







REVISTA JURÍDICA





REVISTA JURÍDICA

EDICIÓN Nº 3



Asunción, Paraguay
2017

Revista Jurídica UNIBE

La responsabilidad por los trabajos publicados y las opiniones vertidas en ellos corresponden exclusivamente a sus autores. La Universidad Iberoamericana no se hace responsable de las mismas.

CORRESPONDENCIA:
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS
15 de Agosto esquina Ygatimi
iberoamericano@unibe.edu.py
derecho@unibe.edu.py
Asunción, Paraguay

Derechos Intelectuales en trámite.
Tirada: 300 ejemplares.

Diagramación de interior: Gilberto Riveros Arce
Diseño de portada: Ariel Franco Romero, Comunicación Visual de la UNIBE

ISBN: 978-99967-734-0-2
Año: 1
Edición: 3

ÍNDICE

Consejo Directivo de la Universidad Iberoamericana	9
Presentación (<i>Dra. Sanie Romero de Velázquez</i> , Rectora)	11

MONOGRAFÍAS

- La mediación familiar en el marco de una reforma legal integral	15
<i>Silvina A. Francezón / María Laura Spina</i>	
- El Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM)	25
<i>Santiago Adán Brizuela Servín / Vivian Romero Hithman</i>	
- El Derecho familiar cubano y los nuevos tiempos: El brío jurisprudencial	45
<i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	
- Sujetos responsables en el Derecho del Consumidor, con énfasis en los productos	103
<i>Marco Colmán</i>	

ÍNDICE

- **El principio de congruencia en el Derecho Procesal Laboral paraguayo** 117
Zully Nerina Almirón Alonso

- **Ley 5.777/2016: Una oportunidad para la protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia** 143
Emilio Andrés Vázquez

- **Teorías criminológicas de factores de riesgo y de protección** 171
Judith Brauner Amarilla

- **Análisis del juicio político en Paraguay a partir de la vigencia de la Constitución de 1992 y la doctrina** 185
Oscar Sosa Domínguez

- **Introducción a la teoría de la democracia** 217
Melissa Duré

- **Un buen catastro para el progreso. Mensura catastral** 229
Ángel F. Alfonso Pérez / Rossana Mabel Ramírez Ibarra / Sandra Johana González Rivas / Zully E. Ramírez Aliendre / Perla C. González Pérez



AÑO 2017

**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA (UNIBE)**

RECTORADO:

Dra. SANIE ROMERO DE VELÁZQUEZ (Rectora)
Lic. DANIEL FRANCO ROMERO
Abog. EDUARDO VELÁZQUEZ

**DIRECCIÓN DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS**
Abog. JOSÉ PÉREZ REYES

CONSEJO EDITORIAL:

Abog. JOSÉ PÉREZ REYES
Abog. EDUARDO VELÁZQUEZ ROMERO





PRESENTACIÓN

Con gran honor ofrecemos a todo el público este tercer número de la Revista Jurídica de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), manteniendo nuestra premisa de brindar siempre una educación superior de calidad, en coherencia con las exigencias actuales y con la proyección a un futuro valioso, en consonancia con nuestro lema: una mentalidad nueva para un mundo mejor.

Nuestra Revista Jurídica mantiene su vigencia y periodicidad, y cuenta con su publicación inclusive con anterioridad al logro de la acreditación de la carrera de Derecho ante la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación de la Educación Superior (ANEAES) en una inédita primera convocatoria, con la certificación expedida en noviembre del 2014. Y es en este horizonte de metas cumplidas que este tercer número se presenta en el segundo semestre del 2017, con una compilación de artículos escritos por nuestros profesores de grado y posgrado, abordando temas tan apasionantes como vigentes, que asumen los desafíos de una sociedad cambiante y que llevan adelante las investigaciones necesarias para mejorar nuestras leyes y su cumplimiento, en la búsqueda de la comprensión en profundidad de los efectos del Derecho.

Así, esta Revista Jurídica, sumada a la Revista Científica de la UNIBE, nos brinda una visión muy actual del amplio panorama de las investigaciones y proyectos que tanto esta Universidad como nuestros destacados docentes han elaborado profesionalmente, conquistando así logros plausibles que se suman en integración con las actividades habituales que lleva la UNIBE, como las del *Consultorio Jurídico*



Serafina Dávalos que siempre brinda atención a todo público y de forma gratuita, con sentido de responsabilidad social; así como también con varios proyectos en el marco de la extensión universitaria.

En la convicción de que esta Revista Jurídica aporta temas de trascendental actualidad en el vasto ámbito del Derecho, le extendemos esta invitación a la lectura y la progresión intelectual hacia un mundo mejor.

Dra. Sanie Romero de Velázquez
RECTORA



Monografías





LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL MARCO DE UNA REFORMA LEGAL INTEGRAL

*Silvina A. Francezón** / *María Laura Spina***

Resumen: El trabajo explica cómo se ha concebido a la mediación familiar, dentro de un proyecto de reforma legislativa, que genera un Sistema Integral de Mediación y amplía el uso de las tecnologías de información y comunicaciones en la Provincia de Santa Fe, República Argentina.

Palabras Clave – mediación – familia – tecnología – mediación a distancia – sistema

* **Silvina Alejandra Francezón** es mediadora, abogada, Magister en Educación por la Universidad Americana (Paraguay), especializada en Resolución de Conflictos (Universidad Torcuato Di Tella), especializada en Derecho de Familia (Universidad Nacional del Litoral, Argentina), diplomada en Redes Sociales y Diálogos Generativos (Universidad Tronsoe - Noruega, Universidad Lanús, Argentina). Mediadora especializada en Familia. Realiza práctica privada y pública de facilitación y mediación desde 1997 en Paraguay y desde 2011 en Argentina. Docente de grado y postgrado en Paraguay y Argentina. Formadora de Mediadores. Autora de diversas publicaciones en la materia.

** **María Laura Spina** es abogada, mediadora, Magister en Ciencia de la Legislación de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina, en cooperación con la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Pisa, Italia; asesora legislativa en la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe, Argentina; profesora de grado y posgrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, en la Facultad Regional Santa Fe de la Universidad Tecnológica Nacional y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; presidenta de la Red Iberoamericana de Docentes e Investigadores en Derecho e Informática.

En Argentina, como en otros países de la región, la Mediación ha ganado legitimidad social y cultural, “sin prisa, pero sin pausa”, a cuenta de los marcos jurídicos, impulsados por las prácticas mediadoras sostenidas, los procesos de sensibilización y la vivencia del proceso por los ciudadanos como un modo de acceso a justicia que les devuelve protagonismo y *empowerment*¹ para resolver sus propios conflictos.

En Santa Fe, República Argentina, la mediación se desarrolla desde 1995 en el ámbito judicial de manera voluntaria en materia civil y familiar y desde el 2011 –en el marco de la Ley provincial 13.151 y sus decretos reglamentarios– de manera obligatoria y prejudicial en materia civil, comercial y desde 2013 en materia de familia. El desarrollo de la mediación privada voluntaria es aún poco significativo y no contamos aún con estadísticas globales de todas las formas de mediación practicada y sus impactos.

