde el fallecimiento del causante, conforme al principio de que las cosas producen y perecen para su dueño, y desde ese momento el legatario es dueño de la especie”²⁹.

3.2.7.- Legitimación para el planteamiento de acción reivindicatoria por parte de una Comuna.

El Art. 8 de la Ley de Organización y Régimen de las Comunas establece que el órgano oficial y representativo de la Comuna es el cabildo; el Art. 14 establece que el representante judicial y extrajudicial en todos los actos y contratos de la Comuna es el cabildo, el Art. 17, literal d) atribuye al cabildo la facultad de defender, judicial y extrajudicialmente, la integridad del territorio que pertenezca a la comuna; el Art. 19, literal c) que establece como deber y facultad del presidente del cabildo “informar, por escrito o de palabra, en la sesión solemne del primero de enero de cada año, en la cual toma posesión el nuevo cabildo, de las principales gestiones y actividades del cabildo cesante”.

Si bien de acuerdo a las disposiciones en referencia, la representación judicial y extrajudicial de la comuna corresponde al cabildo, siendo éste un organismo, que como tal no puede actuar materialmente, la representación legal la ejerce el cabildo a través de su presidente; y, por consiguiente, el presidente está legitimado para plantear acción reivindicatoria.

3.2.8 Derecho de los socios o accionistas a ejercer la acción reivindicatoria contra terceros poseedores de las especies que fueron aportadas a la compañía, cuyo contrato de constitución o acto societario ulterior ha sido objeto de cancelación registral.

²⁸ Código Civil de la República del Ecuador, art. 1146.

²⁹ Somarriva Undurraga, Manuel. Derecho Sucesorio, (Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 1983), 265.

La Ley de Modernización a la Ley de Compañías del Ecuador regula la cancelación registral del contrato constitutivo de compañías o de cualquier acto societario ulterior, como por ejemplo un aumento de capital, y de sus efectos.

Esta cancelación registral dispuesta por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros retrotraerá las cosas al estado anterior a la inscripción de dicho acto en el Registro Mercantil.

Cualquier cancelación registral de actos societarios confiere a las partes el derecho, previa resolución judicial o arbitral, para retrotraer las cosas al mismo estado en que se hallarían si no se hubiere realizado el acto cancelado, lo que genera los siguientes efectos:

1.- El derecho a la devolución de aportes efectuados al capital social de la compañía o para cualquiera otra restitución.

2.- El derecho de los socios o accionistas a ejercer la acción reivindicatoria contra terceros poseedores de las especies que fueron aportadas a la compañía, cuyo contrato de constitución o acto societario ulterior ha sido objeto de cancelación registral, para la restitución de estos bienes. Art. 457.1 Ley de Compañías.

3.2.9.- Prueba del dominio y de la tradición.-

3.2.9.1 Actor y demandado presentan títulos sobre el mismo bien

El reivindicador debe acreditar su derecho real con el título y el modo de adquisición. Para que proceda la acción reivindicatoria hay que probar el derecho de dominio y cómo se adquirió; y, al respecto hay modos originarios y modos derivativos de adquirir el dominio. Modo originario de adquirir el dominio es aquel en el que no existe el traspaso de dominio de otra persona, sino que el titular del derecho de dominio es el primero. En cambio, son modos derivativos aquellos en los que existe traspaso de dominio (transferencia o transmisión) del antecesor al actual titular; y, por lo tanto, el sucesor no adquiere más derechos que los que tenía el predecesor.

Son modos originarios de adquirir el dominio: la ocupación, la accesión y la prescripción, que se sustentan en hechos que pueden acreditarse por los medios establecidos por la ley. Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no está prohibida por las leyes ecuatorianas, o por derecho internacional, Art. 622 CC. Se adquiere por accesión cuando el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella, Art. 659 CC. La adquisición del dominio por prescripción exige la posesión por el tiempo necesario para prescribir.

La tradición y la sucesión por causa de muerte son modos derivativos de adquirir el dominio; y, en este caso, se debe demostrar la validez de la adquisición del actual titular, así como el derecho de la persona que lo transfirió o transmitió.

Sólo mediante la tradición puede el reivindicador demostrar su calidad de propietario del bien que pretende reivindicar; pues si presenta, por ejemplo, la

escritura de compraventa del inmueble, pero no ha realizado la inscripción de este título en el Registro de la Propiedad, no existe la tradición del bien; y, por lo tanto no procede plantear acción reivindicatoria.

En cuanto a la adquisición del dominio por prescripción, el Código Civil en el Art. 2413 dispone: *“La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros, sin la competente inscripción”*³⁰.

En el caso de que actor y demandado aleguen titularidad del dominio sobre el bien que se pretende reivindicar, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en múltiples fallos (Res. No. 411 R O 225 de 15 de diciembre del 2000.- Res. No. 205-2003, R O 188 de 13 de octubre de 2003.- Res. No. 341-2000 R O 203 de 14 de noviembre del 2000) se ha pronunciado en el sentido de que debe exigirse probar la regularidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad y de que el juez debe pronunciarse sobre la validez y eficacia de los títulos para producir la tradición a favor del titular. Estas exigencias se cumplen con el certificado del que consta la historia de inscripción por más de quince años. Es decir que, no basta con presentar el certificado del Registrador de la Propiedad del que conste la tradición del dominio a favor de uno de los litigantes; pues debe verificarse la validez de la tradición; pues la venta pudo haberse efectuado por quien no es el legítimo propietario del bien. Al respecto, el Art. 698 del C Civil establece que si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada³¹. Pero, en el inciso segundo de esta norma se establece que, si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición. Es decir que, si el vendedor del inmueble no es el verdadero dueño del bien, no puede transferir el derecho de dominio del mismo.

El Código Civil en el Art. 599 define así al dominio o propiedad: *“El dominio, que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, conforme a las disposiciones de las leyes y respetando el derecho ajeno, sea individual o social”*³².

De esta definición se establece que el dominio o propiedad confiere a su titular los siguientes derechos: a) El derecho de usar o utilizar la cosa, como el de habitación; b) El derecho de usufructo o de aprovecharse de los frutos; y, c) El derecho de disponer del bien a cualquier título (venta, donación, etc). Son modos de adquirir el dominio: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción (Art. 603 CC, reformado por la Ley Orgánica de Extinción de Dominio). La tradición es definida en el Art. 686 del Código Civil en los siguientes términos: *“La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y **consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro**, habien-*

³⁰ Código Civil de la República del Ecuador, art. 2413.

³¹ Código Civil de la República del Ecuador, art. 698.

³² Código Civil de la República del Ecuador, art. 599.

do, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo. **Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales**³³

La tradición de bienes raíces se efectúa y legaliza con la inscripción del título en el Registro de la Propiedad del cantón en donde se ubica el inmueble, conforme lo disponen los artículos 702 y 703 del C. Civil; y, corresponde a uno de los modos derivativos de adquirir la propiedad. De tal manera que si el comprador de un inmueble, por ejemplo, no ha hecho la tradición del mismo, no tiene acción para reivindicarlo, porque aún no es propietario del bien.

Pero hay que analizar la validez de esta inscripción para efectos de hacer justicia. Para que la tradición sea válida, es necesario que el tradente sea el verdadero dueño del bien que se transfiere, conforme lo dispone el Art. 1591 del Código Civil en sus incisos primero y segundo: *“El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño.- Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar”*³⁴. Asimismo, el Código Civil en el Art. 698 establece: *“Si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada”*³⁵.

En conclusión, son requisitos para la validez de la tradición de un bien raíz: 1) La facultad del tradente para transferir el inmueble cuya propiedad se transfiere; 2) Que se realice voluntariamente por el tradente o por su representante; 3) El consentimiento del adquirente o de su representante; 4) La capacidad del adquirente; y, 5) La inscripción del título de propiedad en el Registro de la Propiedad del cantón en donde se ubique el bien. Por todo ello, la inscripción en el registro de la propiedad de los títulos de dominio de los bienes raíces, cumple un trascendental papel para la seguridad jurídica de la propiedad; y, por ello también, el registrador debe observar el **principio de tracto sucesivo** riguroso en aquella inscripción, de tal suerte que, solamente pueda disponer de un predio quien tenga la inscripción de la propiedad actualmente a su nombre en forma legal. Por tanto, en el registro debe constar una sucesión cronológica de todos los actos de adquisición, transferencia, gravámenes y modificaciones que afecten al inmueble inscrito. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia mediante resolución publicada en el RO 399 del 17 de noviembre del 2006, establece que: *“es propietaria de un inmueble la persona cuyo título adquisitivo de dominio se encuentre legalmente inscrito en el registro de la propiedad; y solo ella o quien legítimamente le represente o le sustituya en sus derechos puede enajenarlo o transferirlo”*.

Si los títulos que presentan las partes provienen de diferentes vendedores, no es aplicable lo dispuesto en el Art. 1757 del C Civil que regula la enajenación

³³ Código Civil de la República del Ecuador, art. 686.

³⁴ Código Civil de la República del Ecuador, art. 1591.

³⁵ Código Civil de la República del Ecuador, art. 698.

de una misma cosa a dos personas por parte de un mismo vendedor.

3.2.9.2 El titular del dominio del inmueble cuya reivindicación se pretende lo adquirió de la persona que a su vez lo adquirió por sentencia que declara la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, inscrita en el registro de la propiedad.

Al respecto, en cuanto a los efectos de la sentencia Couture enseña que: *“La sentencia tiene como efecto fundamental la producción de la cosa juzgada. A tal punto este efecto es el más importante y significativo de todos, que más que de un efecto de la sentencia corresponde hablar de un efecto del proceso y de la misma función jurisdiccional”*. Para este mismo autor los efectos de las sentencias declarativas, entre las que se encuentran las que se pronuncian en los juicios de prescripción *“tienen una retroactividad que podría considerarse total”*; y, luego agrega *“En el ejemplo propuesto de la prescripción adquisitiva, lo único que hace la sentencia es declarar la existencia de un anterior estado de hecho y de sus consecuencias de derecho; cuando el juez declara que el actor ha poseído treinta años y ha adquirido el dominio por prescripción, pone virtualmente las cosas en el estado que estaban en el instante mismo en que se consumaba esa prescripción. La declaración del juez vale tanto como si hubiere sido dictada en el instante preciso en que se cumplieron los treinta años de posesión. La retroactividad de la sentencia declarativa, en cuanto declaración, es, pues absoluta, con relación al instante de adquisición del derecho declarado”*³⁶.

3.2.9.3 Venta de la misma cosa a dos personas, quien tiene preferencia.

El Código Civil en el Art. 1757 ha previsto el caso de la venta separada de una misma cosa a dos personas y establece las siguientes reglas:

1.- Cuando uno de los compradores ha entrado en posesión del bien, será preferido al otro que no ha entrado en posesión.

2.- Si el vendedor ha hecho la entrega a los dos, aquél a quien se haya hecho primero será preferido. En la práctica resulta esta regla de imposible aplicación, porque no se puede dar el caso de que el registrador de la propiedad inscriba simultáneamente la venta del mismo inmueble por separado a dos personas, o de que el vendedor haga la entrega material del mueble simultáneamente a las dos personas que compraron por separado.

3.- Si no se ha entregado a ninguno, prevalecerá el título más antiguo.

La regla general para que proceda la aplicación de una de estas normas es la de que, la venta de una misma cosa a dos personas por separado sea hecha por un mismo vendedor; por ello el Art. 1757 en comentario empieza expresando que *“Si alguno vende separadamente...”*

3.2.9.4 El título de propiedad se ha otorgado por quien no era verdadero dueño.

³⁶ Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. (Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1997), 327 y 328.

Cuando en el juicio reivindicatorio el demandado alega también ser dueño del bien a reivindicarse y presenta el título correspondiente, el juzgador de la causa debe estudiar ambos títulos, el del actor y el del demandado, para determinar su validez y decidir cuál de ellos fue eficaz para producir la tradición a favor de su titular. Al respecto, la jurisprudencia y la doctrina sostienen que si los títulos emanan de autores diferentes y se remontan a más de quince años, se preferirá aquél se halle en posesión del bien.

Puede ocurrir que el demandado en reivindicación de un inmueble del que está en posesión no haya logrado la inscripción de su título, pero el bien fue adquirido de su verdadero dueño; mientras que el actor de la demanda de reivindicación, si bien ha logrado la inscripción de la compraventa, por ejemplo, en el registro de la propiedad, no ha adquirido el bien del verdadero dueño. Ello debe calificar al juzgador en el proceso de reivindicación.

Al contrario, puede ocurrir que el verdadero dueño del inmueble, porque por ejemplo lo ha comprado al titular del dominio de ese bien, no ha logrado inscribir en el registro de la propiedad el título de compraventa; y, el bien se encuentra en posesión de otra persona con título inscrito en el registro de la propiedad, pero que no adquirió el bien a su verdadero dueño. En este caso no procede la acción reivindicatoria, porque el actor no es titular del dominio del inmueble.

3.3 Contra quien se puede reivindicar

3.3.1 Actual poseedor.- De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 939, *la acción de dominio se dirige contra el actual poseedor.*

La Ley no determina la calidad de la posesión para que proceda la acción reivindicatoria, puede ser regular o irregular, de buena o mala fe, (Art. 944 CC.) con título o sin título.

Según lo previsto por el Código Civil en el Art. 940, puede ocurrir que el bien que se pretende reivindicar esté en poder de un mero tenedor que lo tiene a nombre de otra persona, quien es el poseedor. En este caso, *“el mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene”*³⁷.

3.3.2.- Falso poseedor.- El Código Civil ha previsto también el caso de que el bien que se pretende reivindicar esté en poder de falso poseedor. Al respecto, el Art. 941 establece que *“si alguno, de mala fe, se da por poseedor de la cosa que se reivindica, sin serlo, será condenado a la indemnización de todo perjuicio que de este engaño haya resultado al actor”*³⁸. En este caso no procede la acción reivindicatoria, porque la acción de dominio no ha sido dirigida contra el actual poseedor; pero la ley establece la sanción de indemnización de todo perjuicio en contra del falso poseedor.

³⁷ Código Civil de la República del Ecuador, art. 940.

³⁸ Código Civil de la República del Ecuador, art. 94.1

3.3.3.- *Coposeedores.* - Si el bien que se pretende reivindicar es poseído por varias personas en común, la acción debe dirigirse contra todos los coposeedores.

Cuando el inmueble cuya reivindicación se pretende se encuentra en posesión de varias personas en común, es decir hay varios coposeedores, según la doctrina *"La reivindicación de una cosa poseída por varios en común debe dirigirse contra todos los comuneros, ya que uno de éstos no representa a los demás"*³⁹.

3.3.4.- Posesión amparada en la ley o en el contrato.

3.3.4.1.- *El promitente vendedor plantea reivindicación al promitente comprador.* -

Se han dado casos en que el promitente vendedor de una inmueble demanda la reivindicación del mismo al promitente comprador, quien se encuentra en posesión del inmueble en virtud del contrato legalmente celebrado, en el que se ha convenido que entre en posesión del bien; contrato que por lo dispuesto en el Art. 1561 del Código Civil es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causales legales. En este caso, el demandado no es poseedor arbitrario, pues mantiene la posesión del bien que se pretende reivindicar con base en el contrato de promesa de compraventa del inmueble, el mismo que ha sido legalmente celebrado y se encuentra vigente, y es ley para los contratantes.

Al respecto, es necesario anotar que cuando la posesión está amparada por la ley o por un contrato, no cabe la acción reivindicatoria, pues no se trata de una retención indebida de la cosa, ya que ha sido la voluntad de las partes, en el caso del propio promitente vendedor y actor en la causa de reivindicación, que el promitente comprador y demandado, mantenga la posesión del inmueble materia del juicio de reivindicación.

Esto significa que cuando existe un título o un contrato que determine la posesión legal de la cosa, como en este caso lo es el contrato de promesa de compraventa, no cabe la acción de dominio o reivindicatoria. Para que esta acción prospere en este caso es necesario que el contrato que otorga la posesión, en este caso el de promesa de compraventa, haya quedado sin efecto, ya sea por mutuo acuerdo de las partes, ya sea por una resolución judicial ejecutoriada que declare la resolución del contrato.

Inclusive en caso de que se declare judicialmente la resolución del contrato de compraventa, da origen a la acción reivindicatoria como consecuencia legal de la ruptura del contrato de compraventa y de la cancelación consiguiente del título de dominio.

Queda claro que para demandar la reivindicación de un bien inmueble cuya posesión le fue otorgada al promitente comprador por voluntad propia del promitente vendedor, es necesario demandar primeramente y obtener la resolución

³⁹ Alessandri R, Arturo, Somarriva U, Manuel, Vodanovic H, Antonio. Tratado de los Derechos Reales. Bienes, 284.

del contrato de promesa de compraventa; acción que también puede interponerse conjuntamente con la acción reivindicatoria.

De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 1505 “En los contratos bilaterales (como el de compraventa) va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”⁴⁰, como por ejemplo la falta de pago del precio de compraventa. Es decir en estos contratos bilaterales la ley ha previsto condición resolutoria tácita.

3.3.5.- Se puede reivindicar contra quien dejó de ser poseedor

3.3.5.1.- Poseedor de buena fe que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer en el curso del juicio.

El poseedor de buena fe que **en el curso del juicio** se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa, queda sujeto a las disposiciones sobre el poseedor de mala fe. Art. 944, inciso cuarto, CC.

3.3.5.2.- Acción contra el poseedor que enajenó la cosa antes de trabada la litis.

La acción de dominio procede también contra el poseedor de buena fe que enajenó la cosa antes de trabada la litis; pero en este caso, **para la restitución de lo que haya recibido por ella**, siempre que, por haberla enajenado, se haya hecho imposible o difícil su persecución; **y, si la enajenó a sabiendas de que era ajena, para la indemnización de todo perjuicio**. En este caso, para que proceda la acción de dominio deben cumplirse dos requisitos:

- Pérdida de la posesión por el poseedor por la enajenación de la cosa que realizó.
- Imposibilidad o dificultad de la persecución de la cosa en otras manos.
- Que la dificultad o imposibilidad de perseguir la cosa provenga de la enajenación que efectuó el primitivo poseedor.

Además, el Art. 942 CC contiene las siguientes reglas al respecto:

1ª. Si el poseedor la enajenó a sabiendas de que era ajena la cosa, la acción reivindicatoria procede para la indemnización de todo perjuicio.

2a. El reivindicador que recibe del enajenador lo que se ha dado a éste por la cosa, **confirma por el mismo hecho la enajenación**.

Para algunos autores la acción reivindicatoria para reclamar lo que el poseedor recibió por ella, mantiene su carácter real y reivindicatorio, porque entra en juego la subrogación real, esto es la sustitución de una cosa por otra como objeto del derecho, por ficción de la ley; el valor de la cosa reemplaza a ésta en la restitución; criterio que compartimos. Para otros, esta acción real se convierte en personal en cuanto persigue la entrega de ciertos valores a que está obligada determinada persona.

Sobre este tema, A. Alessandri, M. Somarriva y A. Vodanovic enseñan que

⁴⁰ Código Civil de la República del Ecuador, art. 1505.

“si la enajenación no ha sido a título oneroso, esta acción de dominio no procede: si el poseedor de buena fe, creyendo que era suya la cosa, la donó, nada tiene que restituir por esta vía, que supone haber recibido algo por la cosa”⁴¹.

El reivindicador que recibe del enajenador lo que se le ha dado por la cosa, confirma por el mismo hecho la enajenación. Art. 942, inciso 2º. CC.

3.3.5.3 Acción reivindicatoria contra herederos del poseedor.-

Si la persona que estuvo en posesión del bien fallece y deja herederos, el actor de la demanda de reivindicación tendrá que determinar quién o quiénes de los herederos han quedado en posesión del bien; pues la posesión no se transmite a los herederos.

3.3.5.4.- Extensión de la acción reivindicatoria al embargo de terceros.

De acuerdo a lo dispuesto por el Art. 947 CC., en el caso de que el tercero a quien el poseedor enajenó la cosa le debe a éste todo o parte del precio o la cosa que se obligó a permutar, *la acción reivindicatoria se extiende al embargo*; es decir, el actor de la reivindicación que demanda al poseedor que enajenó la cosa puede pedir el “embargo” de lo que el tercero adeuda al demandado.

Estimamos que también puede pedir la retención de esos valores.

3.3.5.5.- Acción contra el poseedor de mala fe.

Contra el que poseía de mala fe, y por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, podrá intentarse la acción de dominio, **como si actualmente poseyese**. Art. 944, inciso 1º. CC. Son elementos para la acción de dominio en este caso:

1.- Cuando el que poseía de mala fe ha dejado de poseer por culpa o por cualquier hecho suyo, como la enajenación, destrucción de la cosa, pérdida, abandono. Notemos que, en cambio, contra el poseedor de buena fe que ha dejado de poseer procede la acción de dominio cuando ha enajenado la cosa y por ello se ha hecho imposible o difícil su persecución.

2.- Contra el poseedor de mala fe la acción de dominio podrá intentarse como si actualmente poseyese el bien que se pretende reivindicar. Ello implica que se pretende la restitución de la cosa con todos sus accesorios, frutos y demás prestaciones. Por ello, los tratadistas A. Alessandri, M. Somarriva y A. Vodanovic enseñan: *“En consecuencia, si el poseedor de mala fe es vencido en el juicio, deberá recuperar la cosa para restituirla al reivindicador, y si no lo puede lograr, deberá pagarle el valor de ella, además de las prestaciones antedichas, que en todo caso debe cumplir. Si el poseedor enajenó a sabiendas de que era ajena la cosa, y por la enajenación la persecución de ésta se ha hecho imposible o difícil, deberá indemnizar al reivindicador de todo perjuicio”⁴².* En cambio, contra el poseedor de buena fe la acción de dominio se dirige para que restituya al reivindicador lo recibido por la cosa.

Si el poseedor de mala fe, que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer,

⁴¹ Alessandri R, Arturo, Somarriva U, Manuel, Vodanovic H, Antonio. Tratado de los Derechos Reales. Bienes, 285.

⁴² Ibid., 286.

paga el valor de la cosa, y el reivindicador lo acepta, sucederá en los derechos del reivindicador. Art. 944, inciso 3º. CC. En este caso, el reivindicador no está obligado al saneamiento. Art. 944, inciso final, CC.

3.3.5.6.-Derechos y obligaciones del poseedor de mala fe que por hecho o culpa suya dejó de poseer.

El poseedor de mala fe, que de cualquier modo haya dejado de poseer, y aunque el reivindicador prefiera dirigirse contra el actual poseedor, respecto del tiempo que ha estado la cosa en su poder, tendrá las obligaciones y derechos que según el Título de la Reivindicación corresponden a los poseedores de mala fe, por razón de frutos, deterioros y expensas, como se analizará más adelante. Art. 944, inciso 2º. CC.

3.3.5.7 Acción reivindicatoria en contra de subadquirentes.

De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 1706 *la nulidad (de un contrato) judicialmente declarada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales.*

En este caso la reivindicación del bien da eficacia a la acción de nulidad.

Sobre este tema el profesor chileno Hernán Corral Talciani se pregunta ¿Cómo podría un tercero que obtiene la nulidad conseguir la restitución de la cosa si ha pasado del contratante-adquirente a un subadquirente? Y se refiere al caso de la enajenación de un bien social efectuada sin la autorización del otro cónyuge si el comprador a su vez la ha enajenado a otro. Al respecto, comentando el Art. 1689 del Código Civil Chilena, que corresponde al Art. 1706 del Código Civil del Ecuador y al 1748 del CC colombiano, expresa *“Hay que fijarse que el art. 1689 del Código Civil [1748CC col.] no dice que el dueño podrá reivindicar sino que la nulidad <da acción reivindicatoria>. En nuestro concepto, esta redacción de la norma permite sostener que en estos casos el tercero (que demandó la nulidad) puede ejercer la acción reivindicatoria como si fuera el dueño. Es decir, habría aquí un caso de subrogación autorizada específicamente por la ley. El tercero se subroga en los derechos del dueño para demandar la restitución de la cosa de manos de un tercero subadquirente, previa la declaración de nulidad.”*⁴³.

Concluye el antes citado tratadista: *“Por ello, no vemos inconveniente, para dar celeridad al proceso, que se ejerzan conjuntamente por un tercero la acción de nulidad de un contrato contra las partes contratantes y la de reivindicación en contra del tercero actual poseedor”*⁴⁴.

3.3.6 La parte demandada puede reconvenir al actor.

3.3.6.1.- La demandada reconviene al actor de la acción reivindicatoria la prescripción ordinaria del lote de terreno que se pretende reivindicar.

De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 2406: *“Contra*

⁴³ Corral Talciani, Hernán. Estudios sobre Contratos y Obligaciones, (Bogotá, Colombia: Ibañez, 2016), 109.

⁴⁴ Ibid., 110.

*un título inscrito no tendrá lugar la prescripción **ordinaria** adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de **otro título inscrito**, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo*⁴⁵.

El tiempo necesario para la prescripción ordinaria es de cinco años para los bienes raíces.

Cada dos días se cuenta entre ausentes por uno solo, para el cómputo de los años.

Se entienden presentes, para los efectos de la prescripción, los que viven en el territorio de la República, y ausentes, los que residen en nación extranjera. Art. 2408 CC.

3.3.6.2 El demandado reconviene la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Para la prescripción no debe haber interrupción de la posesión. Art. 2403 CC.

Para que se declare la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio se requiere que la existencia de ese derecho sea planteado en demanda o como reconvencción. Cuando se reconviene la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, una de las calidades que debe reunir la posesión, para efectos de la prescripción, es la no interrupción. La posesión puede sufrir interrupción natural o civil. La interrupción civil tiene lugar cuando el dueño del bien reclama judicialmente al actual poseedor, pues según lo dispuesto en el Art. 2403 del Código Civil ⁴⁶*interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor*". De acuerdo a lo dispuesto por el Código Orgánico General de Procesos, Art. 64.4, son efectos de la citación la interrupción de la prescripción.

En conclusión, para que se produzca la interrupción civil de la posesión deben concurrir los siguientes elementos: 1) Que exista una reclamación judicial intentada por el que se pretende verdadero dueño de la cosa; 2) Que esa reclamación judicial consista en la demanda pertinente o apropiada al objeto, como la de acción reivindicatoria; 3) Que exista citación con la demanda al poseedor; 4) La interrupción civil perjudica a aquel a quien se cita con la demanda.

Cuando hay varios demandados o partes a quienes debe citarse o contar con ellos, se presenta la cuestión de si la interrupción civil de la prescripción se produce al citar al demandado que alega la prescripción, o esta interrupción se produce con la última citación a los demás demandados. Al respecto, el COGEP en el Art. 77 establece que *"el término empieza a correr en forma común, con respecto a todas las partes, desde el día hábil siguiente a la última citación o notificación"*⁴⁷

Si el demandado es una persona que está en posesión del bien a reivindi-

⁴⁵ Código Civil de la República del Ecuador, art. 2406.

⁴⁶ Código Civil de la República del Ecuador, art. 2403.

⁴⁷ Código Orgánico General de Procesos, art. 77.

carse, pues la citación a él interrumpe la prescripción; pero si son varias personas las que poseen el bien cuya reivindicación se demanda, la interrupción de la prescripción se produce en el momento de la última citación.

El Código Civil en el Art. 746 regula la recuperación legal de la posesión, disponiendo que *“el que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio”*⁴⁸.

En el caso de que la parte demandada reconvenga al actor de la reivindicación la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio del bien que se pretende reivindicar, debemos tener presente que la prescripción adquisitiva es un modo originario de adquirir el dominio, que se funda en la posesión por un tiempo determinado de bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano y por lo tanto son prescriptibles. De lo expuesto se deduce que para que se produzca la prescripción adquisitiva de dominio se requiere: **Primer requisito.**-Que el bien sobre el que se pide la prescripción adquisitiva de dominio, sea prescriptible; pues no todas las cosas son prescriptibles. Así, no pueden ganarse por prescripción: las cosas propias, las cosas indeterminadas, los derechos personales o créditos, los derechos reales expresamente exceptuados, las cosas comunes a todas las personas, las tierras comunitarias, las cosas que están fuera del comercio.- **Segundo requisito.** La posesión de la cosa, entendida como la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (Art. 715 CC). La posesión es el hecho jurídico base que hace que, una vez cumplidos los demás requisitos de Ley, el posesionario adquiere por prescripción el derecho de dominio del bien. La posesión requerida para que proceda legalmente la prescripción adquisitiva de dominio debe ser: pública, tranquila, no interrumpida, mantenerse hasta el momento en que se alega; y, ser exclusiva.- **Tercer requisito.** Que la posesión haya durado el tiempo determinado por la Ley. El tiempo necesario para adquirir por prescripción extraordinaria es de quince años, sin distinción de muebles e inmuebles, ya se trate de presentes o ausentes.

3.3.7 Excepciones que en la práctica opone la parte demandada en la acción reivindicatoria.

3.3.7.1 Se alega la excepción de prescripción de la acción de dominio o reivindicatoria.

El ejercicio de las facultades legales inherentes a la calidad de propietario no prescribe. En lo que tiene que ver con las acciones propietarias, el tratadista Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, expone: *“El dominio no se pierde por el no ejercicio. El dominio es un derecho que consiste en la facultad de usar, gozar y disponer arbitrariamente de una cosa no siendo contra ley o contra el derecho ajeno (Art. 599 C. Civil del Ecuador). En el ejercicio de estas facultades que el dominio otorga a su titular, éste puede hacer de la cosa que le pertenece, cuanto le plazca, no perjudicando el derecho ajeno ni contrariando las disposiciones legales. Una de las manifestaciones de este ejercicio del derecho de dominio es y puede ser el **abandono** de la cosa que pertenece a su propietario, ya que el dominio otorga a su titular el*

⁴⁸ Código Civil de la República del Ecuador, art. 746.

goce y disposición arbitraria de ella. Si no se entendiera así las cosas, el propietario tendría que gozar positivamente de lo que le perteneciera para conservar su derecho de dominio. Dejaría entonces este derecho de ser un derecho tal cual se ha definido el Código Civil. Por esta razón, el dominio no se pierde por su no ejercicio; y por eso también el dominio se manifiesta de múltiples maneras, y entre esas maneras o actividades está la de gozar a su arbitrio, o sea en la forma que mejor parezca o mejor convenga, no siendo contra ley ni lesionando el derecho de terceros. Si el dominio no se pierde por el no uso, es evidente entonces que no basta el simple transcurso del tiempo durante el cual no se haya ejercido el derecho para que la acción propietaria o de dominio prescriba; es menester que otra persona haya adquirido ese dominio, porque casi necesariamente ha de pertenecer a alguien, pues nadie pierde el dominio de sus cosas por no usarlas o no gozarlas, sino cuando otro individuo, por no usarlas su dueño, adquiere la posesión de ellas”⁴⁹.