En el sistema de prejudicialidad obligatoria desde 2011 a la fecha se han solicitado alrededor de cuarenta mil mediaciones en toda la provincia, con un porcentaje de acuerdo en promedio de un veinte por ciento en materia civil y comercial y de un cincuenta por ciento en materia de familia de las efectivamente realizadas. Estos datos son muy auspiciosos, si pensamos que “un conflicto resuelto” significa disminución de la violencia interpersonal y social, menor gasto de tiempo y dinero para los involucrados y que el Estado invierta recursos en los conflictos que ameritan necesariamente su intervención, desjudicialice las respuestas, disminuya la litigiosidad y la mora judicial.

A la luz de la experiencia transitada y de la necesidad de ampliar el acceso a justicia, en distintos ámbitos y materias; durante el presente período legislativo el diputado Henn ha elaborado un Proyecto de

1. Empoderar: Hacer poderoso o fuerte a un individuo o grupo social desfavorecido. Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario. <http://dle.rae.es/?id=ErreFb4|Ers1PZE>

Ley que propone un Sistema Integral de Mediación², que presenta la sistematización y economía legislativa de la herramienta jurídica, al regular cuestiones comunes a la institución, independientemente de la materia y ámbito específico sobre el que se medie. Luego regula los diferentes tipos de mediación diferenciados en materias (civil y comercial, familiar, penal, contravencional, educativa, comunitaria, etc.) y ámbito (privado; público, administrativo, judicial).

Se plantea un diseño multipuertas que ofrece diferentes “entradas” al proceso de mediación acorde a la naturaleza e historia del conflicto y a la relación de las partes. En particular, en materia de familia el conflicto puede ser gestionado por a) mediación privada, b) por mediación pública: 1) en el ámbito administrativo, a través de la mediación prejudicial obligatoria; o 2) en el ámbito judicial, a través de la mediación voluntaria, durante cualquier etapa del proceso judicial antes de la sentencia.

A efectos de este artículo, compartiremos sucintamente algunas de las innovaciones normativas que propone el Proyecto en materia de mediación familiar.

Objeto y alcance de la Mediación Familiar

El proyecto define legalmente a la mediación como “un proceso no adversarial y colaborativo, sobre materia transigible, asistido por un mediador, que, como tercero neutral con título habilitante, promueve la comunicación directa entre las partes para que estas procuren un acuerdo voluntario, buscando la solución del conflicto, en los términos y límites establecido en la presente ley”.

2. La elaboración del mismo fue validada participativamente en procesos de consulta realizados con mediadores, colegios profesionales y entidades formadoras de Santa Fe, Rosario y Rafaela, todas estas ciudades de la Provincia de Santa Fe.

Define que son objeto de mediación familiar “los conflictos emergentes de las relaciones familiares en las siguientes situaciones: a) alimentos definitivos; b) ejercicio de la responsabilidad parental, salvo cuando su modificación o privación se funde en motivos graves que sea evaluados por el juez; c) régimen de comunicación entre adultos y niños, niñas y adolescentes, incluyendo abuelos y miembros de las familias extensa o ensamblada, salvo motivos graves y urgentes que impongan la intervención judicial; d) cuidado personal de los hijos menores de edad; e) atribución de la vivienda familiar; f) compensación económica entre cónyuges o convivientes; g) conflictos derivados del régimen patrimonial matrimonial; h) liquidación del régimen de comunidad o cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad del matrimonio; i) atribución de bienes en uniones convivenciales y en general conflictos patrimoniales entre cónyuges o convivientes; j) daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia; k) rendición de cuentas de la tutela cuando la misma finalice por la mayoría de edad o emancipación del tutelado; l) conflictos que no afecten derechos indisponibles por sus miembros; m. diferencias de los adultos a cargo de la crianza en el ejercicio de la coparentalidad; toda situación no prohibida expresamente por la ley, incluida la restitución internacional de niños, salvo que involucre el orden público familiar.

Expresamente se establecen como no mediables conflictos familiares en el que: a) existan situaciones de violencia familiar; b) se tratare de medidas excepcionales adoptadas conforme a la ley 12.967³; c) se tratare de derechos de niños, niñas o adolescentes o de personas con restricciones a su capacidad o declaración de incapacidad y los

3. Ley provincial de Promoción y protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

mismos estén en conflicto directo con los derechos de sus representantes legales; d) se trataren de conflictos que afecten gravemente los derechos de niños, niñas y adolescentes o de personas con restricción a su capacidad o declaración de incapacidad y fuere necesaria su intervención como parte autónoma; e) cuando en la normativa de fondo y procesal se prevea la intervención originaria del juez.

Se prevé la homologación del acuerdo por los magistrados del fuero de familia previo control de legalidad de los mismos, evitando su rechazo *in limine* y arbitrando en su caso, sus facultades conciliatorias par replantear el acuerdo originario conseguido en mediación.

En cuanto al perfil exigido para realizar la tarea de mediador privado o público inscripto en registros de la Provincia en cualquier autoridad de aplicación se prevén los requisitos legales de: a) título universitario de abogado o procurador con tres (3) años de ejercicio profesional o en cualquier cargo público vinculado al quehacer jurídico para el cual el título sea presupuesto o implique su inhabilidad para el ejercicio profesional; b) acreditar haber realizado el curso de formación básica en mediación de al menos ciento cincuenta (150) horas en instituciones formadoras acreditadas o reconocidas por la Autoridad de Aplicación; c) matriculación vigente como abogado o procurador ante los respectivos colegios profesionales de la Provincia de Santa Fe y para el caso de los mediadores judiciales ser miembro del poder judicial; d) acreditar práctica profesional en su proceso de formación para ser certificado como mediador, por la cantidad de horas que establezca la reglamentación, bajo la supervisión de mediadores docentes; e) declaración jurada de no estar incurso en causal inhabilidad como abogado o procurador; f) constituir domicilio y correo electrónico; g) presentar certificado que acredite no encontrarse inscripto en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos; h) certificado de antecedentes penales; i) acreditar la disponibilidad de una oficina para las tareas de mediación.

En el caso de los comediantes de cualquier profesión de base, se les exigen los mismos requisitos con la salvedad del título que puede ser terciario o universitario según corresponda tres (3) años de ejercicio profesional.

Por el principio de especialidad, además los mediadores familiares deben acreditar capacitación en la materia de al menos sesenta (60) horas.

Si bien somos de la idea de la multidisciplina en mediación familiar, los escenarios institucionales y políticos actuales permiten legislar aún diferenciando al mediador abogado del mediador no abogado que puede intervenir en calidad de comediador. No obstante, el proyecto pretende corregir las inequidades que se dan en la práctica actual, reconociéndosele igualdad de trato, responsabilidad y honorarios en la actuación mediadora.

La permanencia del mediador en los registros de mediadores y comediantes se establece por tres años, al cabo de los cuales el profesional debe acreditar al menos 60 horas de capacitación continua para mantener su matrícula vigente.

Siendo el mediador, un elemento “crítico” del sistema, se ha querido asegurar un mínimo de “calidad” en la prestación del servicio profesional y apostar a largo plazo a la auto sustentabilidad del sistema en general en conjunto con otros elementos como: el financiamiento, la difusión, la regulación por el Estado, la prescripción de la mediación por los profesionales abogados, el apoyo de los colegios profesionales y sobre todo, la valoración social por los ciudadanos usuarios del proceso de mediación.

El mediador familiar

Como “operador de conflicto” el mediador desarrolla una tarea profesional que lo coloca frente a las partes que viven el conflicto como

un tercero que habilita el diálogo, promueve procesos de cambio y consenso y legitima acuerdos sostenibles.

En ese sentido, el proyecto, como dijimos, enfatiza en el perfil profesional del mediador, la formación y la especialización en la materia, la habilitación para intervenir en mediaciones privadas o públicas prejudiciales o judiciales en distintos registros públicos en los ámbitos del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, establece un Código de Ética para resguardar la práctica mediadora, reconoce el trabajo profesional a través de honorarios –salvaguardando el acceso gratuito a mediaciones a aquellos ciudadanos que así lo requieran a través de un Fondo de Financiamiento estatal– que asume los honorarios de los mediadores.

Compartimos la idea que “la valiosa experiencia de la mediación familiar sirve para mejorar la justicia y la abogacía en cuestiones de familia”⁴.

Sin duda, el enfoque sistémico aporta a la mediación familiar un contexto conversacional con un repertorio de herramientas comunicacionales que permiten promover contextos de cambios desde lo generativo, apreciativo y transformativo.

La experiencia muestra que las personas no sólo recuperan la capacidad de decir lo que sienten, piensan y necesitan sino que muchas veces logran acuerdos de mínima que les permite vivir los cambios familiares de una manera más saludable.

El cambio, proceso que se transita naturalmente, como personas y sistemas, nos trae la posibilidad de pensarnos en nuevas situaciones y escenarios no sólo cuando los vínculos se disuelven y necesitamos repartir bienes sino, y sobre todo, cuando los subsistemas familiares siguen vivos y toca que sus miembros decidan como continuar “con lo

4. Cárdenas, Eduardo. Mediar en conflictos familiares.

que tienen y pueden”. Entonces la “alquimia” del proceso de mediación resulta saludable. Algún autor reconocido habló de “la promesa de la Mediación”. En nuestra experiencia, para muchas personas la promesa de confidencialidad, diálogo respetuoso, escenarios creativos, generación de confianza y consensos, es una realidad auspiciada por el mediador, protagonizada por las partes y asistida por los abogados patrocinantes.

Aportes de la Tecnología en la Mediación Familiar a Distancia

La globalización de las comunicaciones ha generado una nueva era no sólo en los negocios sino también ha llegado a las relaciones más privadas, sobre todo con la irrupción de las redes sociales.

Recientemente en la ciudad de Rosario, República Argentina, un juez obligó a un padre que vive en España, a comprarle a su hijo de nueve años una computadora y contratar el servicio de Internet para chatear con él.

El gobierno electrónico y la masificación de las nuevas tecnologías han permitido su utilización en las diferentes etapas de los procesos de resolución de conflictos, incluso en la mediación, llegando algunos proyectos como el CREC (Centro de Resolución Electrónica de Conflictos) a prever la realización completa del proceso a distancia por medios digitales⁵.

5. Las implicancias del nuevo Código Civil y Comercial en la Resolución Electrónica de Conflictos del Proyecto CREC, Bibiana Luz Clara, Horacio R. Granero, Verónica Uriarte, María Fernanda Giaccaglia, Universidad FASTA, en Actas del VI Congreso Iberoamericano de Docentes e Investigadores en Derecho e Informática (CIDDI), Santa Fe, Argentina, ISBN 978-987-692-138-1 en <http://fich.unl.edu.ar/ciiddi2016/actas/>

En la provincia de Santa Fe, desde el inicio de la mediación pre-judicial el proceso se ha digitalizado, ya que el abogado requirente la solicita ingresando con su clave y contraseña al sistema de la Agencia de Gestión de Mediación (AGEM). El sorteo del mediador también se hace electrónicamente y la notificación.

El propio gobierno santafesino menciona que “la mediación en Santa Fe tiene dos características que la distinguen del resto de las legislaciones argentinas (nacional y provinciales): la organización del sistema en la órbita del Poder Ejecutivo, desde la Dirección Provincial de Desjudicialización de la Solución de Conflictos Interpersonales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y la incorporación de nuevas tecnologías de la información y la comunicación –TIC– a todo el procedimiento”.

El proyecto de ley presentado amplía la utilización de las tecnologías, mediante la autorización expresa del expediente electrónico, la notificación a los correos electrónicos, carnets profesionales que incluyan la firma digital y posibilidad de celebrar reuniones por videoconferencia.

Asistiendo el letrado del requerido a la reunión de mediación hemos previsto que se admita su presencia a distancia por sistemas electrónicos de videoconferencia o similares, siempre que la identidad quede demostrada fehacientemente a satisfacción del requirente. Si durante la reunión se interrumpiera la comunicación del asistente en forma virtual, esto no obstará a la continuación de la reunión con el letrado del requerido, salvo que se hubiere pactado lo contrario.

Esta actualización legislativa no podemos decir que sea innovadora, ya que el 9 de febrero de 2011, por videoconferencia, facilitada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, se plasmó un acuerdo escrito de la primer co-mediación familiar a distancia en un caso ingresado al Centro de Mediación de la Facultad de Derecho

de la Universidad Nacional de Buenos Aires⁶. Sin embargo, creemos que de esta manera vamos adecuando gradualmente nuestra legislación a las nuevas formas, ya que cada vez son más frecuentes los RDL (Resolución de Disputas en Línea) u ODR (*on line dispute resolution*).

Estos sistemas permiten a cualquier persona jurídica o humana participar de un proceso de mediación, independientemente del lugar donde se encuentre, abaratando costos de traslados. Constituyen a la vez, una evolución del marco jurídico internacional, que están siendo desarrollados intensamente en la Unión Europea y por las Naciones Unidas.

De esta manera, las TIC se ponen al servicio de las familias que viven en distintos lugares dentro o fuera de un territorio, promoviendo la comunicación segura y acortando la brecha geográfica. Los conflictos pueden ser resueltos eficazmente utilizando esta herramienta, con las previsiones que anteriormente mencionábamos.

Creemos que el marco legal en trámite legislativo, de convertirse en Ley coadyuvará a la transformación social de la Provincia y a la mejora de la convivencia interpersonal y social.

6. Co-mediación familiar a distancia. Una experiencia innovadora. Derecho al Día. Año X - Edición 173, 14 de abril de 2011. <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/co-mediacion-familiar-a-distancia-una-experiencia-innovadora/+3779>

**EL INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM)**

Santiago Adán Brizuela Servín*
Vivian Romero Hitchman**

CONCEPTO: El Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) es una asociación de carácter supranacional, no gubernamental, sin fines de lucro, fundado en Huelva, España, en 1987, a instancias de la Asociación Española de Derecho Marítimo. Sus miembros son autoridades gubernamentales y portuarias, empresarios, abogados y especialistas en temas náuticos de más de 20 países. Actúa como organismo asesor/consultor de la UNCTAD, UNCITRAL, OMI, etc.