Al respecto, el Código Civil E. en el Art. 2417 dispone: *“Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”⁵⁰.*

3.3.7.2 Interrupción de la posesión por despojo y recuperación de la misma. Arts. 746 , 2402 CC

El demandado ha sido despojado de la posesión del inmueble que se pretende reivindicar, pero alega que la posesión fue recuperada legalmente. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 746, *el que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.*

De conformidad con lo previsto en el Art. 2402.2 del C Civil, existe interrupción natural de la posesión, cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona. Esta interrupción natural hace perder todo el tiempo de la posesión anterior, a menos que se haya recobrado legalmente la posesión mediante la acción posesoria correspondiente. En este caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído. Art. 2402, inciso final CC.

3.3.7.3.- Excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

En algunos procesos de reivindicación la parte demandada ha opuesto la excepción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Mas, no procede que tal cuestión sea planteada vía excepción a la demanda de reivindicación, sino que debe hacerlo mediante reconvencción, si no ha planteado acción directa. Las excepciones son, en términos generales, los medios de defensa con que cuenta el demandado en un proceso para oponerse y desvirtuar las pretensiones de la parte actora contenidas en la demanda. Frente a la acción del demandante, citado el demandado y trabada la litis, nace la obligación procesal de aquel de comparecer a juicio, contestar la demanda y deducir las excepciones de las que se considere asistido; más que a una obligación estamos ante un derecho a ser escuchado por el órgano jurisdiccional del Estado en igualdad de condiciones; a

⁴⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones, 480.

⁵⁰ Código Civil de la República del Ecuador, art. 2417.

este derecho se le conoce como de “contradicción en el juicio”, que forma parte de los derechos y garantías básicas al debido proceso que establece la Constitución de la República (Art. 76,7).

La Ley reconoce al demandado la posibilidad de, a su vez, formular una pretensión contra el actor; y, en tal caso estamos frente a lo que se conoce como reconvencción o contrademanda, que busca dentro del mismo juicio el reconocimiento de un derecho que guarde conexidad con la demanda principal y que igualmente debe ser resuelto en la sentencia que se pronuncia sobre la reivindicación. No obstante que la reconvencción debe proponérsela al tiempo de contestar la demanda y debe ser resuelta en la sentencia, es improcedente confundirla con las excepciones como si se tratase de la misma institución procesal, pues una y otra son distintas y tienen un propósito procesal diferente; así las excepciones son medios de defensa para contradecir las pretensiones del actor, en tanto que la reconvencción contempla el planteamiento de otra controversia; en consecuencia, las excepciones no pueden conllevar a reconocer o declarar derechos, puesto que éstas pretensiones sólo deben ejercerse mediante demanda o contrademanda, a fin de que, con observancia del debido proceso, la contraparte pueda asimismo ejercer la defensa de sus derechos en este nuevo litigio.

A más de la distinción en la naturaleza jurídica entre excepción y reconvencción, está en juego el derecho a la defensa (parte del debido proceso) del actor que, por efecto de la reconvencción o contrademanda, pasa a ser demandado. Si se admitiera que mediante excepción se pueda plantear el reconocimiento de un derecho como cuestión diferente a la demanda principal, entonces el demandante no puede a su vez plantear sus excepciones respecto de las nuevas pretensiones del demandado, no se le permite ejercer su derecho a la oposición, a controvertir las pretensiones del demandado y, por ende, a formular pruebas para desvirtuarla, etc, en definitiva ejercer plenamente su derecho a la defensa. Por el contrario, si el nuevo reclamo se plantea como reconvencción, allí sí el actor-demandado, está en facultad de excepcionarse, actuar pruebas, etc., pues el juzgador tiene la obligación de correr traslado a la otra parte con la reconvencción y concederle un término para que la conteste. Esta diferenciación es fundamental, pues mira hacer efectivas las garantías constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica. Al respecto existe un precedente jurisprudencial obligatorio expedido mediante Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia del 27 de julio del 2011, publicada en R O No. 514 del 17 de agosto del 2011, que establece que la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio debe plantearse en demanda o como reconvencción, pero no mediante excepción.

3.3.7.4.- El demandado opone la excepción de cosa juzgada

Se han presentado casos en que una persona ha planteado por segunda ocasión juicio reivindicatorio contra el mismo demandado de la primera ocasión y por la restitución del mismo bien, porque en el primer proceso no obtuvo sentencia de fondo, sino una sentencia inhibitoria, porque, por ejemplo, se probó la excepción de litispendencia; y, en este caso el demandado opone la excepción de cosa juzgada. Al respecto, debe distinguirse la figura de la cosa juzgada for-

mal de la cosa juzgada material. La característica tipificante de la cosa juzgada formal es la **inimpugnabilidad**; pero carece de otra, la de su **inmutabilidad**, que es en cambio la característica tipificante de la cosa juzgada material o sustancial. “La cosa juzgada formal es eficaz, tan sólo, con relación al juicio concreto en que se ha producido o con relación al estado de cosas (personas, objeto, causa) tenido en cuenta al decidir”. “Existe, en cambio, cosa juzgada sustancial, cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso, se une la inmutabilidad de la sentencia aún en otro juicio posterior”⁵¹. En conclusión, si en el primer juicio reivindicatorio no se resolvió materia de fondo, no se puede aplicar el principio de la inmutabilidad característico de la cosa juzgada material o sustancial.

3.3.7.5.- Excepción de mera tenencia.

Víctor Manuel Peñaherrera, citado por el Eduardo Carrión Eguiguren, enseña al respecto: “Deducida esa excepción (de mera tenencia) al actor le conviene ampliar o modificar su demanda, extendiéndola al tercero a cuyo nombre declara poseer (tener) el demandado a fin de que, sustanciada la causa con los dos, la sentencia surta efecto de cosa juzgada respecto de ambos, y sea condenado el uno o el otro, según que el demandado pruebe o no su aseveración”⁵².

Al respecto, el Código Civil en el Art. 940 establece que “el mero tenedor de la cosa que se reivindica está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene”⁵³. Como contra el mero tenedor no se puede plantear acción reivindicatoria, en este caso el propietario del bien sobre el que no tiene la posesión material puede plantear diligencia preparatoria con la finalidad de determinar la legitimación pasiva en el futuro proceso de reivindicación, para cuyo efecto pedirá la comparecencia del mero tenedor del bien, quien tiene la obligación de declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre tiene la cosa.

3.3.7.6.- La parte demandada alega que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 695 del Código Civil, no se ha producido la transferencia de dominio del inmueble a favor del comprador, actor en el juicio de reivindicación, porque en la escritura de compraventa no comparece la esposa del vendedor.

El Código Civil en el Art. 695 dispone: “Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio”.

Al respecto, de conformidad con lo previsto en el Art. 181 del C. Civil, el cónyuge a cuyo cargo está la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles que pertenezcan a la sociedad conyugal.

El inciso segundo del Art. 181 en comentario establece que: “En caso de que el cónyuge cuyo consentimiento fuere necesario para estos contratos se

⁵¹ Carrión Eguiguren, Eduardo. Curso de Derecho Civil. De los bienes, Cuarta edición, (Quito, Ecuador: EDUC, 1982), 417 y 418.

⁵² *Ibid.*, 461.

⁵³ Código Civil de la República del Ecuador, art. 940.

encontrare imposibilitado de expresarlo, quien administre los bienes sociales **deberá contar con la autorización de una jueza o un juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia** del domicilio del cónyuge imposibilitado, autorización que se sustanciará en procedimiento voluntario, conforme con lo previsto en el Código Orgánico General de Procesos”⁵⁴.

La omisión del consentimiento expreso del cónyuge que no administre los bienes sociales o de la autorización del juez, en su caso, **será causa de nulidad relativa del acto o contrato.**

Mas, según lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 1700, la nulidad relativa será declarada por el juez a petición de parte; no puede ser declarada por el juzgador de oficio. La nulidad relativa deberá alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, por sus herederos o cesionarios. Podrá sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

En el caso en mención, de conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 1700, inciso segundo: “Los actos realizados por uno de los cónyuges respecto de los bienes de la sociedad conyugal, sin el consentimiento del otro cónyuge cuando este es necesario, **son relativamente nulos, y la nulidad relativa puede ser alegada por el cónyuge cuyo consentimiento era necesario y faltó.**

*Si uno de los cónyuges realiza actos o contratos relativos a los **bienes del otro**, sin tener su representación o autorización, **se produce igualmente nulidad relativa, que puede alegar el cónyuge al que pertenecen los bienes objeto del acto o contrato**”.*

En el caso en comentario no se puede sostener que por falta del consentimiento del cónyuge que no administra los bienes sociales para la compraventa del inmueble, no se produjo la transferencia de dominio a favor del comprador con la inscripción de la escritura pública de compraventa en el Registro de la Propiedad; pues la nulidad relativa debe alegarla el cónyuge cuya autorización se omitió

3.3.7.7.- Otras excepciones que puede oponer el demandado con la acción de dominio.

La parte demandada puede deducir diversas excepciones, a más de las señaladas, puede oponer la falta de legitimación activa, falta de identidad del bien que se pretende reivindicar, etc.

3.3.8.- Quiénes no son capaces de adquirir por su voluntad la posesión.

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en fallo No. 415, publicado en Registro Oficial No. 226 de 18 de diciembre del 2000, hace el siguiente análisis sobre el tema del epígrafe: “Otro de los cargos formulados por los accionantes es que: “En relación con el parágrafo

⁵⁴ Código Civil de la República del Ecuador, art. 181.

segundo del presente escrito debemos agregar que, conforme al Art. 757, inciso segundo, del Código Civil, solamente los <...dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros...>. Desde este particular precepto legal todos quienes no se encuentren impedidos por esta limitación se encuentran habilitados por adquirir la posesión, muy especialmente si se considera que por un elemental principio doctrinario, en materia civil lo que la ley no prohíbe, lo permite". Para analizar este cargo, es necesario en primer lugar transcribir el texto íntegro del artículo 757 del Código Civil, que el recurrente afirma se dejó de aplicar: "los que no puede administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores sino con la autorización que compete. **Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros**"⁵⁵. Si esta norma dispone que los incapaces relativos no necesitan autorización para adquirir la posesión de bienes muebles, cabe la pregunta entonces si necesitan la autorización para adquirir la posesión de los bienes inmuebles?. Sobre este tema la doctrina nacional se ha preocupado, así, el profesor Víctor Manuel Peñaherrera, dice: "En lo que están conformes las legislaciones modernas es en que los incapaces no pueden ejercer los derechos de poseedores sino autorizados o representados legalmente. Esta inhabilidad se refiere, por cierto, a aquellos actos para los cuales las leyes prescriben formalidades o requisitos de capacidad, en una palabra, para los actos jurídicos, es decir, para los que tienen por objeto inmediato y directo establecer, alterar, hacer efectivas o extinguir las relaciones jurídicas. Así, el incapaz no podrá demandar en juicio para defender o recobrar su posesión; no podrá alegar la prescripción obtenida mediante aquella posesión;...Y como en materia de los contratos puntualiza la ley todo lo concerniente a la capacidad y los efectos que la incapacidad ocasiona, parece del todo nugatoria y extemporánea esta advertencia del Código de que los poseedores incapaces no pueden ejercer los derechos de tales sin la autorización competente"⁵⁶. Sobre este tema Juan Larrea Holguín dice: "Quién puede adquirir la posesión...La capacidad exigida en el que adquiere la posesión es diferente según se trate de cosa mueble o inmueble. Para adquirir la posesión de inmueble se exige la capacidad jurídica general, es decir la que corresponde al mayor de edad y que no se halle en ninguno de los casos señalados por el Código (Art. 1500). Pero para adquirir la posesión de una cosa mueble basta que el sujeto pueda aprehender material o legalmente la cosa y tener la voluntad de hacerlo; por consiguiente, se excluye absolutamente a los niños y a los dementes, pero los demás incapaces pueden adquirir la posesión; habría que salvar también los casos de cosas muebles que deben inscribirse (como los derechos de autor), puesto que para hacer esa "aprehensión legal", no tendrían capacidad los relativamente incapaces..."⁵⁷.

La posesión regular de un inmueble implica actos como el cultivo, produc-

⁵⁵ Código Civil de la República del Ecuador, art. 757.

⁵⁶ Peñaherrera, Víctor Manuel, La Posesión, (Quito, Ecuador: Editorial Universitaria, 1695), 113.

⁵⁷ Larrea Holguín, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Los Bienes y la Posesión, Tomo V, (Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, 1986), 187-188.

ción, cerramiento, etc, que no es posible los realice un menor de edad.

Pero la doctrina sugiere que *“como en la práctica se dan casos, aunque raros, de que la de inmuebles haya sido tomada por menores que luego arribaron a la mayor edad, estimamos que lo procedente sería no tomar en cuenta el tiempo de la minoridad, y para los efectos de la prescripción contar sólo el lapso de posesión a partir de la mayor edad”*⁵⁸.

Cabe preguntar, si el incapaz que de hecho detenta un inmueble en su poder, se convierte en poseedor por el solo hecho de dejar de ser incapaz, como sería el caso del menor adulto que llega a los 18 años? Existe un principio fundamental en el derecho que se expresa en la máxima romana *“nemo sibi causam possessiones mutare potest”*. Sobre este tema Eduardo Carrión Eguiguren dice: *“El simple lapso no muda la mera tenencia en posesión, es la regla del Art. 750 a la que se agrega la del Art. 764 según la cual, si el que tiene la cosa a nombre y en lugar de otro la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra. Además, el Art. 757 establece que se presume la continuación del estado de mera tenencia...La mera tenencia es indeleble y perpetua, y no puede cambiarse en posesión ni por el simple lapso ni por la sola voluntad unilateral del mero tenedor...”*. Sin embargo, hay una excepción en la cual por el mero transcurso del tiempo, la tenencia se transforma en posesión para en el mismo acto permitir que opere la usucapión, es la contemplada en el artículo 750 (actual 731) del Código Civil, que dice: *“el simple lapso no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del artículo 2410, regla 4”*.

Al respecto, el tratadista Carrión señala *“Supuestas las circunstancias de la regla 4ª. Del Art. 2434 (actual 2410), la tenencia se troca en posesión, y precisamente por haber ocurrido este cambio se hace posible la prescripción. Pero este efecto jurídico no es el resultado del simple lapso, sino del concurso de aquellas dos circunstancias añadidas al transcurso del tiempo determinado por la ley. Si no obrasen concomitantemente otros elementos, el simple lapso jamás produciría la transformación de la tenencia en posesión”*⁵⁹.

3.4 Singularización del bien a reivindicar

3.4.1 Definición.- En lo que se refiere a los elementos que establece el Código Civil en el Art. 933, la reivindicación o acción de dominio es la que tiene el *dueño de una cosa singular*; y, según lo define Guillermo Cabanellas, cosa singular es *“La que integra una unidad natural (un todo) o artificial (una máquina, compuesta por varias piezas, pero con unidad funcional), simple (un diamante) o compleja (una casa), con existencia real en la naturaleza”*⁶⁰.

3.4.2 Prueba sobre la singularización: no basta mención en la demanda

Para establecer que se ha cumplido con el requisito de singularización no basta con sustentarse en la mención que sobre ubicación, linderos y dimensiones anotan los accionantes en su demanda, sino que en el proceso debe actuar-

⁵⁸ *Ibíd.*, 188.

⁵⁹ Carrión Eguiguren, Eduardo. Curso de Derecho Civil. De los bienes, 233.

⁶⁰ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, acción de reivindicación.

se prueba para establecer con absoluta claridad y precisión que el bien inmueble cuya reivindicación se demanda sea o corresponde al mismo bien que es de propiedad del actor y del que está en posesión la parte demandada; es decir, debe identificarse plenamente el inmueble objeto de la reivindicación, para evitar equivocaciones que lesionen derechos cuando se ordene restituir una heredad que no corresponde a aquella objeto de la demanda.

3.4.3 Alcance que se da a la exigencia de la singularización del bien para que proceda la reivindicación.-Linderos actualizados; cambio de linderos de la escritura pública.

En los procesos de reivindicación tiene trascendencia el determinar el alcance que se dé a la exigencia de la singularización del bien para que proceda la acción reivindicatoria. En la realidad, los propietarios de los terrenos colindantes a un inmueble pueden cambiar por transferencia o transmisión de dominio de estos bienes; como puede cambiar el nombre de las calles en que se ubica el inmueble urbano; o puede cambiar la numeración de los lotes colindantes. Por ello, la singularización que debe consignarse en la demanda y verificarse en el proceso, **es la actual.**

Por las mismas razones expuestas, como requisito para que proceda la acción de dominio se exige la **identificación del inmueble o del bien a reivindicarse**; es decir, debe determinarse que el bien que se pretende reivindicar y que se singulariza en la demanda es el mismo que posee la parte demandada, aunque hayan cambiado los datos referentes a los linderos constantes en la escritura pública de compraventa, por ejemplo.

3.4.4 Alcance de la consignación de datos sobre dimensiones de un inmueble: Esta consignación de datos sobre dimensiones de un inmueble sirve para determinación de la cabida, pero no constituye elemento indispensable para la singularización e identificación del inmueble.

En lo que respecta a la exigencia de la singularización del bien a reivindicar, debemos advertir que la consignación de datos sobre dimensiones de un inmueble sirve para la determinación de la cabida, pero no constituye un elemento indispensable para la singularización e identificación del inmueble; tal ocurre con mayor claridad en el caso de algunos predios rurales, respecto de los que los linderos generalmente se señalan haciendo referencia a accidentes geográficos, fuentes hidrográficas, nombres de colindantes, sin precisar dimensiones.

El propósito de la singularización e identificación del inmueble en los casos de reivindicación es evitar que se incurra en el error de ordenar la restitución de un inmueble distinto al que se requiere, perjudicando derecho de terceros.

3.5 Identidad de la cosa cuya restitución pretende el reivindicador y la que posee el demandado

En el proceso debe demostrarse que el bien que se pretende reivindicar es de propiedad del actor y que es el mismo que está en posesión del demandado.

Ahora, si el demandado al contestar la demanda declara y admite estar en posesión del bien que se pretende reivindicar; esto en principio contribuye a demostrar dos cuestiones: 1) la posesión del demandado; y, 2) la identidad del bien materia de la acción reivindicatoria. Sin embargo, especialmente la identidad de la cosa requiere, para mayor certeza, de pruebas como puede ser la inspección judicial y peritaje.

Este elemento de la determinación física e identificación del bien objeto de la pretensión en la acción de dominio se complementa con la singularización del mismo. Es decir, tiene que existir una correspondencia del bien singularizado en la demanda y en el título de dominio con el que posee el demandado.

4.- Prestaciones mutuas

4.1 Concepto

A las obligaciones y derechos recíprocos entre reivindicador y poseedor vencido se llama prestaciones mutuas.

Para A. Alessandri, M. Somarriva y A. Vodanovic, se llama prestaciones mutuas a *“los hechos y pagos que recíprocamente deben realizar, uno a favor de otro, reivindicador y poseedor vencido”*⁶¹.

4.2.- Poseedores de buena fe y poseedores de mala fe.

Para la determinación de las obligaciones y derechos del reivindicador y del poseedor es necesario establecer si el poseedor estuvo de buena fe o de mala fe.

En cuanto a la buena o mala fe del poseedor, uno de los elementos necesarios para establecerla es la citación con la demanda, en razón de que uno de los efectos de la citación con la demanda es el de *“constituir a la o el demandado como poseedor de mala fe e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda”*, según lo dispuesto en la ley. Art. 64, numeral 2, del Código Orgánico General de Procesos.

El Código Civil establece que *“la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio”*⁶².

4.2.1 Prueba de la buena fe y de la mala fe

Respecto de la prueba de la buena o mala fe, el Código Civil dispone: *“La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse”*⁶³. Sobre el tema Laurent, citado por el Dr. Eduardo Carrión Eguiguren (ob cit pág. 469-470), mani-

⁶¹ Alessandri R, Arturo, Somarriva U, Manuel, Vodanovic H, Antonio. Tratado de los Derechos Reales. Bienes, 293.

⁶² Código Civil de la República del Ecuador, art. 721.

⁶³ Código Civil de la República del Ecuador, art. 722.

fiesta: “Según los principios generales de la prueba, al poseedor correspondería probar su buena fe. En efecto, el propietario actor no debe probar más que su derecho de propiedad. Si se reconoce ese derecho, por esto mismo le pertenecen los frutos en virtud de la regla general...El poseedor que reclama los frutos se convierte en actor por este capítulo y, conforme al rigor de los principios, debería probar el fundamento de su demanda, es decir, su buena fe. No obstante, se acepta que el poseedor no debe probar su buena fe, porque según el Art... la buena fe se presume siempre, y al que alega la mala fe incumbe probarla”⁶⁴.

4.2.2 Poseedores de buena fe Arts. 722, 772, 953 CC

De conformidad con lo previsto por el Código Civil en el Art.722: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la **mala fe deberá probarse**”⁶⁵. Si la buena fe de los demandados en reivindicación como poseedores se presume, al actor corresponde probar lo contrario; es decir, que, la carga de la prueba de que los poseedores se encuentran de mala fe es del actor.

En ciertos casos la ley establece la presunción de mala fe, como por ejemplo, el Art.80, numeral 6, del Código Civil (que regla la revocatoria de la posesión definitiva en el caso de muerte presunta) que establece que: “El haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe”⁶⁶; el Art. 2410 *Ibidem*, que regula la prescripción extraordinaria, en el numeral 4 establece que la existencia de un título de **mera tenencia hará presumir mala fe**.

4.3 Restitución de la cosa reivindicada y demás prestaciones

El poseedor vencido en la acción reivindicatoria está obligado a: 1) la restitución de la cosa reivindicada; y, además puede estar obligado a las siguientes prestaciones, dependiendo de su buena o mala fe: 2) a la indemnización de los deterioros de la cosa; 3) restitución de los frutos; 4) reembolso de los gastos de conservación y custodia al secuestre; 5) costas.

4.3.1 Restitución de la cosa reivindicada.

Uno de los principales efectos del juicio reivindicatorio es el de que el poseedor vencido debe restituir la cosa en el plazo que el juez señale; y, a su vez, una de las obligaciones principales del reivindicar es la de pagar al poseedor vencido las mejoras útiles y expensas necesarias, conforme a Ley.

Esta obligación de restitución es exigible tanto al poseedor de buena fe como al de mala fe; pues la restitución del bien es la pretensión principal de la acción reivindicatoria.

Para el actor de la acción reivindicatoria que ha recibido sentencia a su favor, el éxito de su pretensión significa recuperar la posesión de la cosa reclamada con sus accesorios y frutos. Sin embargo, por un principio de equidad, a la vez

⁶⁴ Carrión Eguiguren, Eduardo. Curso de Derecho Civil. De los bienes, 469-470.

⁶⁵ Código Civil de la República del Ecuador, art. 722.

⁶⁶ Código Civil de la República del Ecuador, art. 80, num 6.

se generan derechos y obligaciones mutuas entre el reivindicador y el poseedor vencido.

El juzgador que resolvió la demanda de reivindicación aceptándola, en sentencia ordenará que el poseedor vencido restituya el bien objeto de la acción a su propietario, **en el plazo que el juzgador señale.**

4.3.1.1 En qué lugar debe hacerse la entrega de la cosa mueble.

La Ley no determina el lugar en donde debe hacerse la entrega de la cosa mueble reivindicada. Sin embargo, el Código Civil en el Art. 1604 determina el lugar de pago de una obligación, en general, en los siguientes términos: *“Si no se ha estipulado lugar para el pago, y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación*

Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor”⁶⁷.

4.3.1.2 Qué comprende la restitución de una heredad. Qué no se comprende en esta restitución.

En la restitución de una heredad (finca, bienes raíces) se comprenden las cosas que forman parte de ella, o que se reputan como inmuebles por su conexión con ellas, según lo dispone el Art. 588 del CC: *“Se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento”⁶⁸.*

Las otras cosas no serán comprendidas en la restitución, si no lo hubieren sido en la demanda y sentencia; pero podrán reivindicarse separadamente.

Además, el Art. 949 del CC establece que en la restitución de un edificio se comprende la de sus llaves; y, que en la restitución de toda cosa se comprende la de los títulos que conciernen a ella, si se hallan en manos del poseedor.

4.3.2 Indemnización por los deterioros de la cosa reivindicada.

De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 950, el poseedor vencido es responsable de los deterioros que ha sufrido la cosa en su poder, según las siguientes reglas que establece esta norma en consideración a si el poseedor estuvo de buena fe o de mala fe:

4.3.2.1 Poseedor de mala fe

El poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por **su hecho o culpa** ha sufrido la cosa.

4.3.2.2 Poseedor de buena fe

El poseedor de buena fe, mientras permanece en la cosa que posee, no es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa, sino en cuanto se hubiere aprovechado de ellos; *“por ejemplo, destruyendo un bos-*

⁶⁷ Código Civil de la República del Ecuador, art. 1604.

⁶⁸ Código Civil de la República del Ecuador, art. 588.

que o arbolado, y vendiendo la madera o la leña, o empleándola en beneficio suyo"⁶⁹.

En todo caso, debemos tener presente que el poseedor de buena fe inicial permanece en esta calidad hasta la citación con la demanda; pues uno de los efectos de la citación con la demanda es constituir al demandado como poseedor de mala fe e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda⁷⁰.

En consecuencia, el poseedor de buena fe inicial responde de los deterioros que por su hecho o culpa ha sufrido la cosa a partir de la citación con la demanda; respecto de los deterioros anteriores a esta citación, según lo anotado con anterioridad, está libre de indemnización porque se entiende que obró en la convicción de ser dueño de la cosa.

4.4.- Restitución de los frutos

El Código Civil establece reglas respecto a las prestaciones por razón de los frutos en consideración a la buena o mala fe del poseedor; y, de conformidad con lo previsto en el Art. 957 del Código Civil, *"la buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción"*⁷¹.

También el Código Civil considera el caso de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda; y, los percibidos después de esta citación.

El Código Civil en el Art. 951 establece reglas sobre la restitución de los frutos:

4.4.1.- Poseedores de mala fe

1ª.- El poseedor de mala fe está obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa: a) tanto los percibidos, y b) como los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

El Código Civil define a los frutos naturales expresando que se llaman frutos naturales los que da la naturaleza, ayudada o no de la industria humana. Art. 660.

Se distingue entre frutos naturales pendientes, percibidos y consumidos. Los frutos naturales se llaman pendientes mientras adhieren a la cosa que los produce, como las plantas que están arraigadas al suelo, o los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas.

En cambio, frutos naturales percibidos son los que han sido separados de la cosa productiva, como las maderas cortadas, las frutas y granos cosechados.

"Se dicen consumidos cuando se han consumido verdaderamente o se han

⁶⁹ Código Civil de la República del Ecuador, art. 950, inciso 2°.

⁷⁰ Código Orgánico General de Procesos, art. 64.

⁷¹ Código Civil de la República del Ecuador, art. 957.

enajenado"⁷².

Asimismo, el Código Civil define a los frutos civiles diciendo que se llaman frutos civiles, los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se deben; y percibidos, desde que se cobran⁷³.

2ª.- Si no existen los frutos, el poseedor de mala fe deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. Se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.

3ª.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 948 CC, el poseedor de mala fe está obligado a reembolsar al actor los gastos de custodia y conservación que él pagó al secuestre.

4.4.2.- Poseedor de buena fe

1ª.- El poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la citación con la demanda.

2ª.- En cuanto a los frutos percibidos después de la citación con la demanda, el poseedor inicialmente de buena fe, está sujeto a las reglas antes señaladas para los poseedores de mala fe.

Por regla general, en toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos⁷⁴. Para la doctrina, se incluyen entre los gastos ordinarios los impuestos y contribuciones que ha tenido que pagar el poseedor vencido.

4.5.- Prestaciones del reivindicador a favor del poseedor vencido.

El reivindicador también debe abonar al poseedor vencido lo siguiente:

1.- Por regla general, en toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos⁷⁵. Para la doctrina, se incluyen entre los gastos ordinarios los impuestos y contribuciones que ha tenido que pagar el poseedor vencido.

2.- Debe las expensas y mejoras que el poseedor vencido haya hecho en el bien que se restituye.

Para el abono de expensas y mejoras se considera si el poseedor vencido estuvo de buena fe o de mala fe; y, de conformidad con lo previsto en el Art. 957 CC, la buena o mala fe del poseedor se refiere, relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas.

Para A. Alessandri, M. Somarriva y A. Vodanovic, *"En general, llámense impensas, expensas o mejoras los gastos hechos para una cosa; pueden ser*

⁷² Código Civil de la República del Ecuador, art. 661.

⁷³ Código Civil de la República del Ecuador, art. 663.

⁷⁴ Código Civil de la República del Ecuador, art. 951 in fine.

⁷⁵ Ibid.

*necesarias y no necesarias: las primeras se subdividen en ordinarias y extraordinarias, y las segundas, en útiles y voluptuarias*⁷⁶.

4.5.1 Expensas necesarias

Para los autores antes citados: *“Son expensas necesarias las que aseguran la conservación de la cosa, las que de no realizarse producen su deterioro, menoscabo o pérdida. Pueden ser ordinarias y extraordinarias. Las ordinarias son los gastos más o menos periódicos que exige el uso natural de la cosa y que son indispensables para conservarla y cultivarla. Expensas extraordinarias son las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa*⁷⁷.