-
- * **Prof. Dr. Santiago Adán Brizuela Servín:** Doctor en Ciencia Jurídicas (UNA). Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral – 1ª Sala – Circunscripción Judicial del Departamento Central, Sede San Lorenzo. Vicepresidente Titular de la Rama Paraguaya del IIDM. Profesor de las Cátedras: Derecho Marítimo. (FD - UNA); Historia Diplomática. (FD - UNA); Derecho del Transporte (FD - UNA). Maestría en Ingeniería Naval - Legislación Fluvio-Marítima (Facultad de Ingeniería - UNA). Maestría: Análisis Político (Facultad de Economía - UNA). Maestría: Derecho Administrativo (FCJC - UAA). Derecho Económico. (FCJC - UAA). Derecho Civil (Contratos). (FCJC - UAA). Análisis de Jurisprudencia. (FCJC - UAA). Técnica Jurídica I y II. (FCJC - UAA). Derecho de la Navegación. (FD - UNIBE). Logística y Transporte Internacional. (FD - UNIBE). Historia de la Diplomacia. (FD - UNIBE)
- ** **Msc. Viviana Romero Hitchman.** Ex Jueza Profesional Titular de la Sección Civil y Familia –Tribunal Supremo Popular– Rca. de Cuba. Profesora de Grado y Posgrado. Universidad de La Habana (Cuba). Autora de artículos y publicaciones varias.

OBJETIVOS: Impulsar el desarrollo y la uniformidad reguladora del derecho marítimo en el ámbito iberoamericano, coordinando su labor con otros organismos regionales e internacionales, sean privados, oficiales o dependientes de la ONU; fomentar el estudio, la investigación y la enseñanza del Derecho Marítimo y su historia, así como otros aspectos relacionados con el Derecho de la Navegación por Agua; promover el desarrollo y el uso del arbitraje comercial en los asuntos marítimos y fluviales, pudiendo actuar a través de sus órganos como institución administradora de arbitrajes, actuar como organismo consultor de organizaciones internacionales y de gobiernos de Estados en materia de derecho marítimo.

ESTATUTOS: Constan de 24 artículos, donde se establecen naturaleza y objetivos, condiciones para ser miembros, sede social, órganos, etc.

PAÍSES MIEMBROS: España, Portugal y países en los que el castellano o el portugués sea una lengua oficial, pero realmente sus miembros son las personas físicas o jurídicas de dichos países.

RAMA PARAGUAYA DEL IIDM: El Paraguay se incorporó como rama al IIDM a partir del 21 de agosto de 2002, tras un acto fundacional realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, con la presencia del entonces oresidente del IIDM, Dr. Arturo Octavio Ravina.

SU IMPORTANCIA PARA LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY: La participación activa de la Rama Paraguaya del IIDM se presenta como relevante para un conocimiento cada vez más actualizado y respetado del Derecho Marítimo en general y del Derecho Fluvial en particular, por lo que es dable instar a los profesionales del

derecho y al estudiantado a incursionar como miembros de esta rama interesante del Derecho Marítimo Iberoamericano.

En la actualidad (2017) la República del Paraguay se está postulando como sede de la Presidencia y el Prof. Dr. Santiago Adán Brizuela Servín como presidente del IIDM para el período 2018-2020.

HISTORIA DEL INSTITUTO. BREVE CRÓNICA DE LA PRIMERA DÉCADA DEL INSTITUTO.

Nuestra institución fue fundada con toda solemnidad en la localidad de Santa María de La Rábida, Huelva (España) un 21 de octubre de 1987 con la denominación de INSTITUTO HISPANO-LUSO-AMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO. Desde entonces es la primera y única organización de Derecho Marítimo existente en el ámbito geográfico y cultural de los países hispano y luso parlantes.

Concebido a través de contactos iniciales entre algunos de nuestros ilustres fundadores tenidos, entre 1981 y 1983, en la XXXII Conferencia del COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL (CMI) en Montreal y en un Seminario de Derecho Marítimo celebrado cerca de Lima (Perú), el ambicioso proyecto quedó plasmado en una voluntad colectiva que reunió a 27 miembros de Asociaciones de Derecho Marítimo, de nueve países, en torno a la llamada “Declaración de Lisboa”, suscrita el 24 de mayo de 1985 en los salones del Hotel Ritz, de Lisboa, durante la celebración de la XXXIII Conferencia del CMI.

La Declaración de Lisboa reza:

“Reafirmando sus inquebrantables vínculos históricos y su indeclinable vocación integracionista;

Conscientes del papel que le corresponde desempeñar en el proceso de unificación de la legislación marítima internacional; y conven-

cidos que el libre intercambio de opiniones dentro de un marco institucional, es el medio adecuado para alcanzar dichas metas;

Deciden recomendar a sus respectivas asociaciones nacionales la constitución de un organismo privado que agrupe a las asociaciones iberoamericanas principalmente con el señalado propósito de propender a la unificación de la legislación marítima internacional y de una activa colaboración entre todas ellas.

A tales efectos resuelven proponer a sus respectivas asociaciones que se designe a las Asociaciones de Derecho Marítimo de España y Portugal para que coordinen estas aspiraciones en miras a la creación de una Asociación Privada de Asociaciones Ibero-Americanas”.

Seguidamente, fue encargada la Asociación Española de Derecho Marítimo de dirigir y preparar, en coordinación con el Comité de Direito Marítimo de Portugal, el proceso constituyente de una “Asociación Privada de Asociaciones Iberoamericanas”.

LA FUNDACIÓN

El mandato así conferido fue cumplido durante los dos años que siguieron, culminándose esta labor preparatoria con la celebración de una Asamblea Constituyente, previamente convocada por el entonces presidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo, D. José Luis Goñi Etchevers, en la ciudad de Sevilla del 19 al 21 de octubre de 1987. Las sesiones de trabajo y las deliberaciones de los constituyentes en Sevilla, presididos por el Excmo. Sr. D. Manuel Olivencia Ruiz, concluyeron con la aprobación de los Estatutos del nuevo organismo, que nacía con la denominación de “Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Marítimo”.

En la mañana del 21 de octubre, los asambleístas reunidos en Sevilla se trasladaron a Santa María de La Rábida (Huelva), en donde con gran solemnidad fue suscrita el Acta de Constitución del IHLADM

por setenta y cuatro delegados representando a trece países, además de las autoridades y del enviado especial del CMI, D. Francesco Berlingieri. En la Asamblea de Sevilla fue acordada la concesión de un mandato especial a la Delegación Española a fin de elaborar un proyecto de institución de arbitraje marítimo.

Los fundadores del Instituto, en aquella su constituyente y primera Asamblea de Sevilla, determinaron como objetivos básicos y directrices de desarrollo para el futuro los siguientes:

- El estudio y divulgación del Derecho Marítimo en el ámbito de los países de habla hispana y portuguesa.
- La promoción de la unificación legislativa marítima en dicha área.
- El fomento del arbitraje en los asuntos marítimos.
- La cooperación en los esfuerzos de unificación y de armonización del Derecho Marítimo con otros organismos públicos y privados que persigan los mismos fines.
- El estudio y divulgación de la Historia del Derecho Marítimo.

Estatutariamente la Asamblea dispuso (artículo 22) que Portugal ostentase la Presidencia del primer mandato hasta el 31 de Diciembre de 1.990 y que España presidiera el Instituto durante el segundo mandato hasta el 31 de Diciembre de 1993.

- **La Primera Presidencia:** PORTUGAL (1987-1990).
- **La Segunda Presidencia:** ESPAÑA (1991- 1993).
- **La Tercera Presidencia:** CHILE (1994- 1996).
- **La Cuarta Presidencia:** COLOMBIA (1996- 1998).
- **La Quinta Presidencia:** MÉXICO (1998- 2000).
- **La Sexta Presidencia:** COSTA RICA (2000- 2002).
- **La Séptima Presidencia:** ARGENTINA (2002-2004).
- **La Octava Presidencia:** VENEZUELA (2004-2006).
- **La Novena Presidencia:** REPÚBLICA DOMINICANA (2006-2008).

- **La Décima Presidencia:** URUGUAY (2008-2010).
- **La Undécima Presidencia:** PANAMÁ (2010-2012).
- **La Duodécima Presidencia:** PUERTO RICO (2012-2014).
- **La Trigésima Presidencia:** BRASIL (2014 – 2016).
- **La Decimocuarta Presidencia:** ECUADOR (2016, en curso).

LA PRIMERA PRESIDENCIA: PORTUGAL (1987-1990). El primer presidente del Instituto, tras ser fundado en Santa María de La Rábida, fue el Excmo. Sr. D. Mario Raposo. Su oficina, así como la Secretaría General Ejecutiva, para cuyo desempeño fue designado el Dr. Guilherme Conceincao Silva, residieron en Lisboa.

LA SEGUNDA PRESIDENCIA: ESPAÑA (1991-1993). El mandato español fue conferido al Dr. José María Alcántara, actuando el Dr. Guillermo Jiménez de la Cuadra como secretario general ejecutivo. La oficina radicó en Madrid, y en Sevilla la Secretaría General.

LA TERCERA PRESIDENCIA: CHILE (1994-1996). Con un mandato estatutario de dos años, Chile recibió al Instituto en Valparaíso. Su presidente elegido fue el Prof. Eugenio Cornejo Fuller, resultando designado secretario general ejecutivo el Dr. Jack Howard. Las oficinas del IIDM pasaron de Madrid a Valparaíso, así como el tradicional Astrolabio.

LA CUARTA PRESIDENCIA: COLOMBIA (1996-1998). Ya en vigencia de los nuevos Estatutos, fue elegida Colombia para sede de la Presidencia en el bienio siguiente. La presidencia recayó en el Dr. Guillermo Sarmiento Rodríguez y el Dr. Rafael Mendieta Bermúdez fue nombrado secretario general ejecutivo, trasladándose las oficinas de la organización a la capital colombiana, Santa Fe de Bogotá.

LA QUINTA PRESIDENCIA: MEXICO (1998-2000). Como parte de los acuerdos tomados, producto de la celebración de la Asamblea General de miembros del IIDM, que tuvo lugar en Cartagena, Colombia, el día 24 de octubre de 1997 se designó a México sede del Instituto para el periodo comprendido entre los años 1998 y 1999. Recayendo su presidencia en la persona del Dr. Ignacio Luis Melo Ruiz y resultando electa para obrar como secretaria general ejecutiva la Lic. Agnes Celis Roca.

LA SEXTA PRESIDENCIA: COSTA RICA (2000-2002). Con un mandato estatutario de dos años, Costa Rica recibió al Instituto en San José de Costa Rica. Su presidente elegido fue el Lic. Tomás Federico Nassar, resultando designada secretaria general ejecutiva la Sra. Adriana Jiménez Beeche.

LA SÉPTIMA PRESIDENCIA: ARGENTINA (2002-2004). El séptimo período para dirigir los destinos del IIDM recayó en la rama argentina y conforme a los estatutos sociales del Instituto fueron electas como las máximas autoridades del organismo el Dr. Arturo O. Ravina en carácter de presidente, el Dr. Jorge M. Radovich en el de vicepresidente y el Pto. Naval Vicente S. Finale como secretario general ejecutivo. Se estableció como Sede del Instituto para el período 2002-2003 a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina.

LA OCTAVA PRESIDENCIA: VENEZUELA (2004-2006). El octavo mandato fue para la Rama Venezolana siendo electo como presidente el Dr. Freddy Belisario Capella y el Dr. Aurelio Fernández-Concheso como secretario general ejecutivo, radicando la presidencia en Caracas.

LA NOVENA PRESIDENCIA: REPÚBLICA DOMINICANA (2006-2008). Se designó a República Dominicana como sede del IIDM para el período comprendido entre los años 2006 y 2007, recayendo su presidencia en la persona del Dr. Ángel Ramos Brusiloff y su secretaria general ejecutiva en la persona de la Lic. Marta Cabrera, ambas con sede en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana.

LA DÉCIMA PRESIDENCIA: REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (2008-2010). El décimo período para dirigir el IIDM, comprendido entre los años 2008 y 2009, la obtuvo la rama uruguaya. La presidencia ha recaído en la persona del Dr. Julio Vidal Amodeo, la de secretaria general ejecutiva en la persona de la Dra. Ma. Victoria Zorrilla y la de contadora auditora en la persona de la Cra. Andrea Lanfranco, todos con sede en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay.

LA UNDÉCIMA PRESIDENCIA: REPÚBLICA DE PANAMA (2010-2012). El undécimo período para dirigir el IIDM, comprendido entre los años 2010 y 2012, la ha obtenido Panamá. La presidencia ha recaído en la persona del Lic. Nelson Carreyó y la Secretaría General Ejecutiva en el Lic. Eric González Gaitán, con sede en la ciudad de Panamá, República de Panamá.

LA DUODÉCIMA PRESIDENCIA: PUERTO RICO (2012-2014). El duodécimo período para dirigir el IIDM recayó en Puerto Rico. Durante este mandato ofició como presidente el Lic. William Graffam-Rodríguez y como secretario general ejecutivo el Lic. Manolo Rodríguez-Bird. Se destacaron sus dos congresos celebrándose el primer año de su gestión en Rio de Janeiro, Brasil; mientras que su segundo congreso se realizó conjuntamente con la Asociación de Derecho Marítimo de los Estados Unidos, en Fajardo, Puerto Rico.

LA TRIGÉCIMA PRESIDENCIA: REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL (2014-2016). El trigésimo período para dirigir el IIDM se inició en marzo de 2014. La presidencia ha recaído en la persona de Dr. Luiz Roberto Leven Siano y ofició como secretario general ejecutivo el Dr. Marcos Martins Filho, con sede en la ciudad de Rio de Janeiro. Se destaca el Congreso realizado en 2014, en Lisboa, Portugal. Este evento académico se distinguió por la importancia de los expositores y por el reingreso de la Rama Portugal al IIDM.

LA DÉCIMOCUARTA PRESIDENCIA: REPÚBLICA DEL ECUADOR (2016, en curso). El decimocuarto período para dirigir los destinos del IIDM se inició en febrero de 2016. Fue designado como presidente el Dr. José Modesto Apolo Terán y ofició como secretario general ejecutivo el Dr. Javier Cardoso, con sede en la ciudad de Guayaquil.