Respecto al abono de expensas necesarias, el Código Civil en el Art. 952 establece las siguientes reglas:

1ª.- **Abono de expensas necesarias.**- El poseedor vencido, se entiende de buena o mala fe, tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa. Los gastos pueden haberse realizado en obras materiales permanentes o en obras inmateriales.

2ª.- **Abono de expensas invertidas en obras permanentes.**- Si las expensas se invirtieron en obras permanentes, como una cerca para impedir las depreciaciones, o un dique para atajar las avenidas, o las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto, *se abonarán al poseedor dichas expensas* bajo dos condiciones: a) en cuanto hubieren sido realmente necesarias; b) pero reducidas a lo que valgan las obras al tiempo de la restitución.

3ª.- **Abono de expensas necesarias que no dejan un resultado material permanente.**- Si las expensas necesarias se invirtieron en cosas que por su naturaleza *no dejan un resultado material permanente*, como la defensa judicial de la finca, será abonada al poseedor en cuanto aprovecharen al reivindicador, y se hubieren hecho con mediana inteligencia y economía.

4.5.2 Expensas no necesarias

Son aquellas que pueden dejar de hacerse sin que se afecte a la conservación de la cosa; es decir, sin que se produzca el daño, menoscabo o pérdida de la cosa. Pueden ser útiles y voluptuarias.

4.5.2.1 Expensas no necesarias útiles.

Útiles son las mejoras que hayan aumentado el valor venal de la cosa; es decir el valor económico⁷⁸.

El Código Civil, para efectos de la aplicación de las reglas sobre el abono de expensas no necesarias útiles distingue entre poseedor de buena fe y poseedor de mala fe, la que, relativamente a las expensas y mejoras, se refiere al tiempo en que fueron hechas. Art. 957 CC.

4.5.2.1.1 Poseedor de buena fe.-

⁷⁶ Alessandri R, Arturo, Somarriva U, Manuel, Vodanovic H, Antonio. Tratado de los Derechos Reales. Bienes, 297.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Código Civil de la República del Ecuador, art. 953, inciso 2°.

De conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 953, inciso 1º, el poseedor de buena fe vencido tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, **hechas antes de citársele con la demanda**; pues hasta ese momento rige la presunción de buena fe.

En este caso, el reivindicador tiene un derecho de opción: a) El reivindicador elegirá entre el pago de lo **valgan** al tiempo de la restitución **las obras en que consisten las mejoras**; o b) el pago de lo que, en virtud de dichas mejoras, **valiere más la cosa** en dicho tiempo. El reivindicador puede elegir lo que le resulte más económico⁷⁹.

En cuanto a las obras hechas **después de citada la demanda**, el poseedor de buena fe tendrá solamente los derechos que se conceden al poseedor de mala fe⁸⁰.

4.5.2.1.2 Poseedor de mala fe

El poseedor de mala fe no tendrá derecho a que se le abonen las mejoras útiles. *Pero podrá llevarse los materiales de dichas mejoras*, bajo dos condiciones: a) siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada; b) y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados⁸¹.

Se entiende que la separación de los materiales es en detrimento de la cosa reivindicada, cuando hubiere de dejarla en peor estado que antes de hacerse las mejoras; salvo en cuanto el poseedor vencido pudiere reponerla inmediatamente a su estado anterior, y se allanare a ello⁸².

4.5.2.2 Expensas voluptuarias

Se entiende por mejoras voluptuarias las que sólo consisten en objetos de lujo y recreo, como jardines, miradores, fuentes, cascadas artificiales, y generalmente las que no aumentan el valor venal de la cosa en el mercado común, o sólo lo aumentan en una proporción insignificante⁸³.

El propietario del bien reivindicado no está obligado a pagar las mejoras voluptuarias al poseedor de mala fe ni al poseedor de buena fe.

Sin embargo, con respecto a las mejoras voluptuarias el poseedor de buena fe sólo tiene derecho a llevarse los materiales de las mejoras voluptuarias, siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada, y que el propietario rehúse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados⁸⁴.

4.5.3 Garantía a favor del poseedor vencido: Retención.

El Código Civil establece que: *“Cuando el poseedor vencido tuviere un sal-*

⁷⁹ Código Civil de la República el Ecuador, art. 953, inciso 3º.

⁸⁰ Código Civil de la República el Ecuador, art. 953, inciso 4º.

⁸¹ Código Civil de la República el Ecuador, art. 954.

⁸² Código Civil de la República el Ecuador, art. 956.

⁸³ Código Civil de la República el Ecuador, art. 955, inciso 2º.

⁸⁴ Código Civil de la República el Ecuador, art. 953, inciso 1º.

do que reclamar en razón de expensas y mejoras, **podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción**⁸⁵.

Al poseedor vencido se le concede la garantía de retener la cosa reivindicada, hasta que se verifique el pago del saldo a que tiene derecho en razón de expensas y mejoras, o se asegure su satisfacción. El derecho de retención corresponde tanto al poseedor de buena fe como al de mala fe.

5.- Inscripción de la demanda.- Cancelación de inscripciones

5.1.- Inscripción de la demanda.

El Código Orgánico General de Procesos en el Art. 146 establece las siguientes reglas respecto a la inscripción de las demandas en el registro correspondiente:

“1ª.- El juez dispondrá la inscripción en el registro correspondiente, de las demandas que versen sobre dominio o posesión de inmuebles o de muebles sujetos a registro, así como también de las demandas que versen demarcación y linderos, servidumbres, expropiación, división de bienes comunes y acciones reales inmobiliarias.

2ª.- Antes de que se cite con la demanda se realizará la inscripción, que se comprobará con el certificado respectivo.

3ª.- La omisión de este requisito será subsanable en cualquier estado del juicio, pero constituye falta susceptible de ser sancionada; al efecto, la jueza o el juez deberán comunicar del particular al respectivo director provincial del Consejo de la Judicatura para que proceda a sustanciar el correspondiente sumario administrativo.

*4ª.- La inscripción de la demanda no impide que los bienes se enajenen válidamente en remate forzoso y aún de modo privado, pero el fallo que en el litigio recayere tendrá fuerza de cosa juzgada contra el adquirente, **aunque este no haya comparecido en el juicio**. Hecha la inscripción del traspaso de dominio, el registrador la pondrá en conocimiento del juez de la causa, dentro de tres días, mediante oficio que se incorporará al proceso”⁸⁶.*

5.2.- Cancelación de inscripciones

Si la sentencia fuere favorable al actor, el juez ordenará que se cancelen los registros de transferencia, gravámenes y limitaciones al dominio **efectuados después de la inscripción de la demanda**.

De no efectuarse esta cancelación, las sentencias que declaran o reconocen derechos serían ineficaces, inejecutables, se vulnerarían con facilidad, y ello quebrantaría el principio de tutela judicial efectiva de los derechos.

En la acción reivindicatoria, si la sentencia acepta la demanda, procede que se cancelen los registros de transferencias, gravámenes y limitaciones al dominio efectuados después de la inscripción de la demanda, y así lo ordenará el juz-

⁸⁵ Código Civil de la República del Ecuador, art. 958.

⁸⁶ Código Orgánico General de Procesos, art. 146.

gador.

6.- *Acción Publiciana*

6.1 Aspectos generales. Concepto.-

La doctrina enseña que esta acción en el derecho romano recibió el nombre de publiciana porque fue creada por el pretor llamado Publicio.

En el Código Civil del Ecuador la llamada acción publiciana está prevista en el Art. 938 que dispone: “Se concede la misma acción (se refiere a la acción reivindicatoria), aunque no se pruebe dominio, **al que ha perdido la posesión regular de la cosa**, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.

*Pero no valdrá, ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho*⁸⁷.

Además, conforme lo dispuesto por el Código Civil en el Art. 715, inciso segundo: “El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo”.

6.2 Elementos de la acción publiciana

La acción publiciana requiere:

- 1.- Haber perdido la posesión de la cosa.
- 2.- La posesión perdida debe ser regular; es decir, conforme lo dispone el Art. 717 CC, debe proceder de justo título y haber sido adquirida de buena fe.
- 3.- Haberse hallado en el caso de poderla ganar por prescripción. En este punto, en doctrina han sostenido algunos que para que se cumpla este requisito debe haber transcurrido el plazo íntegro de prescripción y ésta no ha sido declarada judicialmente. Pero, de acuerdo al contexto de la norma no se exige que haya transcurrido este plazo íntegro de prescripción, pues se concede la acción a quien se hallaba en el caso de poder **ganarla por prescripción** porque tiene un tiempo de posesión, pero no necesariamente el plazo íntegro que exige la ley para haber adquirido por prescripción. Además, como enseñan Alessandri, Somarriva y Vodanovic: “si ha transcurrido todo el plazo, el poseedor tiene la acción reivindicatoria, pues **alegará la prescripción como fundamento de su dominio**”⁸⁸.
- 4.- Debemos tener presente que la acción publiciana no vale ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho que el demandante poseedor regular que perdió la posesión, porque como enseña la doctrina, “en igualdad de causa prevalece la posesión actual”.

La acción publiciana protege el dominio en forma indirecta

Hay diferencias, entonces, entre la acción reivindicatoria y la acción publiciana: 1) en la acción reivindicatoria, el actor debe probar el dominio sobre el bien que pretende reivindicar; mientras que en la acción publiciana el actor debe

⁸⁷ Código Civil de la República del Ecuador,

⁸⁸ Alessandri R, Arturo, Somarriva U, Manuel, Vodanovic H, Antonio. Tratado de los Derechos Reales. Bienes, 272.

acreditar haber adquirido una posesión regular y que se halla en el caso de poder ganarla por prescripción. 2) La acción reivindicatoria se puede ejercer contra cualquier poseedor; en cambio la acción publiciana se puede ejercer contra el que mantiene una posesión inferior a la del demandante; pues, reiterando, no vale ni contra el verdadero dueño ni contra el que posea con igual o mejor derecho.

En doctrina se admite que el propietario del bien puede ejercer la acción publiciana, en lugar de la reivindicatoria, si tiene dificultades en probar el dominio del bien que pretende reivindicar⁸⁹.

7.- Providencias preventivas

7.1 Providencias preventivas en el caso de reivindicación de inmuebles.-

Como el poseedor demandado en una acción de dominio u otro derecho real constituido sobre un inmueble, tiene derecho a seguir gozando de él, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, el Código Civil en el Art. 946, inciso 2º., dispone que el actor de la acción reivindicatoria *“tendrá derecho a solicitar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de los muebles y semovientes anexos a ella, comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía”*⁹⁰.

Con la acción reivindicatoria se pretende la restitución de la cosa, y mientras se sustancia el proceso el bien sigue en poder del poseedor. Por ello, para evitar el deterioro de la cosa, que puede provenir de actos del poseedor o por el desinterés que éste ponga en la conservación y mantenimiento de lo que posee, y asegurar la efectiva restitución del bien, la ley concede al actor medidas preventivas. Las providencias preventivas están reguladas por el Código Orgánico General de Procesos, Libro II Actividad Procesal, Título III Providencias Preventivas.

Respecto de inmuebles procede la prohibición de enajenar, así como el “secuestro” de bienes inmuebles que puede aplicarse en el caso de reivindicación. Arts. 126, 129 del COGEP.

El Código Civil en el Art. 2160 establece las facultades y deberes del secuestre de un inmueble en los siguientes términos: *“El secuestre de un inmueble tiene, relativamente a su administración, las facultades y deberes de mandatario, y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario”*⁹¹.

En doctrina se sostiene que también puede pedirse el inventario del inmueble, para dejar constancia de los bienes que comprende o lo integran, así como su estado, con intervención de perito.

⁸⁹ *Ibid.*, 273.

⁹⁰ Código de la República del Ecuador, art. 946.

⁹¹ Código de la República del Ecuador, art. 2160.

7.2 Secuestro de muebles.-

En el caso de reivindicación de cosa corporal mueble, si hubiere motivo de temer que se pierda o deteriore en manos del poseedor, el actor podrá pedir el secuestro; y, al respecto, el poseedor tiene dos alternativas: a) estará obligado a consentir en él; o, b) a dar seguridad suficiente de restitución, para el caso de ser condenado a restituir⁹².

8.- Prescripción

Es necesario aclarar que la acción reivindicatoria no se extingue por su no ejercicio; pues el ejercicio de las facultades legales inherentes a la calidad de propietario no prescribe. En lo que tiene que ver con las acciones propietarias la doctrina tiene muy claro que *“El dominio no se pierde por el no ejercicio. El dominio es un derecho que consiste en la facultad de usar, gozar y disponer arbitrariamente de una cosa no siendo contra ley o contra el derecho ajeno. En el ejercicio de estas facultades que el dominio otorga a su titular, éste puede hacer de la cosa que le pertenece, cuanto le plazca, no perjudicando el derecho ajeno ni contrariando las disposiciones legales. Una de las manifestaciones de este ejercicio del derecho de dominio es y puede ser el abandono de la cosa que pertenece a su propietario, ya que el dominio otorga a su titular el goce y disposición arbitraria de ella. Si no se entendieran así las cosas, el propietario tendría que gozar positivamente de lo que le perteneciera para conservar su derecho de dominio. Dejaría entonces este derecho de ser un derecho tal cual se ha definido el C. Civil. Por esta razón, el dominio no se pierde por su no ejercicio; y por eso también el dominio se manifiesta de múltiples maneras, y entre esas maneras o actividades está la de gozar a su arbitrio, o sea en la forma que mejor parezca o mejor convenga, no siendo contra ley ni lesionando el derecho de terceros. Si el dominio no se pierde por el no uso, es evidente entonces que no basta el simple transcurso del tiempo durante el cual no se haya ejercitado el derecho para que la acción propietaria o de dominio prescriba; es menester que otra persona haya adquirido ese dominio, porque casi necesariamente ha de pertenecer a alguien, pues nadie pierde el dominio de sus cosas por no usarlas o no gozarlas, sino cuando otro individuo, por no usarlas su dueño, adquiere la posesión de ellas”*⁹³.

Conforme el análisis precedente entonces las acciones propietarias no se pierden mientras no se pierda el dominio; por ello el Art. 2417 del Código Civil dispone: *“Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”*. *“Es decir, la acción reivindicatoria, la acción de dominio que tiene el propietario para reclamar la posesión de su derecho de dominio y cuya posesión tiene otro individuo, no se pierde por el hecho de no gozar su propietario la cosa que le pertenece o de no ejercer la acción que le compete, sino que se pierde como consecuencia de la pérdida del derecho de dominio que el propietario tiene en la cosa; y como este derecho no se pierde sino cuando otro lo ha adquirido por prescripción, solo entonces se viene a per-*

⁹² Código de la República del Ecuador, art. 945.

⁹³ Alessandri Rodríguez, Arturo. Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones, 480.

der la acción que emana del derecho de dominio”⁹⁴.

9.- Conclusión

En conclusión, de conformidad con lo previsto por el Código Civil en los Arts. 933, 934, 937, 939, son elementos y requisitos para que proceda la acción de reivindicación:

Cosas reivindicables. Se pueden reivindicar las cosas corporales, raíces o muebles; y los derechos reales, como el usufructo, el de habitación.

Legitimación activa. La acción reivindicatoria corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

Legitimación pasiva. La acción de dominio debe dirigirse contra el actual poseedor del bien.

Cosa singular. El objeto de la reivindicación debe ser una cosa singular. También puede reivindicarse una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular.

Identificación del bien. Debe realizarse la determinación física del bien y constatarse la plena identidad del bien que reivindica el actor y que posee el demandado

Pretensión.- La pretensión del actor de la acción reivindicatoria es la de que se le restituya el bien de su propiedad de que no está en posesión material, por parte del poseedor del mismo.

Procedimiento.- La acción reivindicatoria se sustancia en procedimiento ordinario.

En la acción reivindicatoria, el actor no solicita que se lo declare propietario del bien que pretende reivindicar, pero tiene que probar que lo es, para que proceda la demanda con su pretensión de restitución de la cosa.

⁹⁴ Ibidem.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- 1.- Alessandri R, Arturo, Somarriva U, Manuel, Vodanovic H, Antonio. 2005. *Tratado de los Derechos Reales. Bienes, Tomo II- Sexta edición.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- 2.- Alessandri Rodríguez, Arturo. 1983. *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones.* Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- 3.- Carrión Eguiguren, Eduardo. 1982. *Curso de Derecho Civil. De los bienes.* Cuarta edición. Quito, Ecuador: EDUC.
- 4.- Claro Solar. 1979. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno, volumen IV, De los Bienes, tomo 9º.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- 5.- Corral Talciani, Hernán. 2016. *Estudios sobre Contratos y Obligaciones.* Bogotá, Colombia: Ibañez,.
- 6.- Couture, Eduardo J. 1997. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición.* Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- 7.- Larrea Holguín, Juan. 1986. *Derecho Civil del Ecuador, Los Bienes y la Posesión, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo V,* Quito, Ecuador.
- 8.- Somarriva Undurraga, Manuel. 1983. *Derecho Sucesorio.* Santiago, Chile: Editorial Nascimento.
- 9.- Suárez Franco, Roberto. 2015. *Derecho de Sucesiones. Sexta edición.* Bogotá, Colombia: Temis.
- 10.- Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo. 2004. *Bienes. Novena edición.* Bogotá, Colombia: Temis.
- 11.- *Jurisprudencia de la Corte Suprema y Corte Nacional de Justicia.*

LAS PETICIONES DE EXTRADICCIÓN CURSADAS POR MINISTERIOS FISCALES

Pedro Félix Álvarez de Benito¹

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Jurisprudencia del tribunal constitucional español; 2.1 El caso Colombia, STC 147/2020, de 19 de octubre de 2020; 2.2 El caso Angola STC 147/2021, de 12 de julio de 2021; 3. Los casos de Marruecos y Paraguay; 3.1 El caso de Marruecos. Las Secciones Penales de la Audiencia Nacional de España; 3.2 Paraguay; 4. La controversia en su momento actual; 4.1 Integración de la Fiscalía marroquí en el Poder Judicial; 4.2 Imparcialidad del Fiscal en Marruecos; 4.3 La esperada intervención del Tribunal Constitucional; 5. La Fiscalía como institución; 5.1 Diferencias institucionales entre jueces y fiscales.

PALABRAS CLAVES: extradición- fiscalía- imparcialidad- proceso extraditorio- orden internacional de detención- proceso penal- tribunal constitucional español

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Jurisprudence of the Spanish Constitutional Court; 2.1 The Colombia case, STC 147/2020, of October 19, 2020; 2.2 The Angola case STC 147/2021, of July 12, 2021; 3. The cases of Morocco and Paraguay; 3.1 The case of Morocco. The Criminal Sections of the National Court of Spain; 3.2 Paraguay; 4. The controversy at the present time; 4.1 Integration of the Moroccan Prosecutor's Office in the Judiciary; 4.2 Impartiality of the Prosecutor in Morocco; 4.3 The expected intervention of the Constitutional Court; 5. The Prosecutor's Office as an institution; 5.1 Institutional differences between judges and prosecutors.

KEY WORDS: extradition- prosecutor's office- impartiality- extradition process- international arrest warrant- criminal proceedings- Spanish constitutional court

Introducción

La cuestión de quién debe instruir las causas penales genera un vivo debate que trasciende fronteras. De una parte, aparece la figura del juez instructor, propia de la tradición continental europea, más concretamente francesa, que asume todas las funciones previas al juicio oral, salvo el ejercicio de la acusación; y, por otro lado, la figura del fiscal investigador que, más característico del derecho anglosajón, se ha ido imponiendo en países europeos como Alemania, Francia, Italia y Portugal y en gran parte de América Latina con sistemas basados en el principio acusatorio.

¹ Actual Magistrado de Enlace del Reino de España ante el Reino de Marruecos. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Diplomado en economía. Fue Magistrado de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Toledo. Miembro del Comité Ejecutivo de la Red Europea de Consejos de Justicia. Secretario Permanente Ejecutivo de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Miembro de la Comisión Permanente de Coordinación y Seguimiento de la Cumbre Judicial Iberoamericana. Director de Relaciones internacionales del Consejo General del Poder Judicial.

El debate no se limita a cambiar las cosas y atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal, eliminando al Juez Instructor. Debería, más bien, resolverse el problema de cómo configurar la instrucción, lo que debería hacerse en el marco de un modelo organizativo que aproveche los recursos y capacidades del Ministerio Fiscal como director de la investigación, de manera que optimice y haga más eficaz la instrucción. Quedaría para el Juez el debido control jurisdiccional de aquellas medidas que supongan una injerencia de la investigación en los derechos fundamentales del encausado.

El problema, por otro lado, trasciende el debate técnico ante el posible riesgo de injerencia de otros poderes ajenos al judicial. Hay que tener en cuenta que la independencia, inamovilidad e imparcialidad de los jueces son atributos clave en un sistema democrático de división de poderes. Esto no siempre se puede decir, o no con la misma extensión, de los fiscales, cuyos estatutos, régimen de incompatibilidades, principio jerárquico y sistemas de nombramiento suelen estar relacionados con el Ejecutivo, de tal manera que aparece el riesgo real de transformar la instrucción en inquisición a favor de los intereses del Poder Ejecutivo que podría manejarla a su antojo, fuera del poder judicial.

Conviene recordar que hace ya mucho tiempo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y casi todos los tribunales constitucionales europeos, pusieron de manifiesto los prejuicios e imprecisiones que la actividad instructora genera en un juez que, al mismo tiempo que investiga un delito y su autor, puede él mismo acordar las medidas necesarias que supongan injerencia en derechos fundamentales, debiendo garantizar la efectividad de esos derechos fundamentales del investigado, incluida la presunción de inocencia, lo que lo convertía en juez y parte. Pero si con la sustitución de Juez por Fiscal, sólo se produce un mero cambio del sujeto procesal que deba instruir y dirigir la investigación, manteniendo la instrucción tal y como está configurada en la actualidad, no se evitan los viejos problemas y, por esto, los sistemas más modernos cuentan con la figura del juez de garantías que vela por un proceso justo, autorizando las diligencias solicitadas por el fiscal que afecten a derechos fundamentales, las medidas cautelares de carácter personal, como la prisión provisional, el secreto de las actuaciones, la práctica de ciertas pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral, y controlando también la duración de la instrucción. El problema, una vez más, es que el Juez de Garantías no siempre interviene como corresponde o no resulta tan eficaz como debiera.

Vamos a examinar algunos casos en los que la instrucción por parte de las Fiscalías de algunos países ha generado problemas en lo tocante a la detención internacional del encausado y, consiguientemente, a su ex-

tradición. Uno de los casos más recientes y relevantes se ha producido entre Marruecos y España, aunque el problema, como se verá, no es solo de Marruecos, sino de los países en los cuales el rol del Ministerio Público es el de instructor de la causa.

A mediados de febrero del pasado año 2022, el Tribunal Constitucional español (TC) admitió a trámite seis recursos de amparo sobre distintas resoluciones de la Audiencia Nacional en materia de extradiciones a Marruecos. La cuestión consiste en determinar si se están vulnerando los derechos fundamentales de ciudadanos extranjeros al ser entregados a sus respectivas autoridades judiciales. Según informaciones periodísticas publicadas en ése momento que, a su vez, citaban fuentes del TC, el Tribunal ha admitido las referidas demandas de amparo al considerar que se trata de una cuestión que reviste especial trascendencia constitucional y sobre la cual el Tribunal debe “*aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna*”².

El problema jurídico de fondo deriva de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española (AN) no mantiene un criterio uniforme en materia de extradición respecto a las órdenes internacionales de detención cursadas por Fiscalías y no por órganos jurisdiccionales. Los encausados consideran que estas órdenes deben ser anuladas por falta de un control judicial efectivo sobre las mismas. El TC deberá próximamente analizar si en las órdenes de detención cursadas, en éste último caso, por parte la Fiscalía de Marruecos, resulta admisible la falta de intervención judicial para controlar la proporcionalidad de la medida con relación a la garantía de los derechos a la libertad personal y a las libertades de residencia y circulación de los afectados.

Jurisprudencia del tribunal constitucional español

En términos generales, el TC español viene aplicando, a los supuestos de extradición, los mismos requisitos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) establece para aquellos estados miembros en los que la legislación interna prevé, como autoridad emisora de las órdenes europeas de detención, a las fiscalías. En tales casos, la decisión del Fiscal ha de ser ratificada o controlada posteriormente por un juez con el fin de evitar cualquier riesgo de falta de independencia y asegurar, de este modo, los derechos fundamentales de los afectados por la medida.

El debate que nos ocupa se manifestó a raíz de dos sentencias recientes –la número 147/2020 y la 147/2021–, en las que el TC revocó dos resoluciones del

² José María Brunet, “El Tribunal Constitucional establece que los recursos de amparo deberán sintetizarse en cinco folios”, El País España, 12 de abril, 2023, consultado 30 de septiembre, 2023. <https://elpais.com/espana/2023-04-12/el-tribunal-constitucional-establece-que-los-recursos-de-amparo-deberan-sintetizarse-en-cinco-folios.html>

Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordaban a entrega de dos ciudadanos a Colombia y Angola, respectivamente. En ambos casos, las órdenes internacionales de detención habían sido expedidas por las Fiscalías de los países reclamantes y no habían sido después ratificadas, avaladas o supervisadas judicialmente. Para el TC, las susodichas fiscalías no podían considerarse independientes y, por tanto, concluía que no se había contado con el pertinente control judicial.

En el caso de Marruecos, extensible a muchos otros países con una estructura del poder judicial parecida, la AN española ha entendido tradicionalmente que las órdenes de detención emitidas por el *Ministère Public* marroquí son perfectamente admisibles, en tanto la Fiscalía marroquí forma parte del poder judicial, siendo, por tanto, autoridad independiente desde el punto de vista de las garantías debidas al ciudadano. Para Marruecos, las órdenes de detención que emanan de la Fiscalía no necesitan legalización judicial alguna, en tanto se consideran órdenes judiciales según su sistema.

2.1 El caso Colombia, STC 147/2020, de 19 de octubre de 2020

Se trataba de un caso en el que la Fiscalía colombiana formuló imputación contra el *extraditurus* por los delitos de utilización ilícita de redes de comunicaciones, acceso abusivo a un sistema informático agravado, daño informático agravado, y cohecho por dar u ofrecer en concurso homogéneo con circunstancia de mayor punibilidad, tipificados en los arts. 197, 269 A, 269 D, 269 H, y 407 del Código penal de Colombia³, solicitando su declaración de contumacia así como su sujeción a medida cautelar privativa de libertad por riesgo de incomparecencia y destrucción de pruebas.

El juzgado de garantías accedió a estas pretensiones acordando el 4 de octubre de 2018 imponer al imputado la medida de aseguramiento privativa de libertad de “detención preventiva en establecimiento de reclusión” (prisión provisional) prevista en el artículo 307, A, 1 del Código de procedimiento penal de Colombia⁴ y librando la orden de captura correspondiente para asegurar el cumplimiento de dicha medida, que fue registrada en Interpol como orden internacional de detención el 8 de octubre de 2018. Pero este auto de prisión quedó sin efecto en virtud de la decisión adoptada el 31 de enero de 2019 por un órgano judicial superior (Juzgado 47 del Circuito con función de conocimiento de Bogotá) y no se substituyó por otro. Aunque se había anunciado por las autoridades colombianas que se iba a producir un nuevo pronunciamiento del mismo juzgado de garantías, no llegó a presentarse, alegando, en cambio, que el escrito de acusación del fiscal está “avalado por una autoridad judicial”, asimilando el criterio manifestado por las autoridades colombianas de que tal aval lo proporcionaba la presentación del escrito en la audiencia de formulación de la acusación celebrada el día 12 de abril de 2019 ante un juez de conocimiento (Juzgado 30 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la ciudad de Bogotá). Además, Colombia sostuvo que la extradición no contravenía las exigencias del

³ Código Penal colombiano- Ley N° 599 de 2000, arts. 197, 269 A, 269 D, 269 H, 400.

⁴ Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley N° 906 de 2004, art. 307 A1

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva porque la Fiscalía General de la Nación de Colombia, así como sus delegados y funcionarios, forman parte de la administración de justicia de dicho país conforme al artículo 116 de su Constitución Política⁵, lo que a su juicio representaría una garantía suficiente de los derechos e intereses involucrados.

La demanda de amparo presentada por el *extraditurus* ante el TC español, cuestionaba que una solicitud de extradición no respaldada en una orden judicial de detención o prisión pudiera ser acogida sin incurrir en vulneraciones constitucionales. La demanda obligó al TC a pronunciarse sobre un problema nuevo, el que suscita concretar las condiciones que ha de reunir el título jurídico transmitido por las autoridades del país reclamante para que pueda ser considerado legítimo y suficiente en orden a justificar una decisión de entrega. La Fiscalía española alegó que la fiscalía general de la Nación de Colombia puede ser considerada autoridad judicial a estos efectos, toda vez que forma parte del poder judicial según previsión constitucional, y que en un procedimiento penal como el vigente en Colombia (Código de procedimiento penal aprobado por la Ley 906, de 31 de agosto de 2004)⁶ presidido por el principio acusatorio, corresponde al fiscal dirigir la investigación preliminar y emitir a su conclusión el escrito de acusación.

Para entender mejor el problema, procede comenzar por los requisitos que el TC viene considerando imprescindibles para admitir la extradición. La sentencia 147/2020 señala lo siguientes:

No basta con que exista una referencia positiva que iguale funcionalmente cualquier soporte documental en el que se solicite la extradición. Es decir, no basta con que un tratado diga, por ejemplo, que un escrito de acusación del fiscal es equivalente a un auto de prisión, o que la demanda de extradición equivale “a cualquier otro documento con la misma fuerza”. Tratándose de un problema de garantías, el control judicial es siempre imprescindible, con independencia de que venga o no explícitamente recogido en la norma convencional que regula la extradición.

Toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada. Por estar en juego los derechos o libertades de la persona cuya extradición se decide, se exige una motivación reforzada que solo puede ofrecer una resolución judicial en tanto “*exteriorice o manifieste de modo constitucionalmente adecuado las razones justificativas de las decisiones adoptadas*”.

La decisión sobre la extradición no solo constituye un análisis jurisdiccional sobre una condena o el cumplimiento de una pena, sino sobre el traslado forzoso a la frontera y entrega a las autoridades reclamantes, cuestiones ambas que afectan a derechos fundamentales como la libertad, residencia, y entrada y salida del territorio español.

⁵ Constitución Política de la República de Colombia de 1991, art. 116

⁶ Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley N° 906

Ante cualquier petición de extradición, los tribunales españoles están obligados a comprobar:

- que se han respetado las garantías procesales,
- la necesidad y proporcionalidad de la medida,
- las condiciones de objetividad e imparcialidad de la autoridad de la que emana la petición de extradición, y
- que se ha llevado a cabo una valoración imparcial de las pruebas disponibles tanto de cargo como de descargo
- que se ha ponderado la necesidad de la entrega para la realización de los fines procesales

Siguiendo las previsiones del artº 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea (UE)⁷, ha de garantizarse también:

En un primer nivel, que la resolución que insta la extradición sea consecuencia de un procedimiento nacional sujeto a control judicial en que la persona objeto de la orden ha disfrutado de todas las garantías adecuadas con relación a los derechos y principios jurídicos fundamentales.

En un segundo nivel, la autoridad emisora debe haber actuado proporcionalmente, con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de órdenes o instrucciones externas, en especial del poder ejecutivo. Si la autoridad no es un Juez, debe poder ser objeto de recurso y, además, ser independiente, objetiva y sometida a control judicial.

Por tanto, la primera y más fundamental de las garantías del proceso extraditorio es que la entrega venga autorizada por alguna de las disposiciones que menciona el art. 13.3 de la Constitución Española (CE)⁸ que están en conexión con alguno de los derechos fundamentales y libertades comprendidos entre los arts. 14 a 30 de la misma.

Expone el TC que esta garantía obedece a distintas finalidades: Por una parte, pretende que la extradición quede sometida básicamente a reglas jurídicas y no exclusivamente a la voluntad de los Estados, que no pueden extraditar arbitrariamente a quienes se encuentran en su territorio, según se deriva del art. 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹, del art. 5.1 f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos¹⁰ y del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹. Por otra parte, el principio *nulla traditio sine lege* supone subordinar a normas adoptadas por los legítimos representantes la actuación de los órganos judiciales que contribuyen a la decisión favorable o desfavorable respecto a la entrega. Y, finalmente, permite ofrecer a los destinatarios una mayor seguridad jurídica, en atención a la necesaria previsibilidad de las consecuencias de los propios actos, en relación con una medida

⁷ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000

⁸ Constitución española de 1978, art. 13.3, 14-30

⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948

¹⁰ Convención Europea de Derechos Humanos, 1950

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

como la extradición que determina efectos perjudiciales en la esfera del afectado y, en sentido amplio, en su derecho a la libertad.

En el ámbito de la extradición pasiva, el derecho a la libertad no solo está comprometido por lo que respecta a la condena a una sanción penal o al cumplimiento de una pena de reclusión en el Estado requirente, sino también en lo que se refiere a impedir la permanencia en territorio español de un extranjero mediante su traslado forzoso a la frontera y entrega a las autoridades reclamantes (STC 141/1998, FJ 6), y atendiendo al canon de motivación reforzado, dicho derecho fundamental *“se conecta con otros derechos fundamentales: con el derecho a la libertad (art. 17 CE) y con el derecho a la libertad de residencia y de entrada y salida del territorio del Estado (art. 19 CE), puesto que la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos en el derecho del recurrente a permanecer en España y, como eventual consecuencia, el cumplimiento de una pena privativa de libertad.”*

El cumplimiento de este canon de motivación reforzada obliga a un escrutinio previo de la solicitud de extradición y de su justificación documental para comprobar si se sustenta en decisiones o actos que hayan sido adoptados de una forma respetuosa con las garantías procesales y tras una ponderación adecuada de su necesidad y proporcionalidad para realizar los fines de la extradición y asegurar la presencia del *extraditatus* en el juicio, pues solo a partir de ese análisis será posible que los tribunales españoles puedan exteriorizar de un modo adecuado las razones justificativas de sus decisiones desde la perspectiva de la incidencia limitadora que los derechos fundamentales tienen sobre el ejercicio de la potestad de extraditar.

El análisis judicial, continúa exponiendo el TC, ha de extenderse necesariamente a las condiciones de objetividad e imparcialidad de la autoridad cuya decisión se halla en el origen del procedimiento de auxilio judicial internacional, procedimiento que al tener por objeto el desplazamiento internacional del reclamado, debe garantizarle como mínimo una valoración imparcial de las pruebas disponibles, tanto de cargo como de descargo, y una ponderación de la necesidad de su entrega para la realización de los fines procesales esgrimidos pues conforme a reiterada jurisprudencia constitucional este tribunal no es el juez de la extradición, sino el órgano de control del juez de la extradición en materia de garantías constitucionales, comprobando si en el procedimiento previo a la decisión que la autoriza se ha lesionado algún derecho fundamental constitucionalmente protegido.

En el ámbito internacional, el Pleno del TC destaca el valor hermenéutico de los criterios sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el contenido del derecho a un proceso equitativo recogido en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (fundamento jurídico 4 de ambas SSTC). Ese mismo valor ha de reconocerse a la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto del derecho fundamental a la libertad personal proclamado por el art. 6 de la Carta de los derechos fundamentales de la

Unión Europea. El tribunal advierte de que la autoridad emisora de la extradición debe estar en condiciones de ejercer esa función con objetividad, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo, y sin estar expuesta al riesgo de que su potestad decisoria sea objeto de órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo. En el caso de que esa autoridad, en virtud del derecho del Estado emisor, no sea un juez o tribunal, la decisión de emitir dicha orden de detención y en particular la proporcionalidad de esa decisión, debe poder ser objeto de un recurso judicial en el Estado miembro que satisfaga las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que la autoridad designada por el derecho interno para expedir la orden de detención no necesariamente ha de ser un juez o tribunal, admitiendo otro tipo de autoridad siempre que reúna las siguientes condiciones:

que se trate de una autoridad que participe en la administración de la justicia penal, lo que excluye ministerios y servicios de policía que forman parte del poder ejecutivo, pero permite incluir a un fiscal que tenga competencia en el marco del procedimiento penal para ejercer la acción penal contra una persona sospechosa de haber cometido un delito a fin de que sea llevada ante un tribunal;

que se trate de una autoridad independiente, no sometida a órdenes o instrucciones externas, en particular del poder ejecutivo, y que esté en condiciones de ejercer su función con objetividad, esto es, teniendo en cuenta todas las pruebas de cargo y de descargo; y por último, pero no menos importante, que su decisión esté sometida a control judicial en cuanto al cumplimiento de los requisitos de su emisión y, en particular, de su proporcionalidad, control que puede ser previo, simultáneo o posterior.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece con meridiana claridad que no hay garantía efectiva del derecho a la libertad reconocido en el artículo 6 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea sin una mediación judicial que controle la necesidad y proporcionalidad de la medida que la afecte, y que la posible intervención de cualquier otra autoridad pública a la que el derecho interno del Estado miembro atribuya una participación significativa en la administración de la justicia penal del país, como puede ser el caso de determinadas fiscalías en función de las atribuciones procesales que les confiera el derecho nacional, demandará en todo caso la inexcusable concurrencia de una autoridad judicial incluso en aquellos casos en que sea incuestionable su independencia estructural del poder ejecutivo.

En el marco normativo vigente en la República de Colombia, la Fiscalía General de la Nación es un órgano constitucional que participa de la administración de justicia y tiene reconocida autonomía administrativa y presupuestaria —artículos 116 y 249 y siguientes de la Constitución Política de dicho país— con funciones relevantes en el desarrollo del procedimiento penal, inspirado en el sistema acusatorio, como son las de dirigir la indagación e investigación de los hechos que revistan caracteres de delito que lleguen a su conocimiento por di-

versas vías y ejercitar la acción penal, pero cuya potestad de injerencia en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos está sujeta a un control inmediato del juez de garantías.

El valor de su *escrito de acusación* es de mero impulso del procedimiento mediante su presentación en una “audiencia de formulación de la acusación” ante un juez de conocimiento que se limita a dar traslado a las partes y dirigir un debate básico sobre el cumplimiento de sus requisitos formales, sin refrendar ni validar el fundamento de la acusación —artículos 338 y siguientes del Código de procedimiento penal de Colombia aprobado por Ley 906 de 2004— y constituye un acto de parte, enderezado al impulso del procedimiento, al que la legislación procesal colombiana no atribuye un significado institucional de valoración objetiva e imparcial de las pruebas y tampoco se puede afirmar que quede judicialmente homologado por su presentación y lectura en una “audiencia de formulación de la acusación” con funciones de trámite y depuración formal.

Estas razones son suficientes para considerar que no es posible su equiparación a un *auto de prisión* sin provocar una sustancial distorsión del sistema de garantías de la libertad tal y como comúnmente se concibe en el artículo 17.1 CE, el artículo 6 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y el artículo 5 del Convenio europeo de derechos humanos, en el que la homologación judicial constituye pieza clave.

Puesto que, en el caso de Colombia, el TC concluyó que la decisión de extraditar afectaba al derecho constitucional a la libertad del *extraditatus*, pero que no existió un juicio de necesidad judicialmente homologado en el país reclamante, se acordó denegar la extradición solicitada.

2.2 El caso Angola STC 147/2021, de 12 de julio de 2021

La Sentencia del TC 147/2021 confirma los anteriores criterios y alude a una nueva jurisprudencia sobre la materia contenida en la Sala 1ª del TJUE de 10 de marzo de 2021 en el asunto C648/20 PPU según la cual:

“las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva de la que debe gozar una persona contra la que se hay dictado una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales, no se cumplen cuando tanto la orden de detención europea como la resolución judicial sobre la que se fundamenta han sido dictadas por un fiscal que puede calificarse de autoridad judicial emisora en el sentido del artº 6, apartado 1 de dicha Decisión Marco, pero no pueden ser objeto de un control judicial en el Estado miembro emisor antes de la entrega de la persona buscada por el Estado miembro de ejecución.”

Y concluye la sentencia del TC que:

“...no hay garantía efectiva del derecho a la libertad sin una mediación judicial que controle la necesidad y proporcionalidad de la medida que la afecte, y la posible intervención de cualquier otra autoridad pública a la que el derecho interno del Estado miembro atribuya una participación significativa en la administración de la justicia penal del país, como puede ser el caso de determinadas

fiscalías [...], demandará, en todo caso, la inexcusable concurrencia de una autoridad judicial, incluso en aquellos casos en que sea incuestionable su independencia estructural del poder ejecutivo”.

En el presente caso, se había concedido la extradición con base en un título jurídico, el “*relatorio final*” presentado por la fiscalía angoleña. El Ministerio Fiscal español consideró desde el principio que la Procuraduría General de la República de Angola, a la que corresponde la formulación de las peticiones de extradición, no es una autoridad independiente respecto del poder ejecutivo. Con arreglo a la Ley 22/2012, de 14 de agosto, de la Procuraduría General de la República y del Ministerio Público, art. 8.3, el procurador General de la República recibe instrucciones directas del presidente de la República en el ámbito de representación del Estado por la Procuraduría (y esta lo representa principalmente en el ejercicio de la acción penal). De este modo constituye a una unidad orgánica subordinada al presidente de la República, como jefe del Estado, y se organiza verticalmente, bajo la dirección del procurador general de la República, que recibe instrucciones directas y de cumplimiento obligatorio del Presidente de la República en dicho ámbito. En tales circunstancias, se entendía que el órgano competente para formular las demandas de extradición de la República de Angola no cumplía los estándares de independencia del poder ejecutivo que exigen tanto la jurisprudencia constitucional como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, el documento esencial de la solicitud de extradición es el denominado “*relatorio final*”. En él se efectúan dos propuestas; de un lado, que la Dirección de la Procuraduría General de la República practique las diligencias oportunas al objeto de recoger elementos de prueba que permitan el descubrimiento de la verdad material; de otro, el traslado de la investigación a la Dirección Nacional de Investigación y Acción Penal para la incoación del oportuno proceso criminal. Por lo tanto, el “*relatorio*” no constituía sino un acto de parte, enderezado únicamente al impulso del procedimiento, sin que pudiera apreciarse en él una valoración objetiva e imparcial de las pruebas, ni clase alguna de homologación judicial. Razones todas estas que, para el TC, hacían imposible su equiparación al auto de procesamiento a que se refiere el art. 7.1 a) Ley Procesal Penal española.¹²

En resumen, el cumplimiento del canon de motivación reforzada ya citado, obliga a un escrutinio previo de la solicitud de extradición y de su justificación documental para comprobar si se sustenta en decisiones o actos que hayan sido adoptados de una forma respetuosa con las garantías procesales y tras una ponderación adecuada de su necesidad y proporcionalidad para realizar los fines de la extradición y, en un caso como este, asegurar la presencia del *extraditurus* en el juicio, pues solo a partir de ese análisis será posible que los tribunales españoles puedan exteriorizar de un modo adecuado las razones justificativas de sus propias decisiones desde la perspectiva de la incidencia limitadora que los

¹² Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882

derechos fundamentales tienen sobre el ejercicio de la potestad de extraditar. El análisis ha de extenderse necesariamente a las condiciones de objetividad e imparcialidad de la autoridad cuya decisión se halla en el origen del procedimiento de auxilio judicial internacional, procedimiento que al tener por objeto el desplazamiento internacional del reclamado, debe garantizarle como mínimo una valoración imparcial de las pruebas disponibles, tanto de cargo como de descargo, y una ponderación de la necesidad de su entrega para la realización de los fines procesales esgrimidos porque el juez español, aun no siendo el juez de la extradición, es el órgano de control del juez de la extradición en materia de garantías constitucionales comprobando si en el procedimiento previo a la decisión que la autoriza se ha lesionado algún derecho fundamental constitucionalmente protegido.

En la reciente sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 10 de marzo de 2021, en el asunto C 648/20 PPU, EU:C:2021:187, este criterio ha sido aún más matizado, al establecerse que:

“las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva de la que debe gozar una persona contra la que se haya dictado una orden de detención europea para el ejercicio de acciones penales no se cumplen cuando tanto la orden de detención europea como la resolución judicial sobre la que se fundamenta han sido dictadas por un fiscal que puede calificarse de ‘autoridad judicial emisora’, en el sentido del artículo 6, apartado 1, de dicha Decisión Marco, pero no pueden ser objeto de un control judicial en el Estado miembro emisor antes de la entrega de la persona buscada por el Estado miembro de ejecución”.

De estos antecedentes se concluye que no hay garantía efectiva del derecho a la libertad sin una mediación judicial que controle la necesidad y proporcionalidad de la medida que la afecte, y que la posible intervención de cualquier otra autoridad pública a la que el derecho interno del Estado miembro atribuya una participación significativa en la administración de la justicia penal del país, como puede ser el caso de determinadas fiscalías en función de las atribuciones procesales que les confiera el derecho nacional, demandará en todo caso la inexcusable concurrencia de una autoridad judicial incluso en aquellos casos en que sea incuestionable su independencia estructural del poder ejecutivo.

Los casos de Marruecos y Paraguay

En estos dos casos, el TC español aún no se ha pronunciado. En lo tocante a Marruecos, las dudas están ya pendientes de resolución y, en el de Paraguay, se aprecia un entorno jurídico sin problemas pero que merece una referencia concreta.

3.1 El caso de Marruecos. Las Secciones Penales de la Audiencia Nacional de España

Haciéndose eco de la doctrina expuesta, la Audiencia Nacional, mediante Auto de la Sección 3ª Penal de 11 de enero del presente año de 2023, denegó

la extradición de un ciudadano marroquí para su enjuiciamiento por hechos recogidos en la orden internacional de detención expedida el 17 de junio de 2022 por el Fiscal General del Rey ante el Tribunal de Apelación de Nador. Razonaba la resolución:

“En el caso de la solicitud del Reino de Marruecos que ahora examinamos, no se incluye en la documentación extradicional [...] esa valoración por una autoridad judicial del país requirente de la necesidad y proporcionalidad de la privación de libertad de la persona reclamada que inevitablemente conlleva la extradición, valoración que resulta necesaria según la doctrina del Tribunal Constitucional que emana de ambas sentencias¹³. Con tal carencia, la concesión de la extradición vulneraría los derechos fundamentales del reclamado a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, a la libertad personal y a las libertades de residencia y circulación, por lo que la extradición debe ser denegada.”

La prensa informó de que le Presidente de Sala iba a redactar un voto particular, pero, finalmente, la resolución publicada indica que la decisión ha sido unánime.

El posible voto discrepante hubiera obedecido, en realidad, a un criterio distinto al adoptado ahora por la Sección 3ª en el Auto de 11 de enero pasado. Otras secciones de la AN, en resoluciones anteriores, han aceptado las extradiciones pedidas por la Fiscalía de Marruecos. Por ejemplo, la Sección 4ª de lo Penal, mediante recientísimo Auto de 13 de octubre de 2022, decía:

“...este Tribunal entiende que el Ministerio Fiscal Marroquí, al estar legalmente enmarcado en el poder judicial del referido Estado, en su derecho interno, tiene plena competencia para dictar órdenes internacionales de detención como la que posibilitó este procedimiento, cuya adopción en ningún caso requiere para su validez de la ratificación, legalización u homologación de la autoridad judicial marroquí, pues dicha competencia la tiene el Ministerio Fiscal, a tenor de la normativa estatal interna”

3.2 Paraguay

La República del Paraguay no cuenta con una Ley específica que regule el trámite de las solicitudes de asistencia jurídica internacional, en materia penal y de extradición, formulados por autoridades extranjeras. Existen, sin embargo, varios artículos en el Código Procesal Penal que estipulan que los procesos de extradición se realizaran conforme a lo establecido en los tratados internacionales vigentes en la materia y, a falta de ello, por las reglas de la reciprocidad. El artículo 149 del Código Procesal Penal Paraguayo¹⁴, cuando habla de extradición pasiva, dice:

“Cuando un Estado extranjero solicite la extradición de un imputado o condenado, será competente el juez penal de la Capital de la República que corresponda. La resolución que deniegue el pedido de extradición será enviada, en todos los casos, a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que se pronunciará sobre la misma dentro de los quince días de recibidas las actuaciones. Si la

¹³ Con cita previa de las susodichas 147/2020 y 147/2021

¹⁴ Código Procesal Penal, Ley N°1286/96, art. 13

persona requerida está detenida, no se decretará la libertad hasta que resuelva la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Si la misma no resuelve en el plazo previsto se concederá inmediatamente la libertad y la detención no podrá ser decretada nuevamente”.

Es, por tanto, la Corte Suprema de Justicia la que decide sobre la viabilidad de una extradición solicitada por una autoridad extranjera. La solicitud debe ser encaminada desde la Embajada del Estado Requirente a la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Una vez recibida la solicitud, se remite a la Dirección de Asuntos Internacionales de la Corte Suprema de Justicia, la cual enviará dicha solicitud a la Oficina de Distribución de Causas Penales, donde se designará un Juez Penal de Garantías de la Capital conforme al artículo 149 del Código Procesal Penal

El rol del Fiscal del Ministerio Público en la extradición activa está definido en el artº 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público¹⁵ el cual dice que promoverá la extradición de los procesados que se hallen en el exterior e intervendrá en las causas en que se pretenda la extradición, a través de requerimientos, dictámenes y en las audiencias. El Ministerio Público cumple, por tanto, un rol de controlador del proceso, emitiendo su parecer en relación al pedido de extradición, realizando un análisis de la solicitud a la luz del Tratado de extradición aplicable y velando porque se cumplan todas las garantías del debido proceso.

Entre el Reino de España y la República del Paraguay existe un Tratado de extradición firmado en Asunción el 27 de julio de 1998. En la extradición pasiva, los posibles motivos de rechazo no incluyen la falta de garantías respecto a los derechos humanos del *extraditatus* y así, el Artículo 5 del Tratado que enumera las causas de denegación de la extradición, no hace referencia alguna sobre el particular. En cambio, el artº 7 introduce una causa facultativa de denegación:

e) Si la persona cuya extradición se solicita no ha tenido ni va a tener un proceso penal con las garantías mínimas que se establecen en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo cual dejaría la puerta abierta a denegar la extradición si la Corte Suprema llegara a la conclusión de que los derechos humanos del *extraditatus* no hubieran sido debidamente garantizados. Esto incluye, desde luego, el problema de un posible requerimiento hecho a instancias de la Fiscalía y no de un Juez. Pero si tenemos en cuenta que en España la Fiscalía no tiene facultades instructoras y no es el órgano que solicita la extradición, la previsión convencional en lo tocante a las pasivas de Paraguay debería reservarse a otras hipótesis con otros países. Sin embargo, cuando se trate de una extradición activa, es decir, instada

¹⁵ Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley N°1562/00

por la Fiscalía Paraguaya contra una persona residente en España, el problema teórico podría volver a plantearse. Pero vemos aquí que, si bien el Fiscal paraguayo promueve la extradición, es el Juez de garantías el que la ordena, tal y como dispone el artº 148 del Código Procesal Penal:

Artículo 148. EXTRADICIÓN ACTIVA. La solicitud de extradición de un imputado será decretada por el juez penal, a requerimiento del Ministerio Público o del querellante, conforme lo previsto en el artículo anterior y será tramitada por la vía diplomática.¹⁶

Lo cual elimina, en principio, cualquier dificultad acerca de su aceptación por parte de los tribunales españoles.

La controversia en su momento actual

Existe una evidente divergencia de criterios entre los magistrados que integran la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional española. Una mayoría, sostiene que las sentencias 147/2020 y 147/2021 del TC no afectan a las peticiones de entrega formuladas por las Fiscalías. Conforme a este criterio, se entiende que el Ministerio Fiscal, cuando está legalmente enmarcado en el poder judicial del Estado, tiene plena competencia para dictar órdenes internacionales de detención, sin necesidad de ratificación, legalización u homologación por parte de la autoridad judicial. Vamos a hacer referencia más pormenorizada al caso de Marruecos por ser el más reciente y el que ha desatado la polémica, pero, como veremos, el modelo del país alauita, con un Ministerio Público incluido orgánicamente en el Poder Judicial, sirve de ejemplo para todos los demás países en los que la estructura de la Fiscalía es similar.

El criterio de que la Fiscalía tiene plena competencia para dictar órdenes de detención y extradición no ha sido solo seguido por la Sección 4ª, sino por el Pleno de la Sala¹⁷ También resulta de interés, para analizar esta controversia, citar las recientes resoluciones dictadas por el Pleno, al resolver los recursos de súplica nº 37/2022, por auto nº 46/22, de 23 de mayo de 2022, y nº 53/22, por auto nº 59/22, dictado el día 19 de julio de 2022, ambos interpuestos por la representación procesal de sendos ciudadanos marroquíes contra la decisión de entrega para ser enjuiciados, respectivamente, por hechos constitutivos de un posible delito de tráfico de estupefacientes y de un posible delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros o trata de seres humanos.

En el Auto N° 46/22, de 23 de mayo de 2022, se trata pormenorizadamente la cuestión haciendo referencia directa a la disparidad de criterios dentro de la Sala de lo Penal:

“Se ha cuestionado en este Tribunal si la orden emanada del Fiscal del

¹⁶ Código Procesal Penal, Ley N°1286/96, art. 148

¹⁷ Así lo ha manifestado en sus autos nº 37/21, de fecha 4 de junio de 2021, dictado en el Recurso de Súplica nº 8/21; nº 61/21, de 20 de septiembre de 2021, nº 59/21 (ambos dictados para enjuiciamiento por un delito de tráfico de drogas); nº 71/21, de 14 de octubre de 2021, dictado en el Recurso de Súplica nº 63/21 (para enjuiciamiento por un delito de falsificación de documentos oficiales), y nº 76/2021, de 19 de noviembre de 2021, dictado en el Recurso de Súplica nº 76/21 (para enjuiciamiento por sendos delitos de asesinato e incendio), además de otros autos posteriores.

Rey en Marruecos puede ser considerado título extradicional válido a la luz de la doctrina emanada de la STC nº 147/20 en relación a Colombia y la STC nº 147/21 en relación a Angola, expresando los Autos de Pleno nº 37/21 de 4 de junio de 2021, 61/21 de 20 de septiembre de 2021 y 71/21 de 14 de octubre de 2021 el criterio mayoritario del Tribunal de que dichos pronunciamientos no resultan aplicables al caso de Marruecos como ampliamente se expone en ellos, frente al criterio minoritario en el Tribunal que expresan los votos particulares integrados en dichas resoluciones que consideran ineludible la intervención de un Juez con carácter previo a la emisión de la orden de extradición para garantizar los derechos de los investigados a efectos extradicionales.“

La Sala realiza a continuación un pronunciamiento detallado sobre la suficiencia del título extradicional. En tal sentido, y sin contradecir la doctrina emanada del Tribunal Constitucional para los casos indicados, se sostiene que ninguno de ellos mantiene identidad suficiente para ser trasladados automáticamente al supuesto de Marruecos. La mayoría de la Sala considera, en consecuencia, que la Orden de Detención Internacional emitida por un Fiscal marroquí cumple con la doctrina emanada de la jurisprudencia europea que citan las sentencias del TC, en base a los dos argumentos siguientes:

4.1 Integración de la Fiscalía marroquí en el Poder Judicial.

En efecto, el fiscal marroquí se encuentra integrado en el poder judicial del Reino de Marruecos, de acuerdo con el artículo 2 del RD 1.16, 40 de Yumada II 1437, correspondiente al 24/03/2016 promulgado por la Ley Orgánica Nº 100.13¹⁸ relativa al Consejo Superior del Poder Judicial, poder judicial que está integrado por magistrados incluidos en el mismo cuerpo de Magistrados de judicatura -*magistrate du siège*- y del ministerio fiscal -*magistrate du parquet*-, conforme al Real Decreto nº 1.16, de 14 Yumada II 1437, relativa a los Estatutos de los Magistrados y, por tanto, con las mismas garantías de independencia respecto de otros poderes del estado, singularmente el ejecutivo.

4.2 Imparcialidad del Fiscal en Marruecos.

El Pleno de la Sala considera que el Ministerio Fiscal en Marruecos es, en consecuencia, autoridad judicial imparcial en el sentido del artículo 6, apartado 1 de la Decisión Marco 2002/584, del mismo modo que el resto de los magistrados que integran el poder judicial en ese país y, por tanto, se cumplen los términos establecidos por la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-566-2019)¹⁹. Por tanto, no sería obstáculo que, según el tenor literal del artículo 110.2 de la Constitución Marroquí, los fiscales, “*magistrates du parquet*”, estén sometidos al principio de jerarquía y reciban instrucciones escritas del Fiscal General del Rey, puesto que la estructura orgánica del Fiscal no es distinta de los

¹⁸ Ley Orgánica de Marruecos Nº 100.13

¹⁹ “56. Si bien es cierto que los fiscales están obligados a cumplir las instrucciones que emanan de sus superiores jerárquicos, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular las sentencias de 27 de mayo de 2019, OG y PI (Fiscalías de Lübeck y Zwickav), así como de 27 de mayo de 2019 (Fiscal General de Lituania) (5-509/18) se desprende que la exigencia de independencia, que excluye que la facultad decisoria de los primeros sean objeto de instrucciones ajenas al poder judicial, procedentes en particular del poder ejecutivo, no prohíbe las instrucciones internas que pueden impartirse a los fiscales por sus superiores jerárquicos también fiscales, sobre la base de subordinación por la que se rige el funcionamiento del Ministerio Fiscal”.

magistrados de la jurisdicción, ni implica dependencia de otro poder del Estado, como el ejecutivo.

En consonancia con lo anterior, puede recordarse que el artículo 117 de la Constitución Marroquí²⁰ atribuye a “*le juge*” la protección de los derechos y libertades, y la seguridad judicial de las personas y grupos. Pero, según la Sala, el término *juez*, ha de interpretarse aquí como *integrantes del poder judicial* y no específicamente a los “*magistrates du parquet*”. En consecuencia, la diferenciación entre las funciones de fiscales y jueces, ambos integrados en el sistema judicial marroquí, no permite suponer que el Juez ofrecerá mayores garantías de las que ofrece el Fiscal a quien el artículo 49 del Código de Enjuiciamiento Criminal marroquí atribuye el dictado de las órdenes internacionales de detención dando por sentado que ello constituye un control judicial de la petición.

4.3 La esperada intervención del Tribunal constitucional

Como se ha podido observar, siendo la mayoría de magistrados de la Sala de la AN favorables a la concesión de las extradiciones, ello se refleja, lógicamente, en las resoluciones del Pleno. En cambio, cuando se trata de Secciones individuales, integradas por tres magistrados, esta mayoría no siempre se refleja de igual manera, de forma que es posible que 2 magistrados de los 3 que integran la Sección, sigan un criterio favorable a la denegación de la extradición. Esto es lo que ha ocurrido con la Sección 3ª y su Auto de 11 de enero del 2023, que se aparta del criterio de la mayoría en defensa de una interpretación contraria a la equiparación de la Fiscalía de Marruecos con la figura de un Juez ordinario.

Desde una perspectiva técnica, la controversia también se basa en que los pronunciamientos del TC en sentencias 147/2020 y 147/2021 se referían a países distintos, Colombia y Angola respectivamente, con realidades estructurales distintas y con fiscalías no exactamente equiparables a la marroquí. Esto es lo que justifica, para los magistrados favorables a las extradiciones marroquíes, la no aplicación de los argumentos contenidos en las mismas al caso del país magrebí. Por el contrario, los magistrados contrarios a la concesión de las extradiciones, entienden que se trata del mismo supuesto institucional.

La admisión de los seis recursos de amparo interpuestos por abogados de ciudadanos marroquíes afectados por las peticiones de extradición, será la oportunidad de que el TC se pronuncie sobre el caso concreto de Marruecos y, en consecuencia, facilite la unificación de doctrina en orden a la resolución de sus peticiones de extradición.