1. GENERALIDADES

Un amplio porcentaje de las importaciones y exportaciones de mercancías a nivel mundial, se realiza por vía marítima y por vía fluvial. De ahí que el surgimiento del Derecho Marítimo como una rama dentro de la ciencia del Derecho no sea un hecho casuístico. Ya desde la antigüedad la humanidad encontró en el transporte fluvial y marítimo una vía de comunicación y de comercio para desarrollarse. Y como consecuencia de ello, en aras de reglar y dotar de uniformidad el comercio se crearon normas y principios para regular la navegación por agua.

Quizás parezca nimio, pero la esencia del surgimiento del Derecho Marítimo encuentra su génesis en tales particularidades. A raíz de ello y teniendo en cuenta las diferentes áreas geográficas, las naciones se dieron cuenta de que no bastaba la existencia de normas indi-

viduales; a razón de cada nación, sino que cada región presentaba características individuales que la distinguían del resto, e incluso dentro de igual área geográfica el acceso acuático era diferente. Por ello se precisó de la promulgación de normas de carácter regional e incluso internacional que contaran con la aprobación y posterior ratificación de los países para uniformar el transporte fluvio-marítimo y contar con principios y reglas comunes para todos.

2. UN BREVE ACERCAMIENTO AL INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM).

Ahí pudiera estar el fundamento de la creación del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, integrado por autoridades gubernamentales y portuarias, empresarios, abogados y particulares especialistas en temas náuticos, de más de 20 países. En la actualidad, los países latinoamericanos y del Caribe, Estados Unidos, Canadá, España, Portugal, Reino Unido, Italia, Francia y Alemania son miembros de la entidad, algunos en carácter de Miembros Natos y otros como Miembros Adscriptos.

Su creación obedece a la Declaración de Lisboa suscrita el 24 de mayo de 1985, durante la celebración de la XXXIII Conferencia del CMI. Puesto que los signatarios conscientes de la necesidad de lograr unificar la práctica marítima en la región deciden recomendar a sus respectivas asociaciones nacionales, la constitución de un organismo privado que agrupe a las asociaciones iberoamericanas; principalmente con el señalado propósito de propender a la unificación de la legislación marítima internacional y de una activa colaboración entre todas ellas.

La fecha fundacional del Instituto data del 19 al 21 de octubre de 1987, en la ciudad de Sevilla, España. En sus inicios se denominó “Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Marítimo”; y sus fines coinciden con las actuales consignados en los estatutos.

El objetivo del Instituto es impulsar el desarrollo del Derecho Marítimo en la región, en aras de que exista un tratamiento uniforme de las reglas y principios que informan a esta rama durante el transporte marítimo que se desarrolla en el área. Particular que encuentra fundamento en que desde el año 1990 cuenta con un Centro de Arbitraje Marítimo cuya sede se encuentra en Montevideo, Uruguay.

Para legitimar su actuación a nivel internacional desde el año 1995, el Instituto fue admitido como organismo consultor no gubernamental de pleno derecho de la Organización Marítima Internacional (OMI). Y a partir de marzo de 1996 fue nombrado como ente observador del Comité Marítimo Internacional (CMI); así como se le invitó a formar parte del Acuerdo de Cartagena en materia de Transporte Marítimo, como un cuerpo asesor de la misma. De igual modo, adquirió el estatus de institución consultora no gubernamental de la Comisión Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial (UNCITRAL). También es miembro asociado, con carácter consultivo del Pacto Andino y la Comisión Centroamericana de Transporte Marítimo (COCATRAM).¹

Desde la concepción de sus estatutos; el I.I.D.M., en su artículo 1 señala su naturaleza y fines, tomando en consideración la función de uniformar y reglar la aplicación del Derecho Marítimo en el ámbito iberoamericano y de igual modo impulsar su desarrollo, sirviendo de base la cooperación con otros organismos regionales e internacionales. Asimismo, se centra en promover el fomento del estudio y la enseñanza del Derecho Marítimo, en amplia relación con el Derecho del Mar, y crear a partir de esta institución un órgano arbitral que permita aplicar las reglas del arbitraje comercial siendo un ente regulador del mismo. Sin perder la misión de que sirva como organismo consul-

1. Ver sitio web:<http://instituto iberoamericano de derecho marítimo.com>.

tor para gobiernos y otras organizaciones internacionales que precisen asesoría en materia de Derecho Marítimo².

3. EL I.I.D.M. Y EL ARBITRAJE COMO MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

Para el Derecho, el arbitraje es una forma de resolver un litigio sin acudir a la jurisdicción ordinaria; de ahí que reciba la denominación de método alternativo de resolución de conflictos.

Las partes, de mutuo acuerdo, concuerdan en nombrar a un tercero independiente, denominado árbitro, o a un tribunal arbitral, que será el encargado de resolver el conflicto.

En principio el arbitraje sustituye a la jurisdicción ordinaria, debido a que el litigio no será sometido a su conocimiento. Sin embargo, cuando se requiera ejecutar el laudo arbitral, la parte que inste la ejecución tendrá que acudir a ella; si se requiere de la intervención de las autoridades para hacer cumplir lo dispuesto o en caso de que se solicite la impugnación del mismo. Todos los conflictos que, por su naturaleza, puedan negociarse libremente o recaigan sobre derechos disponibles para las partes, pueden someterse a la vía arbitral, ya que permiten la mediación como una vía para solucionar el litigio que surja.

El empleo del arbitraje, en materia marítima, como un recurso para dirimir conflictos ha demostrado ser factible en tanto permite la continuidad del comercio marítimo. Ya que las resoluciones dictadas por los centros arbitrales comerciales y los especializados en el arbitraje de cuestiones marítimas; además de impartir justicia con sus decisiones reiteradas en procesos de similar naturaleza, van creando

2. Véase **Estatutos del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo – I.I.D.M.**

una tradición en la forma de solucionar litigios; que tal y como señala el I.I.D.M representa una verdadera jurisprudencia arbitral que configura una nueva *lex mercatoria internacional*³.

Si bien la práctica de acudir a la vía arbitral para la solución de conflictos representa una práctica común en foros de tradición comercial como Londres, New York, París, Rotterdam, Amberes, Hamburgo, Hong Kong, Singapore, ciertamente en el área de Iberoamérica no resulta igual. Aún los empresarios en el ámbito comercial marítimo, así como empresas u otros operadores del tráfico marítimo, son reticentes a acudir a este método alternativo de resolución de conflictos. La razón pudiera encontrarse en que aún son pocos los tribunales arbitrales permanentes, o incluso resulta escasa la cultura que se posee en el área sobre la flexibilidad, celeridad y garantía que brinda su utilización frente a los, en ocasiones, dilatados procesos de la jurisdicción ordinaria; donde se han de cumplir los plazos y términos establecidos en la ley y que en determinadas circunstancias resultan en extremo extensos.

Lo cierto es que la región no resulta ajena a la práctica arbitral; pero aún es insuficiente. De ahí que sirva de fundamento para fomentar su ejercicio, la existencia de diferentes instrumentos jurídicos que instan a su aplicación. Ya en 1958 se suscribió la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York, realizada gracias al esfuerzo de las Naciones Unidas, y que ha sido ratificada por un considerable número de Estados. Con respecto a nuestra región, es de resaltar las dos Convenciones Interamericanas sobre la materia: la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Primera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I),

3. Véase sitio oficial del I.I.D.M.

aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Montevideo, Uruguay, el día 8 de mayo de 1979. Estas dos Convenciones ratificadas en nuestro hemisferio son un aliciente para el establecimiento de un sistema arbitral propio, y el cual es necesario aprovechar.

También debe destacarse la labor de unificación que en la materia ha cumplido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL o CNUDMI) con la elaboración de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, cuyo texto ha sido incorporado por algunas legislaciones iberoamericanas⁴.

Como consecuencia de ello, el I.I.D.M. no puede enajenarse de tal realidad y ya desde su constitución se integró como una de sus comisiones, la de arbitraje. La primera actividad, que se propuso esta comisión, fue la de hacer un estudio comparado del arbitraje en la región, en el cual se concluyó para entonces, que solo en España se registraba un completo equipamiento legislativo y la existencia de instituciones tanto de arbitraje comercial como de arbitraje marítimo, por lo que resultaba difícil, en muchos de nuestros países, que se aminorara o sacara su dependencia total de los foros marítimos tradicionales (Londres y Nueva York)⁵.

Es así, que en junio de 1991, en Palma de Mallorca, se acordó la creación del Centro Permanente de Arbitraje Marítimo (CEAMAR), cuya sede actual es en Montevideo, República Oriental del Uruguay.

El CEAMAR tiene una misión definida que cumplir, y es la de promover, asesorar, organizar y celebrar arbitrajes marítimos en el mundo iberoamericano; sin que ello implique hacer competencia fren-

4. Véase sitio oficial del I.I.D.M.

5. Ídem.

te a centros arbitrales ya existentes en la región. Por el contrario lo que busca es cooperar, en aras de lograr una integración en el ámbito marítimo.

Las normas del CEAMAR resultan claras e incluso se determina que la constitución del Tribunal Arbitral y designación de los árbitros, es facultad del CEAMAR cuando así lo dispongan las partes o no se pongan de acuerdo en la designación del tercer o único árbitro.

4. ACTUACIÓN DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY EN EL IIDM

La Rama Paraguaya del I.I.D.M. surgió en el año 2002; y a pesar de que no resulta longeva en su creación, se ha abocado desde sus inicios al cumplimiento de los fines propuestos por la Institución. De tal modo, desde el ámbito local paraguayo se han realizado diferentes actividades encaminadas a incrementar el conocimiento sobre comercio fluvio - marítimo. Máxime cuando la gran mayoría de las importaciones y exportaciones nacionales se realizan por las vías fluviales dadas las características geográficas de la nación; que hace que la Hidrovía Paraguay-Paraná sea una vía preponderante de comunicación y comercio. Aspecto que evidencia la importancia del Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación por Agua como la disciplina encargada de definir el estudio de las normas y principios que han de regir durante la navegación, o el empleo de los recursos hídricos como un medio para el ejercicio del comercio.

Entonces, la vinculación del Paraguay; como estado que opera en el tráfico comercial fluvio-marítimo como otro operador o representado por las empresas que se dedican a tal actividad; y el I.I.D.M. encuentra fundamento en los fines que identificó la Institución desde su constitución. Es decir; fomentar el estudio del Derecho Marítimo e impulsar la uniformidad en la aplicación del mismo en el área ibero-

americana; así como crear centros arbitrales que permitan tener prácticas de resolución de conflictos comunes; que posibiliten el mantenimiento de prácticas comerciales que requieren estar en constante movimiento para no enlentecer el comercio.

Particularidades que guardan relación con los planes curriculares sobre el Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación por Agua existentes en las diferentes instituciones de la enseñanza superior; pues desde estos se promulga que su instrucción tiene como fines comprender la naturaleza jurídica del Derecho Marítimo mediante el estudio de las relaciones jurídicas que surgen de la navegación por vías acuáticas.

Relacionar el Derecho Marítimo con las otras ramas de las Ciencias Jurídicas. Analizar el Derecho Marítimo positivo mediante el estudio de la legislación nacional y convenciones internacionales, tanto dentro del ámbito del Derecho Internacional Público y Privado. Así como comprender la naturaleza jurídica de los Contratos Marítimos y la responsabilidad de las partes; relacionándolos con los Contratos del Derecho Civil y Comercial. Para finalmente incorporar referencias y análisis de nuevas figuras e instituciones del Derecho de la Navegación por Agua y su vínculo con otras ramas del Derecho.

De tal modo; la Rama Paraguaya del IIDM se ha centrado en la divulgación del Derecho Marítimo a través de congresos, seminarios y la publicación de artículos que propendan a la divulgación del conocimiento marítimo e insten a la sociedad no sólo académica sino también empresarial de la nación, a conocer las normas que rigen la actividad naviera y los principios que la informan; en pos de afianzar a la región como un centro seguro para el comercio marítimo.

5. COMPENDIO DEL TEMA PRESENTADO POR LA RAMA PARAGUAYA DEL IIDM EN EL II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO MARÍTIMO EN LA HABANA (CUBA) ABRIL/2017

Los días 26 y 28 de abril de 2017 se ha llevado a cabo el II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO MARÍTIMO, organizado por la novel Rama Cubana del IIDM, en la sede del Colegio de Abogados de La Habana; en dicha ocasión; el Prof. Dr. Santiago Adán Brizuela Servín ha representado a la Rama Paraguaya del IIDM exponiendo sobre el Tema: “PARAGUAY - LA TERCERA FLOTA MERCANTE FLUVIAL MAS GRANDE DEL MUNDO” del que se presenta un breve resumen:

Aunque parezca paradójico, la República del Paraguay posee registrado con su pabellón a más de 3.445 embarcaciones de diverso porte: buques solos, remolcadores y barcazas, con los cuales ha venido a constituirse, según fuentes estadísticas de la Organización Marítima Internacional (OMI) en la “Tercera Flota Mercante Fluvial más grande del Mundo”; inmediatamente después de los EE.UU de América (1ª Flota) y la República Popular de China (2ª Flota).

El hecho de que Paraguay en los últimos tiempos constituya un atractivo para las inversiones del Capital Internacional; debido a su estabilidad económica, el bajo impacto impositivo, y la idoneidad de su personal nevegante, sumado a una industria naval en auge; hacen posible que operen bajo bandera paraguaya un gran número de embarcaciones de todo tipo, que en promedio supera el 85% de las embarcaciones con pabellón de otros países de la región que operan en el transporte de mercancías en la Hidrovía Paraguay-Paraná. El propio Centro de Armadores Fluviales y Marítimos (CAFYM) cuenta en la actualidad con 46 empresas navieras asociadas, lo que, a las claras demuestran el ímpetu de la navegación fluvial con barcos, remolcado-

res, barcasas de bandera paraguaya y del comercio por este modo y con estos medios de transporte.

Asimismo, se cuenta con 13 astilleros para la construcción y reparación naval; máxime considerando que la República del Paraguay se constituye prácticamente en el punto central de la Hidrovía Paraguay – Paraná; irradiando desde este lugar geopolítico estratégico las líneas de la integración y el desarrollo, con embarcaciones e instalaciones modernas y eficientes.