La cuestión no será fácil de resolver por cuando las tan citadas sentencias del TC parecen hacer referencia a las diferencias de naturaleza funcional que existen entre jueces y fiscales y, más concretamente, a los principios que inspiran sus respectivas actuaciones. Esto, en efecto, no guarda relación con la estructura legal o constitucional de los poderes judiciales de cada país, sino con el contenido material de cada institución y, sobre todo, con cuestiones de princi-

²⁰ Constitución de Marruecos de 2011, art. 117 :«Le juge est en charge de la protection des droits et libertés et de la sécurité judiciaire des personnes et des groupes, ainsi que de l'application de la loi. »

pio, y no meramente institucionales. Esto nos obliga a reflexionar sobre el ámbito funcional de la Fiscalía.

La fiscalía como institución

El Ministerio Público Fiscal es un órgano estatal al que, según la doctrina clásica, se le ha asignado la defensa de los intereses que afectan el orden público y social. Se trata de un órgano público esencial del Estado de Derecho, definido como el operador judicial que tiene por misión primordial la defensa del orden jurídico y de la causa pública en todos los casos y asuntos en que estos intereses lo requieran; como así también, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Los fiscales realizan funciones judiciales distintas de la jurisdiccional; plantean pretensiones u oposiciones a ellas, en razón de estar en juego intereses sociales superiores, cuya realización no admite dejarlos librados a la iniciativa privada, como por ejemplo el ejercicio de la acción penal pública. No debe olvidarse que el Ministerio Público Fiscal es, siempre, una parte en el proceso. Promueve la acción de los tribunales; requiere el dictado de resoluciones; aporta elementos de juicio a través de fundamentaciones y pruebas, e interpone recursos.

En el campo penal, la función principal del Ministerio Público Fiscal consiste en la averiguación y persecución de los delitos de acción pública, para su posterior enjuiciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales y la eventual sanción de los responsables.

5.1 Diferencias institucionales entre jueces y fiscales

Es el momento de analizar, desde una perspectiva categórica, las diferencias entre jueces y fiscales. Es una cuestión que no se trata expresamente en la jurisprudencia constitucional arriba citada, la cual se limita a exponer sus reservas en cuanto a las garantías que deberían cumplirse en los procesos de extradición, pero sin examinar en profundidad la cuestión realmente subyacente. La doctrina habla del escrutinio que ha de hacer el juez español respecto a las peticiones de extradición y que éste trabajo no ha de girar en torno a lo que la Ley dice o no con relación a la estructura orgánica del sistema judicial o a los presupuestos de la misma, sino al contenido material y efectivo de la defensa de los derechos fundamentales implicados. Esto quiere decir que no habrá de limitarse a analizar si la Fiscalía forma parte o no del Poder Judicial, pues es evidente que en todos los casos antedichos sí lo hace desde un punto de vista meramente estructural, sino si el Fiscal marroquí, angolano, paraguayo o colombiano, por ejemplo, y el procedimiento que utiliza para emitir una orden internacional de detención, cumplen con los requisitos establecidos por la UE para estos casos en lo tocante a la protección de los derechos fundamentales de las personas

afectadas.

Tampoco ayuda mucho la propia percepción de las Fiscalías. En sus declaraciones institucionales suelen invocar los principios de objetividad, unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad, siendo que cada uno de ellos tiene un contenido específico que, en algunos casos, puede llegar a ser contradictorio con los demás.

Pero el aspecto crucial es el que se refiere a la imparcialidad. Suele decirse que el principio que define la figura del Fiscal y su actuación es el de imparcialidad, cuando, en realidad, no suele haber norma, constitucional o legal, que la defina. La mayoría de los estatutos orgánicos del Ministerio Público dicen que los fiscales actuarán con *objetividad* e *independencia* en defensa de los intereses que le estén encomendados. Es decir, que su posición no depende de ningún interés que no sea garantizar el cumplimiento de la legalidad.

Por lo que se refiere al ámbito principal de su actuación, es decir la jurisdicción penal, esta supuesta *imparcialidad* se traduce en que tienen el mismo interés en que se condene al culpable que en que se absuelva al inocente. Pero, en puridad, esto no significa *imparcialidad* sino objetividad. Es decir, que, ante la inexistencia de pruebas que demuestren la responsabilidad penal del imputado, el fiscal debe solicitar su sobreseimiento y, en el debate, su absolución. El principio de objetividad, que se confunde, pues, con la noción de imparcialidad –atribuible exclusivamente del juez–, se basa en el principio de legalidad que deriva de los sistemas legales democráticos y constitucionales. En éste ámbito, la figura pública del Ministerio Público obedece a su diseño como representante de la sociedad, claramente diferenciado de los jueces, porque el fiscal asume un rol diferente, con una óptica específica, más próximo a la sociedad y a las víctimas de los delitos.

La objetividad es inherente a la tarea de los fiscales, pero no determina su imparcialidad porque, como veremos, ambos conceptos no se identifican. El principio de objetividad significa que los fiscales deben trabajar con elementos externos, con independencia de apreciaciones subjetivas y, por tanto, en base a la realidad objetiva apreciable a través de los sentidos. El principio rector de la objetividad es evitar que la labor del fiscal se corrompa con emociones, prejuicios, intereses espurios y debilidades humanas, entre otras injerencias peligrosas para el ejercicio de su misión. El fiscal, al obrar objetivamente en el marco de un proceso contradictorio, tiene un rol unilateral radicalmente distinto a la postura netamente imparcial que corresponde al juez.

Bajo esta perspectiva, llevar la iniciativa acusatoria o pedir alguna actividad procesal al Juez es *requerir*, lo que sin duda implica tomar una decisión adjetiva, pero que no es lo mismo que *juzgar*, que también constituye una decisión, pero con diferentes connotaciones técnicas y jurídicas. El Fiscal es una parte del proceso y, por eso mismo, su objetividad no guarda relación alguna con la imparcialidad del Juez. El Fiscal no defiende, sino que acusa y, por consiguiente, carece

de imparcialidad que es, en cambio, una característica intrínseca a la función judicial. La imparcialidad presupone la objetividad, pero no a la inversa. El juzgador es un tercero, no es parte en el proceso, no se encuentra involucrado con los intereses de las partes, ni está comprometido con el éxito de sus pretensiones, lo que le obliga a mantener una perfecta equidistancia entre ellas y a velar celosamente por la real igualdad de posibilidades entre acusación y defensa.

La cuestión se complica cuando los sistemas jurídicos modernos, basados en el principio acusatorio, confieren al Fiscal funciones instructoras tradicionalmente atribuidas a los Jueces que, con el nuevo sistema, suelen quedar constreñidos a la vigilancia de los derechos y garantías del justiciable. Así pues, las funciones de los Fiscales se acercan conceptualmente a las del tradicional Juez Instructor, en cierta medida herederas del viejo principio inquisitivo. La mezcla funcional del principio inquisitivo, aunque objetivo, con el que actúan los fiscales instructores, se compadece con el principio acusatorio que trae de la mano la participación del Juez como garante de los derechos constitucionales del ciudadano, pero no acaba de resolver algunas cuestiones prácticas, como saber qué iniciativas de los Fiscales en la fase de instrucción de un proceso penal, cuando implican un riesgo para los derechos de las personas, han de estar sometidas, y cómo, al control judicial.

Cuando el sistema de un país confiere a los fiscales la misma condición orgánica que la de los jueces, surge la duda de si un acto potencialmente nocivo para el derecho fundamental de la libertad de una persona, como una petición de extradición, puede quedar huérfano de control judicial ya que, en principio, parece provenir de alguien que tiene la misma condición legal que la de un Juez.

La controversia resulta extraordinariamente interesante porque implica, ante todo, analizar si la atribución legal al Ministerio Fiscal de la instrucción de las causas penales implica, de alguna manera, el reconocimiento de su imparcialidad. El caso de la extradición es un magnífico ejemplo de posible falta de control de garantías porque, en tanto en algunos países no requiere una autorización judicial específica, el fiscal puede cursarla sin llevar a cabo ningún tipo de control previo. Por ese motivo, cuando la petición de extradición llega a su destino, son los Jueces del país requerido los que deben examinar, no si los Fiscales están o no legitimados para hacerla, sino si se han cumplido las tan repetidas garantías. Ello obliga, en la práctica, a analizar el trámite procesal en el país requirente, comprobando que el Fiscal no solo ha actuado con objetividad, sino si es posible afirmar que lo ha hecho con imparcialidad o, por lo menos, en el marco de un proceso que haya garantizado efectivamente al acusado todos sus derechos.

Y aquí surge un problema que solo tiene respuesta casuística, pues hay sistemas jurídicos diferentes en los cuales los Fiscales tienen más o menos facultades en un ámbito procesal con mayores o menores garantías. No se puede decir, por tanto, que un Fiscal instructor sea, por definición, incapaz de actuar con imparcialidad y sin garantizar los derechos fundamentales de las personas,

sino que un determinado sistema procesal prevé y se ocupa de que así ocurra en todo momento.

El rechazo a una extradición, siguiendo nuestro ejemplo, no dependerá, por tanto, del estatuto orgánico de una determinada Fiscalía sino de que, no siendo un Fiscal un operador imparcial, habrá que estar a la ley procesal vigente en el país requirente, para averiguar si, en el caso concreto, se han observado todas las garantías necesarias. En el caso de una extradición, por ejemplo, no bastará con que el Fiscal se asimile legalmente al Juez sino si hubo, durante el trámite, información, contradicción o posibilidad de impugnación de la iniciativa del Fiscal, por poner algunos ejemplos, que podrán determinar si el acusado tuvo garantizado, en todo momento, su derecho fundamental a la libertad. En este sentido, que la extradición la solicite un Fiscal o un Juez no es relevante desde un punto de vista sustantivo, sino que habrá de comprobarse que, en uno y otro caso, se han respetado las garantías debidas a los derechos del encausado.

Cuando se trata de órganos judiciales los que resuelven en materia de solicitudes de extradición, no suele haber problemas pues los propios convenios en la materia ya anticipan cómo ha de valorarse esta decisión, puesto que se presume el carácter imparcial de quien la toma. Pero cuando la solicitud la cursa una Fiscalía, la jurisdicción española, por ejemplo, siguiendo las indicaciones del TEJUE, comprobará si el trámite seguido por el Ministerio Público del país requirente es, o no, equiparable al que habría tomado un Juez imparcial y esto genera las dudas y los problemas como los que aquí se han comentado.

La progresiva incorporación de las fiscalías a la instrucción del proceso penal es, sin ninguna duda, un mecanismo de modernidad en progresivo desarrollo del principio acusatorio, pero, al mismo tiempo, genera interesantes preguntas e inevitables dudas que, en tanto se resuelven, obligan a los especialistas y operadores jurídicos tradicionales a reflexionar y tratar cuidadosamente un trámite tan delicado como el de la extradición.

BIBLIOGRAFÍA

- José María Brunet, "El Tribunal Constitucional establece que los recursos de amparo deberán sintetizarse en cinco folios", *El País España*, 12 de abril, 2023, consultado 30 de septiembre, 2023. <https://elpais.com/espana/2023-04-12/el-tribunal-constitucional-establece-que-los-recursos-de-amparo-deberan-sintetizarse-en-cinco-folios.html>
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000
- Código Penal colombiano, Ley N° 599 de 2000
- Código Procesal Penal, Ley N°1286/96
- Código de Procedimiento Penal colombiano, Ley N° 906 de 2004
- Constitución española de 1978
- Convención Europea de Derechos Humanos, 1950
- Constitución Política de la República de Colombia de 1991
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, 1882
- Ley Orgánica de Marruecos N° 100.13
- Ley Orgánica del Ministerio Público, Ley N°1562/00
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

EL JUICIO POLÍTICO DE MAGISTRADOS Y LOS ÚLTIMOS ESTÁNDARES DE LA CORTE IDH: REFLEXIONES SOBRE EL CASO DE RÍOS ÁVALOS Y OTRO VS. PARAGUAY

Jorge Alejandro Amaya¹

RESUMEN: El proceso de juicio político es una característica distintiva de los sistemas presidencialistas y del modelo de separación de poderes. En este sistema, se encomienda al Poder Legislativo la responsabilidad de supervisar y controlar las acciones de los otros poderes del Estado con el propósito de asegurar que altos funcionarios y magistrados públicos rindan cuentas por su desempeño en el ejercicio de sus funciones. Dentro del contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha establecido una serie de criterios y estándares que contribuyen a garantizar que los juicios se desarrollen de manera equitativa e imparcial, y que se preserve la independencia del poder judicial.

PALABRAS CLAVE: Juicio Político, Corte IDH, Estándares

ABSTRACT: The impeachment process is a distinguishing feature of presidential systems and the separation of powers model. In this system, the Legislative Branch is entrusted with the responsibility of supervising and controlling the actions of the other powers of the State with the purpose of ensuring that high officials and public magistrates are accountable for their performance in the exercise of their functions. Within the context of the Inter-American Human Rights System (SIDH), the Inter-American Court of Human Rights (IDC Court) has established a series of criteria and standards that contribute to guaranteeing that trials are carried out in an equitable and impartial manner, and that the independence of the judiciary.

KEYWORDS: Impeachment Trial, Inter-American Court, Standards.

SUMARIO: I. El juicio político y sus características principales; II. Los estándares del juicio político de Magistrados en el SIDH hasta el caso Ríos Avalos y otro v. Paraguay; III. Los nuevos estándares surgidos del caso Ríos Avalos; IV. Conclusión.

I. El juicio político y sus características principales.

El juicio político o de responsabilidad es una institución característica de los sistemas presidencialistas y del modelo de frenos y contrapesos diseñado originalmente por la Constitución de los Estados Unidos de 1787.

Otorga al Poder Legislativo la función de controlar a los otros poderes del Estado con la finalidad de hacer efectiva la responsabilidad de altos funcionarios y magistrados públicos en el desempeño de su labor. Juzga la conveniencia de su continuidad en el desempeño de un determinado puesto de gobierno ante situaciones que la Constitución considera disvaliosas.

¹ Doctor y Posdoctor en Derecho Constitucional (UBA). Profesor Ordinario de Derecho Constitucional (UBA).

Con variantes, según la constitución de cada Estado de la región, se trata de un procedimiento no judicial porque no lo ejercen magistrados, pero que materialmente se asimila en tanto resuelve sobre la conducta del funcionario desplazándolo de su cargo y dejando - en algún caso - abierta la vía para un posterior reclamo penal o resarcitorio ante el Poder Judicial. No se juzga el hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado.

Los sistemas constitucionales regionales reservan este procedimiento para ser utilizado en relación con altos funcionarios de responsabilidad política (presidente, vicepresidente, ministros, Ministros de las Cortes Suprema o de los Tribunales Constitucionales, entre otros).

En dicho marco, en el derecho constitucional vigente en la países del SIDH el *juicio político* respecto de juezas y jueces se mantiene casi en exclusividad sobre magistrados de *Tribunales Superiores* (Cortes Supremas, Tribunales Constitucionales, Tribunales Superiores Electorales) habiéndose reservado el análisis de la responsabilidad de los jueces inferiores a los llamados *Jurys o Tribunales de enjuiciamiento* que poseen mayoritariamente recepción constitucional, integración jurídica profesional, causales taxativas de acusación y procedimiento reglado (artículo 115 CN).

La mantención del juicio político como medio de control de las Cortes Supremas se fundamenta en que ellas constituyen la cabeza de un poder del Estado con funciones jurídico políticas.

En la región latinoamericana, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay incluyen la posibilidad de iniciar procesos de juicio político contra integrantes de las Cortes Supremas de Justicia, lo que demuestra un alto consenso constitucional común sobre el instituto.

El juicio político, incluye tanto causales de acusación abierta y cerrada, predominando las abiertas: "mal desempeño" (Argentina y Paraguay); "notable abandono de los deberes" (Chile); "indignidad por mala conducta" (Colombia); "Faltas u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos y fundamentales y de su buen despacho (México); infracción de la Constitución (Perú); "violación de la constitución" (Uruguay), son algunos supuestos.

Es mayoritaria la doctrina y la jurisprudencia que entiende que los criterios de apreciación de cuándo existe o no mal desempeño en el caso de máximas autoridades sometidas a juicio político, son materia discrecional del órgano constitucional. La decisión del jurado es política en la apreciación de las causales abiertas; sin perjuicio que el procedimiento para arribar a dicha decisión es jurídico y por consiguiente revisable judicialmente.

A nuestro criterio, la competencia del Senado es de naturaleza política/administrativa ya que ejerce un poder limitado a la remoción política en el marco

de un instituto que forma parte de la arquitectura de frenos y contrapesos de la Constitución. Para la CSJN es una función judicial no asimilable literalmente a un Tribunal Judicial (“...que el Senado cumpla una función judicial no debe conducir al equívoco de pretender que se produce una completa asimilación con un tribunal de justicia²).

Este poder es sancionatorio y se encuadra dentro del ius puniendi de los Estados. Por consiguiente, según la doctrina y jurisprudencia más moderna, resultan aplicables (conforme la jurisprudencia de la CorteIDH) - en general - las garantías de los artículos 8 y 25 de la CADH. Se discute si esta aplicación debe ser estricta o si el contenido de estas normas no debe aplicarse literalmente a procesos no penales de cualquier índole³.

II. Los estándares del juicio político de Magistrados en el SIDH hasta el caso Ríos Avalos y otro v. Paraguay.

La CorteIDH se ha expedido sobre la institución del juicio político en distintas oportunidades, el pronunciamiento más relevante en tanto fijó estándares jurisprudenciales sobre la aplicación de las reglas del debido proceso en el marco de juicios políticos aparece en el caso *Tribunal Constitucional v. Perú* del 31 de enero de 2001. Allí fijó los siguientes estándares:

Reconoció que En un Estado de Derecho, el juicio político es una forma de control que ejerce el Poder Legislativo, siendo la finalidad de la institución someter a los altos funcionarios a un examen y decisión sobre sus actuaciones por parte de la representación popular.

Que si bien el artículo 8 CADH se titula *Garantías Judiciales*, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto⁴. Cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8º de la Convención Americana⁵.

Toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado debe contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete⁶.

Posteriormente, en *Quintana Coello y Camba Campos v. Ecuador*⁷ la CorteIDH estimó oportuno ratificar los criterios fundamentales (estándares) sobre garantías judiciales contenidos en el caso del *Tribunal Constitucional v. Perú*; he hizo referencia a los principales estándares respecto al principio de independencia judicial con cita de los precedentes *Apitz Barbera y Reverón Trujillo*. Dijo en

² Conf. Considerando 9º voto de la mayoría en Boggiano Antonio.

³ Cfr. Voto concurrente del Juez Sierra Porto en Maldonado Ordóñez c/ Guatemala, sentencia 23/06/2016.

⁴ Párr. 69 de la sentencia Tribunal Constitucional v. Perú.

⁵ Párr. 71 de la sentencia Tribunal Constitucional v. Perú.

⁶ Párrs. 74 y 77 de la sentencia Tribunal Constitucional v. Perú.

⁷ CorteIDH Sentencia del 28 de agosto de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

dicho fallo:

Es necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho y, en especial, la del juez constitucional debido a la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento.

Los jueces cuentan con garantías específicas: un adecuado proceso de nombramiento; la inamovilidad en el cargo; y la garantía contra presiones externas.

Los jueces no pueden ser removidos con fundamentos en asuntos relacionados con el ejercicio de la función jurisdiccional, sólo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la constitución o la ley (así lo establecen los principios básicos de la Naciones Unidas relativos a la independencia judicial, los principios y directrices relativos al derecho a un juicio justo y a la asistencia jurídica en África, y el Estatuto Universal del Juez). Esto se ratifica con la norma del art. 70.2 de la CADH.

Finalmente, en el precedente *Rico v. Argentina*⁸ la CorteIDH sostuvo:

Los juicios políticos en los que se discute la remoción de miembros del Poder Judicial no son contrarios a la Convención per se, siempre y cuando en el marco de estos se cumplan las garantías del artículo 8 y existan criterios que limiten la discrecionalidad del juzgador con miras a proteger la garantía de independencia judicial.

Los problemas de indeterminación del tipo sancionatorio no generan per se una violación de la Convención, es decir del hecho que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera de su ejercicio sea indicado con suficiente claridad para evitar interferencias arbitrarias.

El veredicto de un jurado en un sentido clásico no exige una motivación o exteriorización de la fundamentación, por lo que no vulnera en sí mismo la garantía de la motivación. Todo veredicto siempre tiene motivación, aunque como corresponde a la esencia del jurado no se expresa.

La íntima convicción no es un criterio arbitrario, puesto que la libre valoración que hace el Jurado no es sustancialmente diferente de la que puede hacer un juez técnico, solo que no lo expresa.

III. Los nuevos estándares surgidos del caso Ríos Avalos.

En la República del Paraguay el instituto está previsto en el artículo 225⁹ para el Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Eje-

⁸ CorteIDH sentencia del 2 de septiembre de 2019 (Excepción Preliminar y Fondo).

⁹ La reglamentación del instituto es muy similar a la prevista en los artículos 53, 59 y 60 de la CN.

cutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.

El caso trató de dos Ministros de la CSJ del Paraguay destituidos por juicio político: Carlos Fernández Gadea y Bonifacio Ríos Ávalos, en el marco de un acuerdo de todos los partidos políticos con representación parlamentaria, argumentando centralmente el dictado de sentencias contrarias a la Constitución.

La acusación a los ministros fue dispuesta por 72 votos a favor sobre 80 diputados. Luego del ejercicio del derecho de defensa en juicio, el Senado decidió separar de sus cargos a los Jueces en cuestión. La decisión fue por la unanimidad de los senadores en el caso de Fernández Gadea y con una abstención en el caso de Ríos Ávalos.

A pesar de que el reglamento dictado meritaba que la decisión del Senado era inapelable, Fernández Gadea y Ríos Ávalos interpusieron acciones de inconstitucionalidad en contra de las Resoluciones de reglamentación del juicio político y de destitución. En razón de una serie de inhibiciones o excusaciones recién en el año 2009 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, integrada por jueces del Tribunal de Cuentas, hizo lugar a las inconstitucionalidades planteadas.

El Congreso por Resolución rechazó el contenido del fallo de la Sala Constitucional y el pleno de la Corte declaró la nulidad de la sentencia de la Sala Constitucional por considerarla contraria a la Constitución.

Los ministros promovieron denuncia ante el SIDH. La CIDH llevó finalmente el caso ante la Corte.

En lo que nos interesa destacar, la CortelDH condenó al Estado Paraguayo¹⁰ por la violación de la independencia judicial reconocida en el art. 8.1 de la CADH; y del derecho a la protección judicial reconocido en el art. 25.2.c de la CADH en relación con la independencia judicial que consagra el art. 8.1.

Para así decidir, sostuvo:

que la exigencia de observar las garantías del debido proceso hace necesario que las competencias de las autoridades que intervengan no se ejerzan de manera subjetiva ni con base en discrecionalidad política.

Aunque el juicio político tenga oportunidad en ámbitos de naturaleza política cuando se insta contra jueces el control más que basado en razones de pertinencia, oportunidad o conveniencia política, debe operar con sujeción a criterios jurídicos, en el sentido que el procedimiento y la decisión final deben versar so-

¹⁰ CortelDH (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 19 de agosto de 2021.

bre la acreditación o no de la conducta imputada y si dicha conducta encuadra o no en la causal que motivó la acusación.

La garantía de la independencia judicial impone que está vedado revisar los fundamentos o el contenido de las decisiones judiciales, con excepción de infracciones intencionales al ordenamiento jurídico o comprobada incompetencia.

La recusación es un instrumento procesal que protege el derecho a ser juzgado por un órgano imparcial y dicho mecanismo no se encontró al alcance de los actores por no estar previsto en el reglamento de juicio político del Senado Paraguayo. La falta de la posibilidad de recusar a los integrantes del Senado vulnera, según la Corte, la imparcialidad objetiva de la Cámara de Senadores.

También argumentó que la existencia de un acuerdo político para promover el juicio político afectó la imparcialidad subjetiva de los integrantes del Senado.

IV. Conclusión.

Los nuevos estándares fijados por la CorteIDH no condicen, en términos generales, con los fijados por la CSJN, ya que la misma ha sostenido en sus fallos que la facultad que tiene para revisar - vía el recurso extraordinario - la decisión del Senado destituyendo a un magistrado judicial, se limita a la cuestión de *si hubo o no ejercicio efectivo del derecho de defensa*¹¹en el sentido de que será atribución de la Corte Suprema considerar las eventuales violaciones - nítidas y graves - a las reglas del debido proceso y a la garantía de la defensa en juicio, pero no la valoración de las causas sustantivas que motivaron la destitución¹²; y que el Senado cumple una función judicial no debe conducir al equívoco de pretender que se produce una completa asimilación con un tribunal de justicia¹³.

Asimismo, la CorteIDH dictamina que atenta contra la imparcialidad objetiva del órgano que el procedimiento reglado no prevea el instituto de la recusación (este estándar le sería también aplicable a la CorteIDH ya que ni la Convención, ni el Estatuto ni el Reglamento de la Corte prevén la recusación de los integrantes del Tribunal y el procedimiento a seguir)¹⁴.

También la CorteIDH descalificó la decisión final del pleno de la Corte Suprema del Paraguay que dejó sin efecto lo resuelto por la Sala Constitucional (integrada por conjuces) sosteniendo que había obedecido a una presión política (una decisión presuntiva).

En síntesis, contrariamente a lo expresado por la Corte Argentina, parecería que la CorteIDH considera revisable no solo el procedimiento de juicio político,

¹¹ Conf. Graffigna Latino y otros s/acción de amparo, fallos 308:961 (1986); Nicosia, fallos 316:2940 (1993); Moliné O'Connor, fallos 327:1914 (2004).

¹² Conf. Considerando 9º del voto de los Ministros Petracchi y Zaffaroni en "Brusa Víctor H".

¹³ Conf. Considerando 9º voto de la mayoría de fundamentos en Boggiano Antonio.

¹⁴ Ver. Amaya Jorge Alejandro y Fidel Gabriel, La Recusación de los jueces de la CorteIDH (primera parte) El Derecho, 9 de junio de 2021; y La Recusación de los jueces de la CorteIDH (segunda parte) El Derecho, 10 de junio de 2021.

sino también las causales que motivaron la destitución, al menos cuando de juicios políticos de jueces se trata en situaciones de causales abiertas.

Las causales abiertas (mal desempeño) no pueden encuadrarse en el análisis de los fallos judiciales, y el margen de discrecionalidad del órgano es muy limitada.

Descalifica decididamente los acuerdos políticos democráticos (yo diría descalifica en el caso la unanimidad política) como disparador del juicio político de jueces, por considerarlo violatorio del principio de imparcialidad y un mecanismo destinado exclusivamente a generar vacantes en la Corte Suprema.

Un fallo que reafirma y precisa estándares ya fijados en otros precedentes, elabora nuevos, y en forma saludable y necesaria en estos tiempos manifiesta una permanente preocupación por la independencia judicial, pero avanzando riesgosamente sobre el control y diseño de cuestiones estructurales de las constituciones.



revistajurídica

SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN



NOTA DE CONSEJO EDITOR

El Semillero de Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" (en adelante el "Semillero"), fue creado por la Resolución F.C.J.D. Nro. 76/22, el cual se basa en ser un espacio de investigación donde se desarrolla uno o más proyectos dentro de las líneas de investigación definidas y aprobadas por la Facultad. La finalidad del Semillero es la realización de investigación entre docentes y/o estudiantes en temas jurídicos de trascendencia nacional e internacional, promoviendo así la investigación formativa en la F.C.J.D y abarca todas las carreras y cursos de pos grado de la facultad.

Su objetivo principal se centra en la cultura de la investigación, donde los estudiantes se constituyen en protagonistas del aprendizaje y en constructores de su propio conocimiento guiados por un docente responsable, como así mismo, se

busca adquirir actitudes y aptitudes propias del ejercicio de la investigación.

En este contexto, la Revista Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción" considerada como un vehículo para compartir conocimientos y promover el debate en el ámbito jurídico, en su edición número 31, les presenta la primera publicación originada del proyecto del semillero el cual se caracteriza por ser una investigación rigurosa y original en el campo del derecho. La presente publicación es de gran importancia ya que marca el inicio de las contribuciones del semillero al ámbito académico y también contribuye al crecimiento académico de los estudiantes involucrados.

Consejo Editor - Redactor 2023

PROYECTO DE SEMILLERO DE INVESTIGACIÓN FCJD-UC

I. DATOS GENERALES

Cátedra: Derechos Intelectuales e Industriales

Semestre: Primer semestre – Sexto curso, tercera sección (2023)

Docente responsable: Aldo Fabrizio Modica Bareiro

Miembros estudiantes: Mónica Villalba; Ana Torres; Astrid Kropff y Gustavo Páez.

Coordinadora: Jimena Silva

II. TÍTULO DE LA PROPUESTA

“Causales más comunes y criterios interpretativos en juicios de nulidad de marcas en el Paraguay”

III. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN DE LA FCJD (RES NO. 107/2018)

Área de Derecho Privado. 2. Leyes complementarias y Código del Trabajo. Mercado de valores, derecho de la empresa, derecho de la competencia, propiedad intelectual.

IV. FUNDAMENTACIÓN

En nuestros tribunales no existen criterios uniformes en cuanto a los requisitos que deben de observarse para declarar la nulidad de una marca, como así tampoco se conocen cuáles son las causales más comunes esgrimidas en dichos juicios. Encontramos argumentos diferentes y hasta a veces contra puestos tanto en los Juzgados Civiles y Comerciales, como en el Tribunal de Cuentas, ya que ambos son competentes para entender en juicios de nulidad marcaria. Además, las causas de nulidad de un registro no se limitan solo a las previstas en la Ley de Marcas, sino que también son las originadas en las violaciones del Código Civil y en aquellas establecidas por tratados internacionales en la materia, suscritos y ratificados por el nuestro país. Y en lo que a las causales de nulidad en infracción a la Ley de Marcas se refiere, podemos dividir las para una mejor comprensión en absolutas y relativas. A todo esto, se plantea la interrogante de cómo podría el propietario extranjero ejercer los derechos que le otorga la Ley de Marcas si su marca (extranjera) ha sido inscrita con posterioridad por otra persona en el Paraguay, teniendo en cuenta el principio de territorialidad que establece que el derecho al uso exclusivo de la marca se obtiene recién con el registro de esta en el país correspondiente.

V. OBJETIVO GENERAL

Analizar las causales más comunes y los criterios interpretativos en juicios de nulidad de marcas en el Paraguay.

VI. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Comparar las causales más comunes y los criterios interpretativos en los Juzgados Civiles y Comerciales, con los del Tribunal de Cuentas.
- Establecer el grupo al que corresponden las causales de nulidad (Ley de Marcas, Código Civil y Tratados Internacionales).
- Identificar las causales de nulidad en infracción a la Ley de Marcas.
- Contrastar la protección debida al propietario extranjero con el principio de territorialidad.

VII. RESULTADOS ESPERADOS:

Las causales más comunes y los criterios interpretativos de análisis se referirían en su gran mayoría a juicios tramitados en los Juzgados Civiles y Comerciales, teniendo en cuenta que las dos salas del Tribunal de Cuentas en los últimos años se han declarado incompetentes para entender casos de nulidad marcaria, o bien por la carga laboral han declinado en aceptar casos recomendando al demandante recurrir a los juzgados civiles y comerciales.

Casi todos los casos de nulidad marcaria tramitados se referirían exclusivamente a causales de nulidad por violación de las disposiciones de la Ley de Marcas, a excepción de los casos en que se haya argumentado mala fe, que, si bien no está expresamente establecida como una de las causales en la Ley de Marcas, la incorpora una de sus disposiciones y en forma supletoria se la hace mención en los artículos 372 y 299¹ del Código Civil.

Estimamos que las principales causales de nulidad en infracción a la Ley de Marcas se referirían a las prohibiciones relativas, que son aquellos que se excluyen del registro por colisionar con otros signos anteriores. En otras palabras, por afectar los intereses particulares de otros titulares de marcas y signos distintivos, quienes son los que finalmente recurren a las acciones judiciales o litigiosas.

Creemos que la correcta interpretación que harían los tribunales del art. 18² sería la de considerar que como el propietario o su representante debidamente autorizado son los únicos que pueden inscribir una marca extranjera en el Paraguay, entonces la marca extranjera que ha sido posteriormente inscrita en el país por un tercero sin autorización, es pasible de ser anulada por el propietario

¹ "No podrán ser objeto de los actos jurídicos. a) aquello que no esté dentro del comercio; b) los comprendidos en una prohibición de la ley; y c) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres o que perjudiquen derechos de terceros".

² "El propietario de una marca de productos o servicios inscrita en el extranjero, gozará de las garantías que esta ley le otorga, una vez registrada en el país. El propietario o sus agentes debidamente autorizados son los únicos que pueden solicitar el registro".

extranjero probando su calidad de dicha marca en otros países de manera anterior al registro realizado a nombre de otro en Paraguay.

VIII. IMPACTO POTENCIAL

Actualmente no existen estudios que hayan tratado la presente cuestión, ni siquiera a nivel interno estadístico de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. El presente proyecto de investigación será el primero de su clase en realizarse no sólo a nivel de la FCJD, sino que probablemente de todas las facultades de Derecho del país y de otras instituciones públicas y/o privadas vinculadas a las marcas, teniendo un alto impacto tanto a nivel jurídico como socioeconómico, aportando claridad y dilucidando una cuestión en la que los propios tribunales no se ponen de acuerdo, siendo la correcta protección de los derechos de propiedad intelectual -y en concreto reglas claras para el combate a la piratería marcaría- lo que permitirá una mejor gestión y desarrollo de las marcas para crear riqueza y desempeñar un papel muy relevante en la economía del país, tanto en términos de crecimiento, productividad y estabilidad, como de contribución al Producto Interior Bruto, a la I+D, o al volumen de exportaciones, en su capacidad de generación de empleo de calidad, en el retorno de la inversión realizada a la sociedad en forma de conocimiento e impuestos, y en la mejora de la imagen del país en el exterior, generando confianza y transmitiendo liderazgo y fortaleza.

IX. DESCRIPCIÓN DEL MARCO TEÓRICO

El artículo 53° de la Ley de Marcas 1294/98 establece que “el derecho de propiedad de una marca se extingue: a) por renuncia del titular; b) por vencimiento del término de vigencia sin que se renueve el registro; y c) por la declaración judicial de nulidad o caducidad por el no uso del registro”.

La nulidad del registro de una marca solo puede ser decidida por la Justicia, por lo que es preciso para el efecto promover una demanda. Lo establece el art. 54° de la Ley 1294/98 al expresar que “la autoridad judicial competente para entender en una acción de nulidad de un registro obtenido”, pero no indica qué autoridad judicial.

Las demandas de nulidad en su gran mayoría se plantean ante los juzgados civiles de primera instancia, pero también ante el Tribunal de Cuentas, cuyas dos salas vienen entendiendo en estas acciones. Quienes sostienen que la nulidad de marca corresponde a la esfera civil-comercial puntualizan que la privación de un derecho de propiedad a su titular compete a este ámbito y, además, que la marca es comercial, mientras que quienes respaldan la competencia del Tribunal de Cuentas argumentan que la concesión del registro de una marca es un acto administrativo, por lo cual el aquel el que debe de anularlo.

No es necesario haber promovido previamente oposición para iniciar la acción de nulidad. Precisamente cuando se ha dejado pasar el plazo de oposición y la solicitud se ha convertido en marca registrada surge la necesidad de la acción

de nulidad para quien se ve afectado en sus intereses por el registro que cuestiona. El plazo para promover la nulidad es de cinco años, a contar desde la fecha de concesión del registro. Si el propietario de la marca ha actuado de mala fe o el registro es un acro nulo, el derecho a demandar no prescribe.

En materia marcaria, el ejercicio de la acción de nulidad está limitado por el "interés legítimo", que surge del artículo 2º, inciso i) de la Ley 1294/98, que expresa que "no podrán registrarse como marcos los signos que se hubiesen solicitado o registrado por quien no tuviese legítimo interés...". Con un criterio analógico, si para solicitar una marca debe haber interés legítimo en hacerlo, para pedir su nulidad igualmente habrá que tener el mismo interés.

Las causas de nulidad de un registro son las originadas en las violaciones de prohibiciones del Código Civil y las previstas específicamente en la Ley de Marcas. Cabe agregar un tercer grupo, del que forman parte las establecidas por tratados internacionales en la materia, suscriptos y ratificados por el Paraguay. Ha de tenerse en cuenta que, si bien hay causas que son propias y específicas del derecho marcario, existen otras que, aun encontrándose como tales en la Ley 1294/98, constituyen el desarrollo de causas establecidas en el régimen general de nulidades del Código Civil, como la anulabilidad del instrumento, la existencia de fraude, error, dolo, violencia o simulación.

En lo que se refiere a la violación de disposiciones de la Ley de Marcas, establece el artículo 54º de la Ley 1294/98 que "se podrá declarar la nulidad de un registro cuando el mismo haya sido obtenido: a) en contravención de lo dispuesto por dicha ley; b) por medios fraudulentos o por quien no tenía derecho a obtenerlo, o en perjuicio de quien tuviera mejor derecho".

Los registros obtenidos en infracción de la ley son aquellos otorgados a pesar de algunas de las prohibiciones establecidas en el artículo 2º de la legislación marcaria. Se trata de las mismas causales que pueden dar lugar a la promoción de oposiciones contra la solicitud de registro y que según la doctrina se dividen en causas absolutas y relativas. La diferencia radica en que la oposición se promueve contra una solicitud, mientras que la acción de nulidad va contra un registro ya concedido. Las causales absolutas son aquellas en las cuales los signos se excluyen del registro debido a la naturaleza intrínseca del propio signo, mientras que en las causales relativas los signos se excluyen por colisionar con otros signos.

Hay causas absolutas de nulidad en las siguientes situaciones:

i) Marcas prohibidas o engañosas. Consisten en signos o medios distintivos contrarios a la ley, el orden público y las buenas costumbres, así como aquellos que puedan inducir a engaño o confusión respecto de la procedencia, el modo de fabricación, las características o la aptitud y finalidad del empleo de los productos o servicios de que se trate (inc. a).

ii) Marcas exclusivas de instituciones públicas. Son los escudos, distintivos, emblemas y nombres cuyo uso corresponde al Estado, las demás personas ju-

rídicas de derecho público o las organizaciones internacionales salvo que sean solicitados por ellos mismos (inc. b)

iii) Formas usuales o necesarias. Se refieren a marcas que constituyan alguna de las formas habituales de un producto o de un envase, las formas necesarias del producto de que se trate, o que den una ventaja funcional o técnica del producto o del servicio al cual se apliquen (inc. c).

iv) Colores aislados. El color, siendo uno solo, no puede ser el único elemento de una marca figurativa (inc. d).

v) Signos genéricos-descriptivos. Marcas que consisten enteramente en una denominación que sea el nombre genérico o designación del producto o servicio de que se trate, o que pueda servir en el comercio para calificar o describir alguna característica del producto o servicio (inc. e).

i) Indicaciones geográficas. Se refería al inc. k. Fue modificado por la Ley N° 4923/13, que, además de la indicación geográfica, incluye la llamada denominación de origen.

Son causales relativas de nulidad:

1. Marca idéntica o muy similar a otra. El signo que pueda dar lugar a la nulidad tiene que estar registrado o precedentemente solicitado, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando el signo impugnado pueda provocar riesgo de confusión o de asociación con el del demandante (inc. f).
2. Marca notoria. Reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial de una marca idéntica o similar que sea notoriamente conocida en el sector pertinente del público y signifiquen un aprovechamiento de la notoriedad del signo o la dilución de su fuerza distintiva, cualquiera sea la manera o medio por el cual se hubiese hecho conocido el signo (inc. g).
3. Violación de derecho de autor o de un derecho de propiedad industrial. La marca que se impugna es la reproducción o la copia de una obra protegida por derecho de autor o un derecho de propiedad industrial de un tercero, como por ejemplo un nombre comercial (inc. h).
4. Falta de interés legítimo o conocimiento de que el signo es ajeno. No tiene interés legítimo quien solicita registros de marcas en forma masiva, con exclusivo fin de transferirlas posteriormente, en lugar de explotirlas. Quien conoce o debiera conocer que la marca pertenece a un tercero no puede válidamente solicitar su registro (inc. i).
5. Violación del derecho de la personalidad. Marca que consista en un nombre, sobrenombre, seudónimo o fotografía de un tercero, salvo con el consentimiento de este (inc. j).
6. Marca obtenida por medios fraudulentos. Concuera con la disposición del artículo 358, inciso c) del Código Civil. Se trata del reconocimiento de la mala fe como causa de nulidad de un registro.
7. Marca obtenida por quien no tenía derecho a ella. El propietario o sus agentes debidamente autorizados son los únicos que pueden solicitar el registro. Conocida también esta prohibición como violación de marca extranjera (art. 18).

Por último, en lo que respecta a causales adicionales en los tratados internacionales para promover la nulidad de marcas, tenemos al Convenio de París, la Convención de Washington de 1929 y el Protocolo del Mercosur.

X. DESCRIPCIÓN DEL ENFOQUE METODOLÓGICO

Investigación documental: Se define la investigación documental o indirecta como “aquella que se realiza a través de la consulta de documentos (libros, revistas, periódicos, memorias, anuarios, registros, códigos, constituciones, etc.). Se diferencia de la investigación de campo o directa, que es aquella que se efectúa en el lugar y tiempo en que ocurren los fenómenos objeto de estudio” ⁽³⁾.

La presente investigación consistirá principalmente en el análisis de fallos judiciales sobre nulidad de marcas de los últimos siete años de los juzgados civiles y comerciales de Asunción, como así también del Tribunal de Cuentas en lo contencioso-administrativo. Para ello, primeramente, se procederá a recolectar toda la información por parte de los estudiantes con ayuda de la Dirección de los Derechos Intelectuales de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. Una vez obtenida esta información, se procederá luego a la distribución y posterior análisis por parte de los alumnos de los distintos fallos a través de un cuestionario-guía a ser elaborado por los docentes de la cátedra. Una vez terminado esto, se procesará, analizará e integrará toda la información por parte de los docentes y se transcribirán los resultados obtenidos, presentando finalmente el trabajo con una elaboración teórico-doctrinaria y a la vez jurisprudencial.

XI. RECOLECCIÓN, SELECCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE FALLOS SOBRE NULIDAD DE MARCAS

Los estudiantes procedieron a la recolección de un total de veintidós fallos judiciales comprendiendo los años 2015 al 2023, recurriendo para ellos a diversas fuentes como la base de datos online del portal del Poder Judicial de Paraguay, la base de datos de la Ley Online, la Oficina de Derechos Intelectuales de la Corte Suprema de Justicia, diversos juzgados, cámaras y salas de la Corte Suprema de Justicia. Teniendo en cuenta que el estudio analizará los últimos siete años (debido a la pandemia del COVID los años 2020 y 2021 fueron prácticamente nulos) se decidió primeramente descartar los fallos correspondientes a los años 2015 y 2016. A continuación, ocho fallos más fueron también dejados de lado, de los cuales seis por no corresponder propiamente a juicios sobre nulidad marcaria o bien por resolver autos interlocutorios o cuestiones incidentales y otros dos por tratarse de cuestiones vinculadas a costas y regulación de honorarios. Finalmente quedaron en doce fallos, procediéndose a su distribución entre los estudiantes para el correspondiente análisis.

³ Zorrilla Santiago, Introducción a la metodología de la investigación, Aguilar León y Cal Editores, México, 1993, pág. 43.

	Nombre Causa	Resolución	Año
1	Acción de inconstitucionalidad: Promovida por Mohamad Said Mannah en los autos caratulados. "Ferrari S.P.A c/ Mohamad Said Mannah s/ nulidad de Registro de Marcas (384/2019)	AyS 155	2023
2	Johnson & Johnson c/ La Química Farmacéutica S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas	AyS 64	2022
3	Multilaser Industrial S.A. c/ Mohamad Moustapha Jebai s/ nulidad de registro de marcas	AyS 99	2020
4	Pharma International S.A. c/ Laboratorios SAVAL S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas	AyS 06	2019
5	Shell Brands International AG c/ Fuepar S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas	AyS 17	2019
6	Acción de inconstitucionalidad en el juicio: "3M ESPE AG C/ DIPROAN S.R.L. s/ Nulidad de Registro de Marcas" (764/2012)	AyS 1649	2017
7	Cavaletti S.A. -Cadeiras Profissionais c/ Luciano Santos Rodrigues s/ Nulidad de Registro de Marcas (302/2016)	AyS 28	2017
8	E Land World LTDA c/ Il Chul Sin s/ Nulidad de Registro de Marcas" (355/2013)	S.D. 39	2017
9	Janssen Biotech Inc. c/ Celltrion s/ nulidad de registro de marcas	S.D. 442	2017
10	Compañía Muller de Bebidas c/ Industrial Conquistador S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas	AyS 64	2017
11	Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Phillip Morris S.A. c/ Tabacalera Boquerón S.A. s/ Nulidad de Registro Número 198.713 de Marca LS y Etiqueta Clase 34 de fecha 11/12/1997" (1284/2010)	AyS 1565	2017
12	Santa Fe Automotores S.A. c/ Lorenzo Rafael Livio Ramirez Molina s/Nulidad de Registro de Marca y otro	S.D. 941	2017

XII. ESTADÍSTICAS SOBRE LOS FALLOS

Conviene aclarar que no fue posible obtener fallos sobre nulidad de marcas de la jurisdicción en lo contencioso-administrativo del Tribunal de Cuentas. Los doce fallos analizados tuvieron su origen en la jurisdicción de los Juzgados

Civiles y Comerciales de Asunción, pasando por los Tribunales de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, y terminando luego en la Corte Suprema de Justicia, ya sea en la Sala Constitucional o en la Sala Civil. De los doce casos, en siete se rechazaron los pedidos de nulidad marcaria, mientras que en cuatro se otorgaron y en uno se reenvió el caso para un nuevo estudio.

En primer lugar, tenemos que tres fallos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia correspondieron a acciones de inconstitucionalidad promovidas contra Acuerdos y Sentencias Definitivas dictadas por Tribunales de Apelación, de los cuales dos acciones de inconstitucionalidad fueron rechazadas al no hacerse lugar los pedidos de nulidad marcaria, mientras que una acción tuvo acogida favorable enviándose nuevamente a estudio el caso por no haberse valorado correctamente cuestiones procesales y probatorias. Luego, tenemos que, de los dos fallos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, uno hizo lugar al pedido de nulidad marcaria mientras que el otro lo rechazó. A continuación, los Tribunales de Apelación de Primera y Quinta Sala, en un fallo cada uno, confirmaron la nulidad de la marca, mientras que, en otros casos, los Tribunales de Apelación de Primera y Tercera Sala, rechazaron cada uno pedidos de nulidad. Y por último y en lo que respecta a fallos de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, el Quinto turno, al igual que el Décimo Segundo turno, rechazaron pedidos de nulidad marcaria, mientras que el Décimo Turno hizo lugar a un pedido de nulidad.

XIII. FALLOS FAVORABLES SOBRE PEDIDOS DE NULIDAD MARCARIA

Solamente cuatro fueron los fallos analizados donde se acogieron favorablemente los pedidos de nulidad de marcas. En el primero de ellos, que trató en realidad de una demanda por nulidad marcaria, competencia desleal e infracción al nombre comercial, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el caso Multilaser Industrial SA. contra Mohamed Jebai, revocó el Acuerdo y Sentencia del Tribunal de Apelación, declarando la nulidad de la marca MULTILASER, clase 09, sobre la base del nombre comercial extranjero brasileño propiedad del demandante. Para ello se tuvo en cuenta lo establecido en el Convenio de París⁴ y la ley de Marcas⁵ 1294/98 en cuanto a la protección del nombre comercial.

En segundo lugar, en el caso Shell Brands International AG contra Fuelpar SA. correspondió al Tribunal de Apelación, Primer Sala, confirmar la Sentencia Definitiva del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, declarando la nulidad de dos registros de marcas figurativas. La decisión se basó en la identidad de colores entre las marcas en pugna entre las partes y la similitud de los diseños que solo se diferencian en el sentido de los emblemas y el grosor de la franja, con el agravante de que ambas marcas cubren productos pertenecientes

⁴ Art. 8 de la ley 300/94: El nombre comercial será protegido en todos los países de la Unión sin obligación de depósito o de registro, forme o no parte de una marca de fábrica o de comercio.

⁵ Art. 2°.- No podrán registrarse como marcas: h) los signos que infrinjan un derecho de autor o un derecho de propiedad industrial de un tercero;

a la misma clase, y además las marcas de la actora son marcas notorias. Se aplicaron como fundamento el Art. 2 inciso f)⁶ y g)⁷ y el Art. 54⁸ de la Ley 1294/98 de Marcas, así como el Art. 6bis⁹ de la Ley 300/94 del Convenio de París, Anexo 1C de la Ley N° 444/94 de los ADPIC, Artículos 299¹⁰ y 357 inciso b)¹¹ del Código Civil.

En el tercer fallo, Pharma International SA contra Laboratorios Saval SA, se confirmó la Sentencia Definitiva del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial que declaró la nulidad del registro de la marca VALAXAM SAVAL en clase 05. La decisión se basó en la similitud con la marca de la actora, VALAX, ya que al tratarse de productos farmacéuticos se sostuvo que el criterio de comparación debe ser más severo evitando todo tipo de confusión. Se aplicaron como fundamento el Art. 2 inciso f)¹² de la Ley de Marcas 1294/98 al haberse solicitado una marca idéntica o similar a una marca registrada con anterioridad que reproduce la totalidad de la marca registrada por el demandante, también el Art. 54 inciso b) en perjuicio de quien tenía mejor derecho, los artículos 54 y 55¹³, y el Art. 299 del Código Civil.

En el cuarto y último fallo en declararse favorablemente la pretensión de nulidad marcaria, se trató de "E Land World LTDA contra Il Chul Sin, que por Sentencia Definitiva se declaró la nulidad de los siguientes registros marcarios CELDEN; TERESIA; UNDER WOOD; C.A.S.H. KIDS; TRISSI; PAW IN PAW; E-LAND JUNIOR; COCORITA; LITTLE BREEN; BASIC y UNDER WOOD SCHOOL. La base de

⁶ Artículo 2°.- No podrán registrarse como marcas: f) los signos idénticos o similares a una marca registrada o solicitada con anterioridad por un tercero, para los mismos productos o servicios, o para productos o servicios diferentes cuando pudieran causar riesgo de confusión o de asociación con esa marca;

⁷ Artículo 2°.- No podrán registrarse como marcas: g) los signos que constituyan una reproducción, imitación, traducción, transliteración o transcripción total o parcial de un signo distintivo, idéntico o similar, notoriamente conocido en el sector pertinente del público, que pertenece a un tercero, cualesquiera que sean los productos o servicios a los que se apliquen el signo, cuando su uso y registro fuesen susceptibles de causar confusión o un riesgo de asociación con ese tercero, o signifiquen un aprovechamiento de la notoriedad del signo o la dilución de su fuerza distintiva, cualquiera sea la manera o medio por el cual se hubiese hecho conocido el signo;

⁸ Artículo 54.- La autoridad judicial será competente para entender en una acción de nulidad de un registro obtenido: a) en contravención a lo dispuesto en esta ley; y, b) por medios fraudulentos o por quien no tenía derecho a obtenerlo, o en perjuicio de quien tuviera mejor derecho.

⁹ Artículo 6bis. Marcas: marcas notoriamente conocidas. 1) Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta.

¹⁰ Art.299.- No podrá ser objeto de los actos jurídicos: a) aquello que no esté dentro del comercio; b) lo comprendido en una prohibición de la ley; y c) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros. La inobservancia de estas reglas causa la nulidad del acto y de igual modo, las cláusulas accesorias que, bajo la apariencia de condiciones, contravenga lo dispuesto por este artículo.

¹¹ Art.357.- Es nulo el acto jurídico: b) si el acto o su objeto fueren ilícitos o imposibles.

¹² Artículo 2°.- No podrán registrarse como marcas: i) los signos que se hubiesen solicitado o registrado por quien no tuviese legítimo interés o por quien conocía o debiera conocer que el signo pertenecía a un tercero.

¹³ Artículo 55.- La acción de nulidad procederá aunque no se haya deducido oposición y prescribirá a los cinco años contados a partir de la fecha de concesión del registro pertinente. La acción de nulidad no prescribirá cuando se haya actuado de mala fe o el registro obtenido constituya un acto nulo.

la nulidad fueron los mismos registros marcario del demandante registrados en el extranjero, tendiendo esto como fundamento el Art. 2 del Convenio de París¹⁴ y el art. 18¹⁵ de la Ley 1294/98 de Marcas, como así también el art. 2 inciso g de la misma ley.

XIV. FALLOS NO FAVORABLES SOBRE PEDIDOS DE NULIDAD MARCARIA

Como habíamos mencionado, de los doce fallos analizados, en siete se rechazaron pedidos de nulidad marcaria. Dos de ellos correspondieron a acciones de inconstitucionalidad por supuestamente haberse violado disposiciones constitucionales al momento de dictarse los Acuerdos y Sentencias de los Tribunales de Apelación en lo Civil y Comercial que rechazaron los pedidos de nulidad marcaria. Así tenemos que en el caso de Ferrari se pidió la inconstitucionalidad por arbitrariedad, bajo el principal argumento de que el primer registro original de la marca FERRARI, clase 3, del año 1992 cuya nulidad se solicitó fue realizado bajo el amparo anterior de la Ley de Marcas N° 751/79 que estipulaba dos años como plazo para la acción de nulidad, sin embargo, la Sala Constitucional confirma el criterio del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, que la marca FERRARI en clase 03 fue renovada en dos ocasiones, y lo que se ataca de nulidad es la renovación del último registro del 2012 realizado bajo la vigencia de la actual Ley 1294/98 de Marcas, debiendo de aplicarse el art. 55 de la actual ley que establece que no prescribirá la acción de nulidad cuando haya existido mala fe. Mientras que en el caso 3M Espe contra Diproan SRL, no se hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad -por supuesta arbitrariedad- por estar ajustado a derecho el Acuerdo y Sentencia del Tribunal de Apelación, que rechazó el pedido de nulidad de la marca XILESTESIN, en clase 05.

En lo que respecta al fallo de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que rechazó el pedido de nulidad marcaria, en el caso Johnson & Johnson contra La Química Farmacéutica SA, la Sala Civil confirmó el Acuerdo y Sentencia del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, que había rechazado la nulidad de registro de la marca DESIQUIM, clase 05. Los argumentos principales se basaron en que la demandante no pudo probar suficientemente la notoriedad¹⁶ de su marca DESITIM -base de la acción contra el pedido de nulidad de la marca DESIQUIM- como así tampoco pudo demostrar la actora la mala fe de la demandada sobre el supuesto de que la marca en cuestión pertenecía a un tercero¹⁷.

¹⁴ Artículo 2. Trato nacional a los nacionales de los países de la Unión. 1) Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente Convenio. En consecuencia, aquéllos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales.

¹⁵ Artículo 18.- El propietario de una marca de productos o servicios inscripta en el extranjero, gozará de las garantías que esta ley le otorga, una vez registrada en el país. El propietario o sus agentes debidamente autorizados son los únicos que pueden solicitar el registro.

¹⁶ Art. 2 inc. g

¹⁷ Art. 2 inc. i

El Tribunal de Apelación, Primera Sala, en el fallo Compañía Müller de Bebidas contra Industrial Conquistador SA, confirmó la Sentencia Definitiva del Juzgado en lo Civil y Comercial, rechazando la nulidad del registro de la marca 51, en clase 34. La demanda se basó en que el derecho de prioridad que le asistía a la demandante fue invocado de manera extemporánea, y además de que no existía riesgo de confusión sobre la base del art. 2 inc. f) entre la marca del demandado "51" que cubría productos de tabaco, con la marca de la demandante "PIRAS-SUNUNGA 51" que cubría bebidas alcohólicas y jugos en las clases 32 y 33.

Por su parte, el Tribunal de Apelación Tercera Sala, en el fallo Cavaletti SA Cadeiras Profissionais contra Luciano Santos Rodrigues, confirmó el fallo del Juzgado en lo Civil y Comercial que no hizo lugar al pedido de nulidad del registro de la marca CAVALETTI en clase 20, teniendo en cuenta que el demandante había solicitado la nulidad sobre la base de su marca notoria¹⁸, sin embargo, al no haber presentado ni siquiera título de registro de la marca en el extranjero o en su país de origen, no pudo acreditar dicha notoriedad.

A continuación, tenemos los dos fallos restantes de los Juzgados en lo Civil y Comercial. En el primero de ellos, el Quinto Turno en el caso Santa Fe Automotores SA contra Lorenzo Rafael Ramirez Molina, rechazó el pedido de nulidad de la marca SANTA FE en clase 35. El argumento del demandante se basó en que la marca cuestionada reproducía en su totalidad su nombre comercial¹⁹ para las mismas actividades de compraventa de vehículos, sin embargo, el juez resolvió que como habían transcurrido cuatro años desde el registro de la marca del demandado y el pedido de nulidad de la firma demandante, existió desidia y negligencia por parte de esta última, correspondiendo entonces rechazar el pedido de nulidad marcaria. En el segundo y último caso, el Décimo Segundo Turno, en el fallo Janssen Biotech Inc. c/ Celltrion, no hizo lugar a la demanda de nulidad de la marca REMSIMA, clase 05, por no existir parecido que llegue a confundir a los potenciales consumidores con la marca del demandante, REMICADE, en clase 05.

XV. CAUSALES MÁS COMUNES Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS SOBRE PEDIDOS DE NULIDAD MARCARIA

De los casos analizados sobre pedidos de nulidad marcaria, tenemos que todos los fallos -tanto favorables como los no favorables- tuvieron como base prohibiciones relativas, es decir, impugnación de registros marcarios por colisionar con otros signos anteriores y afectar los intereses particulares de otros titulares de marcas y signos distintivos. Estos se refirieron al nombre comercial, la marca notoria, los signos idénticos o similares a una marca registrada, la marca extranjera y la mala fe.

¹⁸ Art. 2 inc. g

¹⁹ Art. 2°.- No podrán registrarse como marcas: h) los signos que infrinjan un derecho de autor o un derecho de propiedad industrial de un tercero;

En el caso del nombre comercial y la marca notoria, se invocaron tanto la ley de marcas como el Convenio de París en lo referente a la protección del nombre comercial local y extranjero, mientras que los signos idénticos o similares a una marca registrada se basaron exclusivamente en la ley de marcas. Por su parte, la marca extranjera y la mala fe tuvieron como base lo establecido en la ley de marcas en cuanto a la prohibición de los signos que se hubiesen solicitado o registrado por quien no tuviese legítimo interés o por quien conocía o debiera conocer que el signo pertenecía a un tercero, así como la prohibición genérica del Código Civil sobre los actos contenidos en una prohibición legal y de aquellos cuyo objeto fueran ilícitos.

En lo que se refiere a los criterios interpretativos, para el caso del nombre comercial, en el caso Multilaser la Sala Civil y Comercial de la CSJ reafirmó su criterio de que la protección del nombre comercial extranjero también aplica para solicitar la nulidad marcaria en nuestro país, en concordancia a lo establecido por el Convenio de París y en el mismo sentido a lo ya resuelto por esta sala en el caso Salcobrand SA c/ Cadena Farmacenter del 2011²⁰. Siguiendo con el análisis del nombre comercial, en el caso Santa Fe, el Juzgado en lo Civil y Comercial consideró que, si bien tiene mejor derecho el titular del nombre comercial por su primer uso público frente a un tercero que posteriormente registra esa misma denominación como marca, existió desidia y negligencia por parte del demandante al haber accionado por nulidad recién cuatro años después del registro marcario, entonces correspondió el rechazo del pedido de nulidad. Consideramos errónea esta decisión porque la ley de marcas establece un plazo de cinco años para pedir la nulidad de una marca, y en el caso de existir mala fe, la acción es imprescriptible. Más aún que en el caso analizado, el registro posterior del nombre comercial como marca por parte de un tercero lo había realizado un ex empleado del titular del nombre comercial.

En cuanto al criterio de los fallos que se basaron sobre la base de marcas idénticas o muy parecidas registradas para los mismos productos o servicios o similares, en el caso Shell Brands, la identidad de colores entre las marcas en pugna y la similitud de los diseños que solo se diferencian en el sentido de los emblemas y el grosor de la franja, además del agravante de que ambas marcas cubren productos pertenecientes a la misma clase, fue determinante para otorgarse la nulidad por la extrema similitud gráfica entre los signos. En el mismo sentido, tenemos el caso de Pharma International sobre el pedido de nulidad de la marca de la demandada VALAXAM SAVAL en base a la similitud con el registro de la marca de la actora VALAX en clase O5. El Tribunal sostuvo que la circunstancia de que los productos identificados con las marcas en pugna solamente puedan ser adquiridos con receta médica, no obsta la confundibilidad que deviene de la similitud de dichas marcas, visual y fonética, y por otra parte, tratándose de productos médicos debe de evitarse por completo la posibilidad

²⁰ "El nombre comercial extranjero sin registro debe ser protegido en la misma medida que el nombre comercial nacional, es decir, deben verificarse los presupuestos establecidos en la Ley de marcas para la protección del nombre comercial. (...) La acción de nulidad resulta viable dado que la firma actora ha probado suficiente y debidamente que tiene mejor Derecho sobre la marca, por ser propietaria originaria de dicho nombre comercial en su país de origen, circunstancia que debía ser conocida por la accionada previamente a la adquisición del Registro".

de uso indiscriminado por parte de los pacientes destinatarios, en concordancia a lo establecido en el precedente del fallo de la Sala Penal de la CSJ del 2002²¹.

En los fallos que se rechazaron los pedidos nulidad de marcas por considerar que no existió identidad o parecido entre marcas, tenemos los casos de Compañía Müller de Bebidas, donde el Tribunal consideró que no corresponde la nulidad de la marca 51 sobre la base del registro PIRASSUNUNGA 51 al no existir riesgo de confusión para los consumidores, puesto que la primera cubría productos de tabaco de la clase 34 y la segunda bebidas alcohólicas y jugos de las clases 32 y 33. Si bien consideramos que son clases diferentes, entendemos que existe una vinculación indirecta entre productos de tabaco y bebidas alcohólicas, al tratarse de productos regulados y ofrecidos a un público especializado y generalmente compartiendo los mismos canales de comercialización y distribución. Y en el caso de Janssen Biotech, el Juzgado primeramente trajo a colación una jurisprudencia del Tribunal de Cuentas que establecía que en el cotejo marcario debe estarse más a las semejanzas que a las diferencias²² para luego considerar que no correspondía la nulidad de la marca REMSIMA al no existir confundibilidad de los potenciales consumidores con la marca REMICADA, ambas en clase 05, al coexistir varias marcas en la misma clase con el prefijo REM y además por diferenciarse una de otra tanto en la pronunciación como en la visualización del signo, así como también por la carencia de pruebas ofrecidas por parte de la demandante que demuestre la confundibilidad.

En los fallos de nulidad marcaria sobre la base de la marca notoria, la Sala Civil y Comercial, en el caso de Johnson & Johnson, sostuvo que la demandante no pudo probar suficientemente la notoriedad de su marca en el país, puesto que no es suficiente con poseer registros en el extranjero si no se demuestra que la marca es conocida en los círculos del público consumidor local especializado. En el mismo sentido, en el fallo Cavaletti SA Cadeiras Profissionais, el Tribunal sostuvo que el demandante no sólo no demostró la notoriedad de su marca en el país, ni siquiera adjuntó registro de su marca en su país de origen o en el extranjero, si bien entendemos que no siempre es un requisito adjuntar títulos de marcas en el extranjero, ya que el requisito de la notoriedad debe demostrarse siempre en el país donde se reclame la protección y no necesariamente en el país de origen.

En lo que respecta a los criterios de la marca extranjera y la mala fe, aquí no es necesario acreditar la notoriedad de la marca cuando el tercero conocía que el signo pertenecía a un tercero, ya que el propietario o sus agentes debidamente autorizados son los únicos que pueden solicitar el registro. Se trató del caso E Land World LTDA, en que se anularon once registros marcarios sobre la base de los registros marcarios del demandante en el extranjero y concretamente en

²¹ -Ac. Sent. 1444/2002- que establece "que no siempre los locales expendedores (farmacias) ejercen el control de las recetas médicas, a lo que se suma el vicio de la automedicación".

²² "Debido a la falta de conocimientos médicos del público en general, corresponde que las marcas de productos farmacéuticos sean fácilmente distinguibles sin necesidad de observarlas minuciosamente, ya que lo contrario sería un riesgo para la salud de los consumidores, al confundir un producto con otro similar". Tribunal de Cuentas, Segunda Sala, Ac. y Sent. 37/2010 en el caso Daichi Sankyo Company Limited

su país de origen. Aquí si es donde cobra importancia demostrar que el titular extranjero cuenta con registros en otros países y que el demandado conocía que esos signos no le pertenecían, más allá de que este haya registrado primero las marcas en el país y esté amparado por el principio de territorialidad, que obviamente cede ante la mala fe.

XVI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

No hemos obtenido ningún fallo sobre nulidad de marcas en la jurisdicción en lo contencioso-administrativo del Tribunal de Cuentas, por lo que entendemos que la tendencia por parte de los agentes de la propiedad industrial a la hora de litigar es recurrir directamente a la jurisdicción en lo civil y comercial, siendo por lo tanto este el fuero por excelencia a la hora de discutir cuestiones que versan sobre juicios de nulidad de marcas.

Los doce fallos analizados correspondieron a los Juzgados Civiles y Comerciales de Asunción, Tribunales de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, y las Salas Civiles y Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia. De los doce casos, en siete se rechazaron los pedidos de nulidad marcaria, mientras que en cuatro se otorgaron y en uno se reenvió el caso para un nuevo estudio. De esta manera, se puede observar una mayoría de casos cuyos pedidos de acciones de nulidad de marcas fueron rechazados.

De los casos analizados sobre pedidos de nulidad marcaria, tenemos que todos los fallos -tanto favorables como los no favorables- tuvieron como base las prohibiciones relativas de la Ley de Marcas 1294/98, es decir, impugnación de registros marcarios por colisionar con otros signos anteriores y afectar los intereses particulares de otros titulares de marcas y signos distintivos. Estos se refirieron al nombre comercial, la marca notoria, los signos idénticos o similares a una marca registrada, la marca extranjera y la mala fe.

Además de la Ley de Marcas 1294/98, se tuvieron en cuenta las causales establecidas en el Convenio de París y los Aspectos de Protección de la Propiedad Intelectual vinculados al Comercio (ADPIC) que se refieren al nombre comercial y la marca notoria, así como la prohibición genérica del Código Civil sobre los actos contenidos en una prohibición legal y de aquellos cuyo objeto fueran ilícitos.

En el caso del nombre comercial, se reafirmó el criterio de que la protección del nombre comercial extranjero también aplica para solicitar la nulidad marcaria en nuestro país, en concordancia a lo establecido por el Convenio de París, ADPIC y fallos anteriores. Por su parte, se estableció el criterio -erróneo a nuestro entender- que el trascurso del tiempo (cuatro años) para solicitar la nulidad de una marca sobre la base de un nombre comercial anterior comporta un caso de desidia y negligencia por parte del solicitante, debiendo de rechazarse en estos casos la nulidad de la marca.

Para los pedidos de impugnación de marcas que se refieren a registros

idénticos o similares de terceros para productos identificados o similares con las marcas en pugna que solamente puedan ser adquiridos con receta médica, esto no obsta la confundibilidad que deviene de la similitud de dichas marcas, visual y fonética, y por otra parte, tratándose de productos médicos debe de evitarse por completo la posibilidad de uso indiscriminado por parte de los pacientes destinatarios. Además, el cotejo marcario debe estarse más a las semejanzas que a las diferencias, y en el caso de productos farmacéuticos cuyas marcas contengan una raíz común que coexisten con otras, esto evita la confundibilidad en los potenciales consumidores.

En lo que se refiere a probar o demostrar la notoriedad de una marca, no es suficiente con poseer registros en el extranjero si no se demuestra que la marca es conocida en los círculos del público consumidor local especializado, en concordancia a lo establecido con el Convenio de París y el ADPIC.

Finalmente, en lo que respecta a los criterios de la marca extranjera y la mala fe, aquí no es necesario acreditar la notoriedad de la marca cuando el tercero conocía que el signo pertenecía a un tercero, ya que el propietario o sus agentes debidamente autorizados son los únicos que pueden solicitar el registro. De esta manera, se contrasta la protección debida al propietario extranjero con el principio de territorialidad.

XVII. RESUMEN DE LOS FALLOS ANALIZADOS

17.1 Acción de inconstitucionalidad: “Promovida por Mohamad Said Mannah en los autos caratulados. “Ferrari S.P.A c/Mohamad Said Mannah s/ nulidad de Registro de Marcas” (384/2019)

El Acuerdo y Sentencia N° 145 fue dictado por el Ministro Dr. ANTONIO FRETES, y los conjueces CESAR MANUEL DIESEL JUNGHANNS y CESAR ANTONIO GARAY, quienes integran la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en fecha TRES de MARZO del DOS MIL VEINTE Y DOS, en el que resolvieron la acción de inconstitucional promovida por el Abg. Cesar Raul Delfino Ginez, en representación del señor Mohamad Said Mannah en la causa caratulada: “FERRARI S.P.A C/ MOHAMAD SAID MANNAH S/ NULIDAD DE REGISTRO DE MARCAS” AÑO 2019 N° 384. La parte demandante/accionante es la empresa FERRARI S.P.A y el demandado/accionado es el señor Mohamad Said Mannah, es relevante mencionar que la acción de inconstitucionalidad se plantea contra el A.I N° 966 de fecha 10 de diciembre de 2018 dictado por el tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala de la Capital.

A la cuestión planteada el Doctor FRETES exploya cuanto sigue: “ El A.I N° 966 de fecha 10 de diciembre de 2018 dictado por el tribunal dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala, de la Capital, en la parte resolutive dispone: “DESESTIMAR el recurso de nulidad. REVOCAR el auto apelado. IMPONER las costas en el orden causado Primeramente, cabe recordar que la acción instaurada posee un carácter excepcional, por tanto, correspon-

de analizar previamente si se han observado los requisitos para su procedencia contra resoluciones judiciales. Al respecto el Art. 132 de la Constitución Nacional consagra: "De la inconstitucionalidad..." Así de las normas anteriormente transcritas surge que para la procedencia de la acción contra resoluciones judiciales es necesario que el accionante identifique la resolución judicial y el juicio en el que está dictó, acredite ser titular del derecho lesionado por la resolución atacada y la lesión alegada; la norma, derecho, exención, garantía o principio constitucional que ha infringido, y la fundamentación clara y concreta de la inconstitucionalidad debe además de especificar si a su criterio la resolución es por sí misma violatoria de la CN, esto es por arbitrariedad.

En atención podemos afirmar que el fallo atacado de inconstitucional dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Primera Sala es arbitrario dado que los A-quem han dictado dicho fallo sin considerar las constancias y pruebas que fueron decisivas y conducentes para la solución del presente caso en la instancia inferior. Los fundamentos del fallo atacado por esta acción se limitaron a un análisis parcial y aislado de los diversos elementos que obran en estos autos, dado que por un lado dieron la razón a la A-qua en cuanto a la aplicación de la ley de acuerdo al año del registro de marca, es decir la Ley 751/79 en su artículo 48 y por otro lado, sustentaron que para la prescripción de este juicio debería ser aplicada la ley que rige actualmente la material, lo que conlleva que el fallo es arbitrario debiendo anularse el mismo ". Corrido el traslado dispuesto por ley, la Abogada Patricia M. Sanabria C., ¡en representación de la firma FERRARI S.P.A., manifestó cuanto sigue: "En efecto, todos y cada uno de los fundamentos esbozados por el accionante, únicamente sirven para demostrar que el Auto Interlocutorio No 966 de fecha 18 de diciembre de 2018, ha sido dictado conforme a derecho y a las constancias de los autos principales, por lo que corresponde que la acción de inconstitucionalidad promovida sea totalmente rechazada con expresa imposición de costas al adverso.

Por otra parte, la fiscalía general del Estado, expresó: " ... esta Representación es del parecer que corresponde el rechazo de la presente acción de inconstitucionalidad." Examinados estos autos, en relación con la resolución impugnada, se desprende que el meollo de la cuestión radica en que la firma FERRARI S.P.A. presenta una demanda de nulidad en contra del registro de marca "FERRARI" perteneciente a la clase individualizada como 3 y Registro No 362.823 de fecha 23 de mayo de 2012 a nombre del señor Mohamad Said Mannah. En este punto es preciso aclarar que el registro previamente citado corresponde a la última renovación, pues la misma fue registrada ya en el año 1992, conforme a las constancias obrante en autos el accionante, ante la circunstancia expuesta, decidió oponer en su oportunidad, excepción de prescripción como previo y especial pronunciamiento amparándose en la normativa vigente aplicable al tiempo de la citada inscripción, Ley No 751/79, específicamente su Art.49, que preceptúa que la acción de nulidad prescribe a los dos años, fundamento utilizado por el juzgado de primera instancia para hacer lugar a la excepción invocada (...).

En consecuencia, por las consideraciones que anteceden, visto al parecer

el MP considero que debe HACER lugar a la presente acción de inconstitucionalidad promovida y en consecuencia declarar nulidad del A.I 966 de fecha 10 de diciembre de 2018 dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Primera Sala de la Capital por resultar violatorios a los principios de la defensa y del debido proceso consagrados por la Ley Suprema, con imposición de costas a la perdidosa conforme con el art. 192 del C.P.C.

A su turno el Doctor DIESEL JUNGHANNS concluyó en que mediante la acción constitucional esta Sala ejerce el rol de custodio e intérprete final de la Constitución, pero no por eso puede desnaturalizar su función convirtiendola en una tercera instancia, de revisión de los fallos dictados por magistrados de las instancias ordinarias, que es lo que el fondo pretende el accionante. Por ello la acción debe ser rechazada. Por las consideraciones que anteceden, la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el A.I N° 966 de fecha 18 de diciembre de 2018 dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Primera Sala debe ser rechazada. A su turno el Doctor Cesar Antonio Garay manifestó que se adhiere al voto del Ministro, Doctor Diesel Junghanns por los mismos motivos fundamentados

17.2 Johnson & Johnson c/ La Química Farmacéutica S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas

El Acuerdo y Sentencia N° 64 tuvo lugar el día cuatro de octubre de 2022 estando reunidos en la Sala de Acuerdos los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia ALBERTO MARTINEZ SIMON, EUGENIO JIMENEZ ROLON Y CÉSAR ANTONIO GARAY, en el cual se trajo el Abg. Jose Maria Cardozo representante convencional de la parte demandada para resolver los recursos de Nulidad y Apelación.

La parte demandante/accionante es la firma "JOHNSON & JOHNSON" y el demandado/accionado es la firma "LA QUIMICA FARMACEUTICA S.A", es relevante mencionar que por S.D N° 412 del 23 de mayo de 2018 el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno resolvió: "NO HACER LUGAR con costas a esta demanda promovida por la empresa JOHNSON & JOHNSON por improcedente. Contra dicha resolución la demandada, a través de su representante el Abg. Cardozo se agravia en cuanto sigue: " ... Que la marca DESIQUIM, fue inscripta con anterioridad en la clase 5, ante la DINAPI, por lo que la actora, para fundar su pretensión de nulidad, debió acreditar su notoriedad de su marca en el país, cuestión que, en su tesis, no resultó probada, prosiguió afirmando que la marca "DESTIN" de la actora es denominativa y no mixta, por lo que los colores y logos con los cuales se comercializan el producto la actora no estarían titulados por la ley marcaria; por último afirmó que del cotejo entre las dos marcas surgiría que no existe riesgo de confundibilidad, y que el fonema "desi" sería de uso común. En consecuencia, solicitó que se revoque la resolución recurrida y el rechazo de la demanda en consecuencia.

Ahora bien, el debate de autos se desprende que este fue dirigido hacia la

notoriedad o no de la marca "DESITIN" en nuestro país, por el sector pertinente del público al cual está dirigido. La posición de la actora a lo largo del juicio fue de que su parte es titular de la marca fue comercializada internacionalmente y registrada en el país de origen - Estados Unidos- en el año 1951, en la clase 5 de Niza; también afirma que su marca se encuentra inscrita en varios países en las clases 3 y de Niza. Esta marca, según se afirma, fue registrada en nuestro país en la clase 3 el 22 de diciembre de 2010, luego su marca sería confundible con la marca de la demandada, "DESIQUIM" inscrita en la clase 5 el 30 de julio de 2014 cuya solicitud se registrador de data el 19 de noviembre de 2008.

La demandada, por su parte, sostiene que no existe riesgo de confusión y que además, la marca de la actora no es notoria en nuestro país por lo cual no gozaría de la tutela pretendida. En consecuencia, no habiéndose fundado la demanda, a criterio de esta Magistratura, en la causal específica de Art. 2, inc F, de la Ley N° 1294/98 "de Marcas" concretamente en la titularidad de la actora sobre la marca "Desistin" en clase 3, no puede juzgarse la pretensión de nulidad sobre la base de esa causal sin conculcar el principio de congruencia. En efecto los Ministro de la Sala Civil y Comercial resolvieron:

DECLARAR Desierto el recurso de Nulidad- REVOCAR la Resolución recurrida, y no hacer lugar a la demanda de marca promovida por "JOHNSON & JOHNSON" contra "La Química Farmaceutica S.A", por los fundamentos expuestos en el exordio del fallo

IMPONER las Costas , en las tres instancias, a la parte actora y perdedora ANOTAR, registrar y notificar.

17.3 Multilaser Industrial S.A. c/ Mohamad Moustapha Jebai s/ nulidad de registro de marcas

En la ciudad de Asunción a los 30 días del mes de octubre del año 2020, estando reunidos en la sala de Acuerdos los señores Ministros de la Ecmx. Sala de Acuerdos los Señores Alberto Martínez Simon, Eugenio Jimenez Rolon y Cesar Antonio Garay a fin de interponer recurso de Apelacion y Nulidad contra el S.D N° 98 de fecha 26 de septiembre de 2018 dictada por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Tercera Sala. La parte demandante/accionante es la MULTILASAR INDUSTRIAL S.A y el demandado/accionado es el señor MOHAMAD MOUSTPHA JEBAI.

Criticó que el Tribunal de Apelación aplicó la Convención Interamericana sobre Protección Marcaria y Nombre Comercial de 1929, sin considerar la legislación más reciente, como la Ley L294/98 "de Marcas"; el Convenio de Paris para la Protección Industrial y sus revisiones, de conformidad a1 principio de trato nacional ratificado por Ley 300/94; y el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), ratificado por Ley 444/94.

Afirmó que Multilaser Industrial S.A. es una empresa brasileña con años de trayectoria en la industria de productos electrónicos e informáticos, que cuenta con más de ocho mil afiliados a lo largo de todo Brasil. Resaltó que su mandante

solicitó, en su país de origen, el registro de la marca “Multifaser” en la clase 37 en fecha 28 de junio de 1995 bajo el No 818788216, y obtuvo el registro en 1998; posteriormente obtuvo registros en las clases 9 -solicitada en 1995 y obtenida en 1999- y en la clase 16 -registrada en el- 2008 bajo el N° 826688926- y que todavía hay en Brasil otras solicitudes en trámite. Subrayó que el uso ininterrumpido y masivo de la marca comenzó en Brasil desde 1995, hace 23 años. Enumeró los distintos registros marcarios que obtuvo en diversos países. Dijo que el demandado conocía plenamente el uso, empleo y registro de la marca de su mandante, y que ello está probado en juicio.

17.4 Pharma International S.A. c/ Laboratorios SAVAL S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas

El Acuerdo y Sentencia N° 06 tuvo lugar el día 13 de febrero de 2019 estando reunidos en la sala de Acuerdos del Tribunal de Apelación Civil y Comercial de la Capital Primera Sala estando en este fallo reunidos los Magistrados: Valentina Nuñez Gonzalez, Dr. Marcos Riera Hunter y el Dr. Oscar Augusto Paiva a fin de resolver los recursos de apelación y nulidad interpuesto contra la S.D N° 509 de octubre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno de la Capital. La parte demandante/accionante PHARMA INTERNATIONAL S.A y el demandado/accionado es la firma LABORATORIOS SAVAL S.A.

En la primera cuestión planteada el Magistrado Dr. Paiva dijo: El recurrente desistió expresamente de fundar este recurso. Por otra parte, no se observaron en la resolución recurrida, vicios de forma o solemnidades que ameriten el estudio de oficio por parte del Tribunal, por lo que corresponde tener por desistido el presente recurso y los otros miembros se adhirieron al voto de este.

En la segunda cuestión planteada el Magistrado Por S.D. No 509 del 23 de octubre de 2014, el Juzgado dispuso: “1- HACER LUGAR a la demanda promovida por PHARMA INTERNACIONAL S.A contra LABORATORIOS SAVAL S.A y en consecuencia declarar la nulidad del registro de la Marca VALAXAM SAVAL” título n° 334.820 concedido el 13 de julio de 2010, en la clase 05, inscrita a nombre de la demandada (...). El Juez hizo lugar a la demanda de nulidad de registro de marca por tratarse de productos farmacéuticos con diferentes mecanismos de acción, por lo que resultaba posible la confusión de los mismo poniendo en riesgo la salud de la población y por lo cual no era permisible la coexistencia de ambas marcas (Art. 2, 53, 54 y 55 de la ley de Marcas y el art. 299 del cc). La ley de marcas tiene por finalidad proteger los esfuerzos del titular de una marca por preservar y mejorar la calidad de los productos y servicios ofrecidos, así mismo, esto permite al consumidor obtener lo que busca sin dificultades en el momento de la elección. Esta protección solo se hace posible cuando existe un nivel de distinción que permita identificar a cada producto o servicio sin riesgo de confusión.

17.5 Shell Brands International AG c/ Fuelpar S.A. s/ Nulidad de Registro

de Marcas

El Acuerdo y Sentencia N° 17 tuvo lugar el día 07 de marzo de 2019 estando reunidos en la sala de Acuerdos del Tribunal de Apelación Civil y Comercial de la Capital Primera Sala estando en este fallo reunidos los Magistrados Valentina Nuñez Gonzalez, Dr. Oscar Augusto Paiva y el Dr. Arnaldo Martines Prieto en esta ocasión el Magistrado Dr. Marcos Riera Hunter se inhibió, en esta ocasión se trajo a colación el recurso de apelación y nulidad interpuestos contra la S.D N° 268 del 6 de mayo de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Noveno Turno de la Capital.

La parte demandante/accionante es la firma SHELL BRAND INTERNACIONAL y el demandado/accionado es la firma FULLPAR S.A. Como primera cuestión la firma FUELPAR S.A tuvo la intención de registrar el logotipo y los colores característicos de la reconocida marca SHELL. La A-quo fundamentó su decisión en la identidad de los colores entre ambas marcas y la similitud de los diseños que solo se diferenciaban en el sentido de los emblemas y el grosor de la franja con el agravante de que ambas marcas cubren productos pertenecientes a la misma clase, siendo la actora mundialmente conocida.

Con respecto al párrafo anterior, no existe confusión con respecto a logotipo de la empresa de origen nacional, ya que desde el 2006 la multinacional de origen holandés Shell, no operaba en el país como distribuidora de carburantes (combustible), ya que en el 2005 la mencionada empresa vendió el 100% de sus estaciones y hace mención que la categoría de "lubricantes" se limita solamente a una sola firma. Dada la situación que la empresa nacional (FUELPAR), tiene la marca registrada en la clase n° 4 de la octava categoría de clasificación NIZZA.

17.6 Acción de inconstitucionalidad en el juicio: 3M ESPE AG C/ DIPROAN S.R.L. s/ Nulidad de Registro de Marcas" (764/2012)

Que, el juicio objeto de estudio es el de "3M ESPE AG C/ DIPROAN SRL S/ NULIDAD DE REGISTRO DE MARCAS", específicamente, el fallo objeto de acción de recurso de inconstitucionalidad, la S.D. Nro. 811 del 4 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, el A.I. N° 106 del 6 de marzo de 2012 y el A.I. N° 322 del 23 de mayo de 2012, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala Capital.

Que, la S.D. N° 811 del 4 de noviembre de 2011 resolvió: "No hacer lugar, con costas, la presente demanda ordinaria de nulidad de marca del Registro N° 263.324, del 6 de noviembre del 2003, de la Marca "XILESTESIN", Clase 05, promovida por la firma 3M ESPE AG. contra la firma DIPROAN SRL, fundado en los razonamientos y argumentos contenidos en el exordio de la presente resolución. Librar oficio a la Dirección de la Propiedad Industrial disponiendo el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en autos...". El A.I. N° 106 del 06 de marzo de 2012: "Declarar mal concedidos los recursos de apelación y nulidad

interpuestos por la Abg. Patricia Ma. Sanabria Centurión, contra la S.D. N° 811 de fecha 04 de noviembre de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, de conformidad a lo expuesto en el exordio de la presente resolución.” y el A.I. N° 322 del 23 de mayo de 2012: “Declarar mal concedidos los recursos de apelación y nulidad interpuestos por la Abg. Leónidas C. de Sanabria contra la providencia de fecha 18 de abril de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Turno, obrante a fs. 191 vta. de autos, en la parte que rechaza los recursos interpuestos por su parte contra la S.D. N° 811 de fecha 04 de noviembre de 2011”.

Que, el recurrente alegó en su escrito de expresión de agravios que las resoluciones atacadas son incongruentes y arbitrarias, por ende son inconstitucional, ya que la denegación de los recursos y la providencia de mal concedidos representa una violación del derecho a la defensa en juicio (art. 16 CN), siendo que fueron subsanadas en tiempo y forma. El representante de la adversa, Abg. Pastor Roche Galeano, al contestar el escrito corrido en autos, expresa en su contestación que a la accionante no se le ha negado el derecho a la defensa, que los órganos jurisdiccionales le dieron la garantía del debido proceso, consecuentemente solicita el rechazo de la acción promovida.

De las constancias de autos, se puede constatar que, la accionante efectivamente promovió la acción de forma extemporánea, así lo indica el art. 557 del CPC (9 días contados desde la notificación de la resolución impugnada), con respecto al AI Nro. 106 del 06 de marzo de 2012, por tanto, debe ser desestimada la acción. En cuanto al AI Nro 322 del 23 de mayo de 2012, queda claramente asentado los motivos por los cuales los recursos interpuestos fueron rechazados, y no fue por arbitrariedad del inferior, ya que se basó en las probanzas presentadas en autos y, finalmente la SD 811 del 4 de noviembre del 2011, no fue propuesto un agravio concreto, presupuesto necesario para la procedencia de esta acción. Es por ello que, la Sala Constitucional de la CSJ resolvió no hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad opuesta por la actora, e imponer costas a la perdidosa.

17.7 Cavaletti S.A. -Cadeiras Profissionais c/ Luciano Santos Rodrigues s/ Nulidad de Registro de Marcas

Que, el juicio objeto de estudio es el de “CAVALETTI SA – CADEIRAS PROFISSIONAIS C/ LUCIANO SANTOS RODRIGUES S/ NULIDAD DE REGISTRO DE MARCAS”, específicamente, los recursos de apelación y nulidad interpuestos en la S.D. Nro. 302 de fecha 13 de mayo de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Octavo Turno, secretaria N° 16.

Que, la S.D. N° 302 del 13 de mayo de 2016 resolvió: “No hacer lugar, con costas, a la demanda de Nulidad de Registro de Marca promovida por la firma CVALETTI S.A – CADEIRAS PROFISSIONAIS, contra Luciano Santos Rodrigues de conformidad a lo expuesto en el considerando de esta resolución...”

Que, el recurrente afirmó en sus agravios: "efectivamente es verdad que mi mandante no tiene su marca registrada en el Paraguay y esto se debe precisamente a que el Señor Luciano Santos Rodrigues ha registrado en forma ilegal y de mala fe la marca propiedad de mi demandante" (SIC). En la contestación de los agravios, la parte demandada manifiesta que el recurrente no presentó título de la marca que alega es suya, y al no demostrar que CVALETTI es una marca registrada en el extranjero no puede considerarse como marca notoria, por tanto, solicita la confirmación de la sentencia con costas al apelante.

Aquí, cabe hacer mención de lo contenido en la Ley de marcas, la cual prescribe que el registro hecho de acuerdo con ésta, concede a su titular el derecho al uso exclusivo de la misma y a ejercer ante los órganos jurisdiccionales las acciones y medidas que correspondan contra quien lesione sus derechos.

El recurrente alega que CVALETTI S.A. CADEIRAS PROFFISIONAIS es una empresa que se dedica hace 40 años a la fabricación de sillas y que es una marca familiar ya que los propietarios son Mario Luis Cavalletti y Gilmar Jose Cavaletti. Termina su escrito solicitando la revocación de la sentencia. De aquí el Tribunal pasa a analizar estas cuestiones vertidas en autos, y manifestaron cuanto sigue: "El hecho de que la marca tenga la denominación idéntica al apellido de los actores (Cavaletti) no obsta de la posibilidad de que esta marca haya sido enajenada o cedida a un nuevo titular, por lo que este indicio no es suficiente para probar la propiedad de la marca. La parte actora no presentó el título de propiedad o el certificado de registro en su país de origen expedido por autoridad competente. En estas condiciones. no pueden acogerse las pretensiones de la parte y la sentencia debe ser confirmada..."

17.8 E Land World LTDA c/ Il Chul Sin s/ Nulidad de Registro de Marcas

S.D. N.º: 39 dictado por: Juzgado Primera de Primera Instancia Civil y Comercial, del Duodécimo Turno Secretaria N.º 20, lugar y fecha de resolución, Asunción 13 de febrero de 2017. El caso analizado corresponde a un Juicio de Nulidad de Registro de Marcas, en la cual, la parte demandante es E LAND WORLD LTDA contra la firma IL CHUL SHIN.

E LAND WORLD LTDA plantea demanda de nulidad de registro de marcas, contra IL CHUL SHIN, a quien la Dirección de Propiedad Intelectual concedió el registro de 12 marcas. La propietaria de las marcas CELDEN ETIQ, TERESIA SPORT ETIQ, UNDER WOOD Y ETIQ, C.A.S.H. KIDS Y ETIQ, TRISSI Y ETIQ, PAW IN PAW Y ETIQ, ELAND JUNIOR ETIQ, OHOO Y ETIQ, COCORITA Y ETIQ, LITTLE BREEN ETIQ, SO, BASIC Y USW UNDER WOOD Y ETIQ afirma que IL CHUL SHIN registró las marcas mencionadas sin contar previamente con autorización del propietario originario de las marcas y exige que los derechos sean reivindicados y protegidos en exclusividad por su verdadero propietario (E LAND WORLD LTDA).

La Defensora Pública contesta la demanda y se reserva a argumentar su defensa después de producidas las pruebas. Una vez producidas las pruebas, el

juzgador fundamenta que la firma E LAND WORLD LTDA tiene registrada la marca en Seúl, Corea del Sur, de donde es originario y cuenta con registro en otros países inclusive en el nuestro. Que, Paraguay a través del convenio N° 300/94 “que aprueba el convenio de París para la protección industrial y sus revisiones y enmiendas” ... en su artículo 2 que cito a continuación: Trato Nacional a nacionales de los países de la unión. “1) Los Nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente Convenio. En consecuencia, aquellos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales.”

Seguidamente se funda el análisis en el artículo 18 de la Ley de Marcas que establece que los autorizados a solicitar registros de marcas son el propietario o sus agentes debidamente autorizados, y según las pruebas producidas en el presente juicio, se demuestra el registro por el actor a través de un contrato celebrado con la firma bonita kim. También se ha comprobado el registro indebido de las marcas por el Sr. IL CHUL SHIN, violando lo establecido en los artículos 48 y 2 inciso g) de la Ley de Marcas, en el derecho de oposición o anulación y similitud de marcas registradas.

Por los fundamentos expuestos, el juzgador resuelve hacer lugar a la demanda de nulidad de registro de marcas, declarar nulos los registros de las marcas inscriptas en la Dirección de la Propiedad Industrial a nombre del Sr. IL CHUL SHIN, con costas a la parte perdedora.

17.9 Janssen Biotech Inc. c/ Celltrion s/ nulidad de registro de marcas

S.D. N°: 442 dictado por: Juzgado Primera de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Duodécimo Turno de la Capital, lugar y fecha de resolución, Asunción 2 de agosto de 2017. El caso analizado corresponde a un Juicio de Nulidad de Registro de Marca, en la cual, la parte demandante es la multinacional JANSSEN BIOTECH INC. contra la firma CELLTRION INC.

JANSSEN BIOTECH INC. se presenta en calidad de titular de la marca “REMICADE Y ETIQUETA” demanda nulidad del registro en Paraguay con costas a la fábrica y comercio “REMSIMA” (clase 5), manifiesta que la marca es parecida y confundible con la marca registrada anteriormente por JANSSEN y el extremo parecido a simple vista atenta contra los derechos adquiridos en virtud de su registro.

La firma JANSSEN haciendo un análisis comparativo entre ambas marcas cuestiona el parecido en el plano visual, en la ortografía y en el plano fonético, y que dicho parecido confunde al público a la hora de su adquisición porque ambas marcas se encuentran en el mismo rubro.

El demandado se defiende alegando que no existe parecido extremo entre ambas marcas en ninguno de los planos que menciona JANSSEN y que la única parte parecida es en el prefijo "REM" y que hay otras marcas registradas en el país con el mismo prefijo. Niega el riesgo de confusión entre ambas, además cuestiona la instancia a la que se presenta la cuestión, debiendo haber opuesto la situación primeramente ante el ente Regulador de Marcas, y solicita el rechazo de la demanda.

Razones jurídicas para el dictamen.

La resolución se funda en las reglas aplicables al caso de las fuentes doctrinales y jurisprudencia que hacen referencia a la "coexistencia de marcas confundibles" y la importancia de la fácil distinción de los productos farmacéuticos para evitar posibles riesgos al consumidor final. Y el artículo 192 del C.P.C. para la imposición de costas.

El juzgador resuelve rechazar la demanda de nulidad de la marca REMSIMA, basado en los siguientes fundamentos; 1- Existen otras marcas en el mercado con el mismo prefijo REM y que no se prestan a confusión, comercializadas en el mismo rubro. 2- No hay confusión en la visualización y tampoco en la pronunciación.

De acuerdo con la expresión de las partes y el análisis de las cuestiones planteadas, corresponde el dictamen del juzgador, que se sustenta en la falta de prueba de la parte que alega la existencia de similitud y riesgo de confusión entre dos marcas, previa verificación de la presencia de otras marcas con el mismo prefijo en el mercado en el mismo rubro y clase, y que dicho parecido no genera confusión al consumidor final.

17.10 Compañía Muller de Bebidas c/ Industrial Conquistador S.A. s/ Nulidad de Registro de Marcas

El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala está compuesto por los Magistrados: Dr. MARCOS RIERA HUNTER, Dr. OSCAR AUGUSTO PAIVA VALDOVINOS y Dr. EUSEBIO MELGAREJO CORONEL, quienes resolverán sobre los recursos de apelación y nulidad interpuestos contra la S.D. N° 307 de fecha 21 de junio del 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Décimo Tercer Turno de la Capital en la causa caratulada: "COMPAÑÍA MULLER DE BEBIDAS C/ INDUSTRIAL CONQUISTADOR S.A. S/ NULIDAD DE REGISTRO DE MARCAS", siendo la parte actora/demandante COMPAÑÍA MULLER DE BEBIDAS y la parte demandada INDUSTRIAL CONQUISTADOR S.A.

La parte actora promovió contra la demandada juicio ordinario de nulidad de inscripción de la marca 51, en la clase 34, en fecha 19 de diciembre del 2011, bajo el N° 357.797, fundada en que tal inscripción ha sido obtenida en contravención a lo dispuesto en la ley de marcas por carecer del derecho a obtenerla y en perjuicio de un tercero con mejor derecho (el accionante), invocando las dispo-

siciones de la ley de la materia contenidas en los artículos 2, incs. "f", "h", e "i", y 48, en concordancia con las disposiciones de los artículos 53, 54, y 55 de la Ley N° 1294/98, de Marcas.

En el Acuerdo y Sentencia fueron estudiados tres cuestiones por el Magistrado Preopinante Dr. Riera Hunter estando de acuerdo y adhiriéndose a su voto los Magistrados Dr. Paiva Valdovinos y Dr. Melgarejo Coronel:

1) En cuanto concierne a los recursos interpuestos por la parte actora respecto del apartado primer de la sentencia recurrida por el cual se resolvió "no hacer lugar a la excepción de cosa juzgada opuesta como medio general de defensa por Industrial Conquistador S.A.". Esta resolución no agravia a la parte actora sino únicamente a la parte demandada quien no interpuso contra tal resolución ningún recurso... Las únicas decisiones que causan gravamen irreparable a la parte accionante se encuentran contenidas en los apartados segundo y tercero de la sentencia recurrida por los cuales se han resuelto no hacer lugar a la demanda por nulidad de registro de marca promovida por Compañía Muller de Bebidas contra Industrial Conquistador S.A., con costas en el orden causado. El Juzgado debió desestimar los recursos interpuestos por la accionante contra el apartado primero de la sentencia recurrida y concederlos únicamente contra los apartados segundo y tercero antes aludidos. En consecuencia, corresponde que el Tribunal declare mal concedidos los recursos interpuestos por la parte actora en relación al apartado primero de la sentencia en alzada, debiendo analizar tales recursos únicamente respecto de los apartados segundo y tercero de dicho pronunciamiento.

2) Las partes recurrentes han desistido expresamente del recurso de nulidad, razón por la cual, no existiendo, por lo demás, vicios o defectos formales o procesales en la sentencia recurrida que impongan al Tribunal deber de declarar la nulidad de oficio, corresponde que se tenga a tales recurrentes por desistidos del recurso de nulidad.

3) Refiere la parte accionante, hoy apelante, que ella se opuso inicialmente a dos solicitudes de inscripción de la marca 51: la primera, radicada el 23 de mayo de 1995 por Imperial Tabacos S.R.L., y la segunda radicada el 23 de agosto del año 2000 por el Sr. Roque Fabiano Silveira. La parte actora, ejerciendo su derecho de prelación, radicó su pedido de inscripción de la marca 51 en fecha 4 de julio del 2012 dentro del plazo legal de 90 días, pero tal pedido quedó frustrado porque, según refiere, la marca en cuestión ya había sido transferida por Silveira a favor de la hoy parte demandada, Industrial Conquistador S.A., afectando su derecho de prelación previsto en el artículo 48 de la ley marcaria.

Tramitada la demanda y contestada la misma conforme los fundamentos contenidos en el escrito de fs. 60 y siguientes de autos, el Juzgado dictó la sentencia definitiva, hoy en grado de recurso, por la cual resolvió desestimar la demanda de la actora con costas en el orden causado. Por lo que la cuestión sometida a la decisión del Tribunal se circunscribe a determinar si, en la especie,

corresponde o no la declaración de nulidad de la marca 51 inscrita a nombre de la demandada por haberse violado el derecho de prelación de la actora. Por otra parte, también debe determinarse si la marca cuya inscripción se pretende anular es o no confundible con la marca de propiedad de la actora "PIRASSUNUNGA 51" por cuanto que, conforme se desprende del escrito promocional de demanda, la parte accionante no fundó su pretensión solamente en el derecho de prelación que defiende, sino también en la supuesta identidad y riesgo de confusión y asociación de la marca de su propiedad con la marca registrada a nombre de la parte demandada.

En cuanto al derecho de prelación que invoca la parte actora. Esta sostiene que la prioridad que tenía Imperial Tabacos S.R.L. le fue reconocida como consecuencia de la resolución administrativa de la SAL N° 252/2004 que hizo lugar a la oposición formulada que —enfatisa en ello— quedó definitivamente firme cuando la Dirección de la Propiedad Industrial dictó la Resolución N° 234 del 20 de junio del 2012 por la cual dejó sin efecto la Resolución 568 del 11 de noviembre del 2011, por la que se había dispuesto el archivamiento de la solicitud de Imperial Tabacos S.R.L. Concluye por ello que, como a partir de esa resolución revocatoria (Nro. 234 del 20 de junio del 2012) Compañía Müller radicó su pedido de inscripción marcaría, en fecha 4 de julio del 2012, tal pedido tiene prelación sobre el derecho de la parte demandada, Industrial Conquistador, por haberse efectuado dicha petición en el plazo de noventa días conforme la ley marcaría.

En efecto, a partir de quedar firme la providencia del 24 de agosto del 2004, fecha en que la Dirección de la Propiedad Industrial llamó para resolver la apelación interpuesta por Imperial Tabacos S.R.L. contra la resolución de la SAL N° 252 del 31 de marzo del 2004, que hizo lugar a la oposición de Campanilla Müller, empezó a correr el plazo perentorio e improrrogable de 40 días que establece el artículo 130 de la Ley N° 1294/98 para que el Director de la Dirección de la Propiedad Industrial dicte resolución. Al no dictarse la resolución dentro del plazo legal, se configuró por imperio de la ley la denegatoria ficta al recurso de apelación interpuesto por Imperial Tabacos S.R.L. Esta empresa comercial podía, en el plazo de 10 días, conforme el citado artículo 130, promover el correspondiente juicio contencioso - administrativo contra la denegatoria ficta, cosa que no ha ocurrido (no existen constancias de ello), razón por la cual no puede sino concluirse que la Resolución N° 252/2004 (que hizo lugar a la oposición de Compañía Müller contra la solicitud marcaría de Imperial Tabacos S.R.L.) quedó firme en el mes de noviembre del año 2004.

A partir de la firmeza de tal resolución quedó reconocido el mejor derecho de la actora a la marca, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 23, 48 y 130 de la ley, razón por la cual la accionante tenía 90 días para ejercer su derecho de prelación y solicitar el registro de la marca a su nombre, plazo este que feneció en el mes de febrero del año 2005. Sin embargo, la accionante radicó su pedido de inscripción marcaría con posterioridad al fenecimiento del plazo de 90 días, haciéndolo en fecha 04 de julio del 2012.

En cuanto la cuestión se relaciona con la confundibilidad entre la marca de la actora "PIRASSUNUNGA 51 y etiqueta", y la marca "51", inscrita a nombre de la demandada, ya la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo y Sentencia N° 558 de fecha 22 de julio del 2011, se ha pronunciado declarando que no existe posibilidad de confusión entre ambos signos marcarios. Así, en dicho fallo se ha sostenido que "la marca registrada "Pirassununga 51 y etiqueta" protege bebidas alcohólicas, cervezas, aguas minerales y gaseosas, y otras bebidas alcohólicas; bebidas de frutas y jugos de frutas; jarabes y otras preparaciones para hacer bebidas, en tanto que la denominación "51" protege tabaco; artículos para fumadores; cerillos...". La marca "Pirassununga 51 y etiqueta" es mixta y "es protegida conjuntamente con su etiqueta...", además de que la denominación "51" ha sido solicitada para proteger productos de la clase 34, en tanto que la marca "PIRASSUNUNGA 51 y etiqueta" protege productos de la clase 32 y 33 para bebidas. Se ha llegado a la conclusión, en el fallo aludido, que no existe posibilidad de confusión entre ambas marcas, tampoco en el aspecto visual y fonético.

Tales conclusiones, por su razonabilidad, no pueden sino ser compartidas por el Tribunal, por lo que tampoco en cuanto al punto analizado puede ser acogida la pretensión de la actora, por los fundamentos del escrito inicial de demanda, sin perjuicio de hacer notar que en esta instancia la actora limitó sus agravios a la materia de la prelación.

Las consideraciones que preceden permiten a la Magistratura entender que la pretensión de nulidad de la parte accionante no resulta procedente. Corresponde, por tales razones, que el Tribunal confirme el apartado segundo de la sentencia recurrida (que rechaza la demanda de nulidad de registro de marca promovida por la actora) por hallarse la decisión ajustada a Derecho. En cuanto a las costas, se advierte que la parte demandada (que recurrió solamente el apartado tercero de la sentencia, que impuso costas en el orden causado) no ha dado cumplimiento, en realidad, a lo dispuesto en el artículo 419 del CPC, omitiendo efectuar el análisis razonado de la decisión judicial.

17.11 Acción de Inconstitucionalidad en el juicio: Phillip Morris S.A. c/ Tabacalera Boquerón S.A. s/ Nulidad de Registro Número 198.713 de Marca LS y Etiqueta Clase 34 de fecha 11/12/1997

El Acuerdo y Sentencia Nro. 1565 fue dictado por la Ministra Dra. MIRYAM PEÑA CANDIA y los Conjueces ARNALDO MARTINEZ PRIETO Y RAÚL GÓMEZ FRUTOS, quienes integran la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en fecha SEIS de NOVIEMBRE del DOS MIL DIECISIETE, en el que resolvieron la acción de inconstitucional promovida por la Abg. Leónidas Centurión de Sanabria en nombre y representación de la firma Philip Morris Brasil S.A. en la causa caratulada: "PHILIP MORRIS S.A. C/ TABACALERA BOQUERON S.A. S/ NULIDAD DE REGISTRO NRO. 198.713 DE MARCA LS ETIQUETA CLASE 34 DE FECHA 11/12/1997".

La parte demandante/accionante es la empresa Philip Morris Brasil S.A. y el demandado/accionado es la empresa Tabacalera Boquerón S.A. Así también, es relevante mencionar que la acción de inconstitucionalidad se plantea contra la S.D. Nro. 334 de fecha 12 de junio de 2006 (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno) y contra el Acuerdo y Sentencia Nro. 23 de fecha 15 de abril de 2010 (Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala).

Es necesario primeramente exponer qué se resolvió en la primera y segunda instancia respecto a la nulidad de registro 198.713 de marca "LS y Etiqueta" para posteriormente estudiar si es o no viable la acción de inconstitucionalidad y dar a conocer lo que resuelve la Sala Constitucional: 1) Por Sentencia Definitiva N° 334, de fecha 22 de junio de 2006, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Tercer Turno, de la Capital, resolvió hacer lugar a la excepción de prescripción opuesta por la empresa Tabacalera Boquerón S.A., entendiendo que: "(...) el Convenio de París que regula igualmente la materia y en plena vigencia, antes, durante y posterior a la registración de la marca, cuya nulidad se reclama e invocada por la parte actora dispone, en la disposición del artículo 6 bis, 3) no se fijará plazo para la reclamar la anulación o prohibición de uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe". Para la aplicación de esta normativa resulta fundamental la demostración fehaciente de la malicia del solicitante, pues, la mala fe no se presume debe surgir de pruebas inequívocas, en el presente caso, la Dirección de Propiedad Industrial del Ministerio de Industria y Comercio informó a fs. 214 que la marca "LS Y ETIQUETA", con registro 97742 su primer solicitante fue la firma "CIA LOPEZ SA.I, otorgada en el año 1981, con fecha de vencimiento el 07 de agosto de 1991, y posteriormente la misma fue inscrita a favor de la firma "TABACALERA BOQUERÓN" con registro N° 1987713, en fecha 11 de diciembre de 1997, con fecha de vencimiento el 11 de diciembre de 2007.

Estos antecedentes demuestran claramente que la citada marca no ha sido comercializada en ese tiempo, además, en autos no se ha acreditado el extremo de la notoriedad de la marca, por lo que no cabe la aplicación del convenio de París(..); 2) Por Acuerdo y Sentencia N.º 23 de fecha 15 de abril de 2010, el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Segunda Sala de la Capital, resolvió confirmar la Sentencia Definitiva N° 334 de fecha 22 de junio de 2006, sosteniendo que: "(...) Al respecto recurrimos a las sabias enseñanzas del Dr. José Alberto Correa, ilustre ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quién en el fallo N° 22, del 19 de mayo de 1958, siendo Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial 2º Sala, en una cuestión similar a ésta decía: " ... habrá que mantener como principio general que la buena fe se presume, es una cuestión que se mantiene en la doctrina y en la jurisprudencia...". Asimismo, (...) respecto de la buena fe, sostuvo esta premisa básica: Presunción de la buena fe; en el derecho civil es una regla general, (...). Así se ha establecido sobre esta cuestión, que el que niega la buena fe, debe probarla. La mala fe corresponde probarla por quien la alega" (JA. Tomo 1, año 1951, página 436) ...// ... Sólo me permito agregar que en este caso no cabe la aplicación del Convenio de París, en el sentido de que no existe prescripción, porque según dicho Convenio: NO SE FIJARÁ PLAZO PARA

RECLAMAR LA ANULACIÓN (...) DE MARCAS UTILIZADAS DE MALA FE". Esta norma internacional no es aplicable cuando la marca del demandante no fue solicitada sea declarada como notoria o una marca mundial, porque el derecho de marca es territorial y cuando la marca extranjera que pretende la nulidad a base del convenio de París, para ello debe estar basado en la notoriedad comprobada a marca (...)

Tras la transcripción y lectura de la parte principal de cada resolución impugnada se observa que la acción de inconstitucionalidad se presenta en razón de que los jueces no valoraron el argumento de la demanda respecto a la mala fe de la parte demandada puesto que no se analizaron las pruebas ofrecidas para la demostración de la mala fe alegada y agrega la parte accionante que los fallos son arbitrarios y menoscaban el derecho de las partes fundado en el principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los jueces para dictar sentencia. Por otra parte, corrido el traslado correspondiente, la Fiscal Adjunta Soledad Machuca recomienda rechazar la acción por los argumentos expuestos en el fallo mencionado.

La Dra. PEÑA CANDIA manifiesta que, si bien la acción de inconstitucionalidad no es una tercera instancia para el estudio de cuestiones resueltas en instancias anteriores, también es cierto que la Corte Suprema de Justicia es la encargada de cumplir y velar por el cumplimiento de la Constitución y en razón a ello, inicia el análisis de las resoluciones objetadas advirtiendo que los fallos contienen omisiones de gravedad extrema que lo descalifican como un pronunciamiento judicial válido.

La citada magistrada en su pronunciamiento respecto a la prescripción hace mención que pareciera que existen dos normas contrapuestas: a) Ley 751/79, vigente al momento de la concesión de la marca indica, que en su Art. 49 establece que el plazo para plantear acción de nulidad prescribe a los dos años y b) Convenio de París, el que en su Art. 6 num 3) dispone que no se fijará plazo para reclamar la anulación o la prohibición de uso de las marcas registradas o utilizadas de mala fe.

Sin embargo, finalmente concluye que no son contrapuestas porque el Convenio de París restringe la imprescriptibilidad a dos situaciones: 1) registro de mala fe y 2) utilización de mala fe; indica que de comprobarse los requisitos legales exigidos, la norma de aplicación debió ser el artículo 6, numeral 3) del Convenio de París y además señaló que ello debió ser así también en virtud del Art 137 de la Constitución Nacional que trata sobre la jerarquía de las normas que integran el derecho positivo nacional concluyendo: "En consecuencia, los convenios aprobados, siempre tienen prioridad tanto sobre la ley anterior como sobre la ley posterior."

Uno de los requisitos que estudió la magistrada fue el de la notoriedad de la marca e indicó que no se requiere necesariamente que la parte accionante declare como notoria a la marca intentada para la aplicación del Convenio de

París ya que las marcas notorias gozan de un régimen de protección especial basado en que constituye un hecho notorio y que los hechos notorios no necesitan ser probados por registro alguno (Art. 249 del C.P.C). Expone que Tabacalera Boquerón S.A. no puede desconocer los productos notorios del rubro tabacalero, específicamente de la marca Philip Morris S.A., en su marca y etiqueta en cuestión, por ser persona específica y calificada del rubro, además de ser firmas industriales que giran en mercados comunes. También se expidió sobre la territorialidad.

Respecto a la mala fe señaló que la firma Philip Morris S.A. a fs. 69 y 70 de autos principales acompañó las cajetillas de ambas firmas, las que denotan similitudes confusionistas en lo gráfico, fonético e ideológico lo que hace presumir que no podría darse una coincidencia tal en lo gráfico, fonético e ideológico que pueda considerarse una cuestión del azar o de la mera casualidad. Resalta la magistrada que teniendo a la vista estas pruebas, los juzgadores podían haber notado la réplica de las marcas lo que necesariamente hace presumir el conocimiento de la existencia de las mismas y en consecuencia significa que una de las partes imitó a la otra.

Sobre la confusión indica claramente que el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar y que raramente ese consumidor tiene la posibilidad de comparar directamente las marcas, sino que debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria pues no estamos en presencia de productos de consumo excepcional que exijan al consumidor una muy especial atención en el momento de la adquisición.

Finalmente, la magistrada concluye que, habiéndose admitido el contraste de las cajetillas, los informes y los demás documentales debían haber sido valorados por los juzgadores inferiores. Señala también: "Resulta una exigencia legal de los juzgadores calificar el mérito de cada medida probatoria explicando en sentencia el grado de convencimiento que ellas le han reportado para resolver la causa (...) Lo arbitrario así resulta de soslayar prueba pertinente (no evaluando razonadamente la prueba acumulada), dejando de lado hechos y pruebas existentes a más de la falta de fundamentación de ambos fallos, fuente de justificación de las sentencias; lo que permite arribar al fallo caprichoso, por mera voluntad del juzgador. Pues, los juzgadores de ambas instancias han omitido considerar las pruebas documentales obrantes en autos sin brindar fundamentos que justifiquen su prescindencia, ignorando sus efectos, no obstante, habiendo sido reiteradas en varias intervenciones por la parte actora. // (...) Conviene advertir que esta Sala tiene declarado – con reiteración – que la discusión sobre la valoración probatoria por medio de la acción de inconstitucional resulta excepcional y justificada únicamente en el caso de que exista una apreciación por los juzgadores inferiores que pugne con los parámetros de la lógica y la racionalidad, tal como la situación de autos.

Por todo lo expuesto resumidamente en la presente síntesis, la magistrada

votó por hacer lugar a la acción planteada contra las resoluciones mencionadas procediéndose al reenvío previsto en el Art. 560 del Cód. Procesal Civil. Los Doctores MARTINEZ PRIETO y GOMEZ FRUTOS se adhirieron al voto preopinante.

17.12 Santa Fe Automotores S.A. c/ Lorenzo Rafael Livio Ramirez Molina s/Nulidad de Registro de Marca y otro

En fecha 14 de enero del 2014 la Abogada Catalina Dávalos Giménez, en representación de la firma SANTA FE AUTOMOTORES SOCIEDAD ANONIMA, se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Quinto Turno, Secretaría 10, a promover demanda ordinaria por nulidad de registro de marca en contra del Señor LORENZO RAFAEL LIVIO RAMIREZ MOLINA respecto a la marca registrada bajo el número 388.797 de fecha 15 de noviembre de 2013.

La presente demanda se funda en la identidad del nombre comercial "SANTA FE AUTOMOTORES S.A.", propiedad de la demandante (Fecha de Constitución: 27/02/2012) y la marca registrada a favor del demandado con denominación "SANTA FE AUTOMOTORES, en la clase 35, con registro marcario nro. 388.797 de fecha 15 de noviembre del 2013 ante la Dirección Nacional de la Propiedad Industrial.

Se trata la litis respecto de: 1) La existencia de dos denominaciones iguales para el mismo rubro siendo una de ellas un nombre comercial y la otra una marca registrada; 2) que la reclamación se circunscribe en la nulidad del registro de la marca registrada y 3) el uso común de ambas denominaciones por los demandados.

Con respecto al punto 1) en la resolución estudiada se hace mención de la diferencia que existe entre una marca y un nombre comercial siendo así que la MARCA se utiliza para designar un producto o un servicio determinado brindado por un particular o sociedad mercantil, mientras que NOMBRE COMERCIAL se utiliza para designar o denominar a un comerciante determinado.

Al analizar el punto 2) el Juez expone que si bien la parte actora sostiene que la nulidad de marca procede por haber actuado de mala fe el Señor Lorenzo Rafael Livio Ramírez Molina desde el momento de la solicitud de inscripción señala que el actor no presentó oposición alguna dentro del plazo previsto en la Ley de Marcas para la impugnación de la inscripción quedando de tal manera preclusa la etapa para hacerlo en sede administrativa. Además, quedó demostrado según el magistrado que la marca "SANTA FE AUTOMOTORES" Y ETIQUETA, en la clase 35, fue concedida luego de haber cumplido con todos los requisitos legales administrativos exigidos y que se verifica que la parte actora tampoco demostró durante la tramitación del proceso la existencia del fraude como para que pueda declararse la nulidad de la marca solicitada. Entre la inscripción de la marca y la iniciación de la demanda han transcurrido 4 años por lo que resulta evidente la desidia y negligencia de la firma Santa Fe Automotores S.A. para iniciar la presente acción.

Concluye el análisis el Juez mencionando que en autos no se han demostrado los extremos requeridos para declarar la nulidad de la marca solicitada y por ende, corresponde rechazar la nulidad solicitada.

Antes de finalizar la presente síntesis, ha de mencionarse que en la sentencia definitiva expuesta específicamente en la última hoja - cuarto párrafo - se advierte un error material puesto que expresamente se indica que el Juzgado, a través del estudio minucioso de los distintos elementos de convicción, no tiene otra alternativa que la de hacer viable la presente demanda, (...), y en virtud del Art. 53 inc. C) de la Ley de Marcas, declarar la nulidad del registro marcario 388.797 de fecha 15 de noviembre de 2013 a nombre del Señor Lorenzo Rafael Livio Ramírez Molina sin embargo, en la parte resolutive se resuelve no hacer lugar a la presente demanda. El error material al ser un error intrascendente no puede alterar el sentido jurídico de la decisión.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Paraguaya de Agentes de la Propiedad Industrial (APAPI) (1989), *Derecho de la Propiedad Industrial*, obra colectiva, Asunción.
- Bareiro de Modica Gladys y Modica Carmelo (2020), *Manual de Derechos Intelectuales*, Editorial La Ley, Segunda Edición, Asunción.
- Bercovitz Alberto (2001), "Marcas y derechos de autor", *Revista de Derecho Mercantil*, N° 240, Madrid, abril-junio.
- Cabanellas Guillermo y Bertone Luis Eduardo (2003), *Derecho de Marcas: Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales*, Guillermo Cabanellas de las Cuevas y Luis Eduardo Bertone, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- Castiglioni Carmelo (2021), *Derechos Intelectuales. Segunda parte: Propiedad Industrial*, Editorial Intercontinental, Asunción.
- Fernandez de Brix Wilfrido (1998), *Análisis de la nueva legislación marcaria del Paraguay*, Editorial España, Asunción.
- Modica Carmelo (2019), *Derecho Paraguayo de Marcas*, , Editorial La Ley, Segunda Edición, Asunción.
- Mitelman Carlos Octavio (2021), *Tratado de la Propiedad Industrial - Signos distintivos*, Tomo 2. Editorial El Dial, Buenos Aires.
- Otamendi Jorge (2018), *Derecho de Marcas. Ampliado y actualizado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- SALEMMA Rebeca (2022), "Nulidad de marcas por mala fe", *Derechos Intelectuales V. 27*, Tomo 2, Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIFI).
- Tinoco Soares José (2016), *Tratado de Propiedad Industrial de las Américas*, José Tinoco Soares, Editorial Lexi Nexis, Buenos Aires.