La responsabilidad del Paraguay de instalarse como la Tercera Flota Mercante Fluvial más grande del mundo, se viene a constituir en todo un desafío para la constante capacitación de profesionales afines al ámbito náutico, personal navegante, de astilleros, diques y talleres de reparaciones náuticas, de comunicaciones, de estiba, de trinca, despachantes, entre ellos debemos enfatizar la imperiosa necesidad de capacitar al máximo a los profesionales Abogados para su especialización en el ámbito “iusmaritimista” en general y en el fluvio-marítimo en especial.

Al finalizar este artículo, hacemos votos por el constante avance de la navegación fluvio-marítima en nuestro medio, por la constante capacitación del personal afin al ámbito y porque el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) destine un estudio especial y asigne un lugar relevante al Derecho Fluvio-Marítimo, por ser de superlativa importancia para la navegación acuática en general y en especial para la República del Paraguay, país mediterráneo, pero unido cual cordón umbilical con el Río de la Plata y el océano Atlántico, a través de la Hidrovía Paraguay-Paraná.

BIBLIOGRAFÍA

- **DERECHO MARÍTIMO.** PROF. DR. SANTIAGO ADÁN BRIZUELA SERVÍN. Ediciones Librería El Foro S.A.

EL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM)

- **Sitio web:**[http://instituto-iberoamericano-de-derecho-marítimo.com](http://instituto-iberoamericano-de-derecho-maritimo.com).
- **Estatutos del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo – I.I.D.M.**



EL DERECHO FAMILIAR CUBANO Y LOS NUEVOS TIEMPOS: EL BRÍO JURISPRUDENCIAL

Leonardo B. Pérez Gallardo*

*“La familia es base de la sociedad
y el lugar donde las personas aprenden por vez primera
los valores que les guían durante toda su vida”.*

Juan Pablo II

Sumario: 1. EL VÍA CRUCIS DE LA PRETENDIDA RECODIFICACIÓN DEL DERECHO FAMILIAR CUBANO. 2. LAS DINÁMICAS SOCIO-FAMILIARES EN LA CUBA DE HOY Y SU NECESARIA RECEPCIÓN JURÍDICA. 3. LA FAMILIA CUBANA EN BUSCA DE UN DERECHO. EL IMPULSO QUE DA LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3.1. LOS AFECTOS Y LOS VALORES EN EL DERECHO FAMILIAR COMO SUSTENTO DE LOS FALLOS JUDICIALES. 3.2. LA “OXIGENACIÓN” QUE OFRECE EL DERECHO CONVENCIONAL. ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 3.2.1. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. LA DEFENSA DEL DERECHO A LA BIPARENTALIDAD. 3.2.2. IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD A LA MADRE DE UN MENOR, DECLARADA JUDICIALMENTE INCAPACITADA. 3.2.3. EL PROTAGONISMO QUE VAN TOMANDO LOS ABUELOS EN LAS RELACIONES JURÍDICO-FAMILIARES. 3.3. LA LEGITIMACIÓN DEL TUTOR, DE UNA PERSONA DECLARADA JUDICIALMENTE INCAPACITADA, DE EJERCITAR LA ACCIÓN DE DIVORCIO. LA INDEBIDA INAPLICACIÓN

* Notario. Profesor Titular de Derecho Civil y Notarial. Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 3.4. LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER COMO SOPORTE DEL NO RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE UNA UNIÓN MATRIMONIAL NO FORMALIZADA. 4. A MANERA DE CIERRE.

1. El vía crucis de la pretendida recodificación del Derecho familiar cubano

Pocas normas jurídicas desde la segunda mitad del siglo XX hasta la Cuba de hoy han tenido un íter tan largo como el tan reclamado y nunca aprobado Código de Familia que debía reemplazar al vigente en el país desde 1975. Desde las distintas ciencias sociales se ha vindicado la necesidad del reemplazo normativo en materia de Derecho familiar. De ello también se ha hecho eco la prensa. El Código de Familia de 1975 desde hace ya tiempo no está a tono con los dictados sociales, con los cambios en la estructura demográfica familiar cubana, con los mandatos de las ciencias biológicas, médicas y mucho menos con las exigencias que la sociedad de la información impone. El vetusto Código sigue anclado en modelos estereotipados, en una familiar nuclear, prácticamente como único modelo de familia, sin dar cabida a las nuevas construcciones familiares.

El Código de Familia, vigente aún hoy día en el país, a pesar de los pesares, en sentido general es una norma desfasada, que responde a otros esquemas y moldes, hoy superados en el Derecho comparado, y que en nada se adecua a la dinámica social de estos tiempos.

Se trata de un cuerpo normativo, que no recepciona los principios informantes de la Convención de los derechos del niño, con la dimensión con la que hoy se receptan tales principios. Un Código que sigue imponiendo el matrimonio, ya sea formalizado o reconocido judicialmente, a través del proceso correspondiente, se ejercite la acción en vida de ambos cónyuges o tras el fallecimiento de uno, o incluso de

ambos, pero para el cual la noción de matrimonio se hace imprescindible para reconocer efectos patrimoniales y sucesorios a la vida en común de la pareja, aunque esta haya apostado por la unión de hecho (*vid.* artículos 2, 18 y 19). A fin de cuentas al legislador del Código de Familia poco le importó la autonomía privada de los miembros de la pareja o su proyecto de vida, pasando de largo con las voluntades y los proyectos, imponiendo un modelo en el que el Estado rige, como la sombra al cuerpo, los actos de los particulares, hasta los que tienen que ver con su vida de pareja. De ahí además que no permita tampoco pactar sobre el régimen económico matrimonial. A la luz de dicho Código los cónyuges se ven compelidos a admitir como régimen económico matrimonial el de la comunidad germánica (concretamente el de la comunidad parcial de bienes, *rectius* aquellos adquiridos a título oneroso, constante matrimonio), simplificándose a la mínima expresión el Derecho patrimonial del matrimonio, sobre la base de variables predeterminadas que el legislador no le permite despejar a los cónyuges (*vid.* la fuerza imperativa impregnada en la redacción del artículo 29). Se trata de un Código que no supera hoy día un test de género, y no solo por el lenguaje, sino por su marcada visión patriarcal y androcéntrica de la familia, de ahí el distingo, en la ya de por sí, más que polémica, autorización para formalizar matrimonio de los menores de edad prevista en su artículo 3, en la que se diferencian edades a partir del género, de manera que la mujer (más que la hembra como se expresa en el Código, expresión hoy superada en el lenguaje jurídico) se considera más madura para el matrimonio, por lo cual se habilita la edad de 14 años, para que, con carácter excepcional sea autorizada por sus progenitores o por el tutor, según corresponda, mientras el hombre, más infantil o inmaduro, más irresponsable y, a fin de cuentas, siempre más justificado, tendría habilitada la edad nupcial, si bien también como excepción, solo a partir de los 16 años de edad. También en la regla del artículo 89 en la que se fija que al momento de

determinar el tribunal quién de los progenitores quede bajo la guarda y cuidado de los menores de edad, de haber estado en compañía de ambos, se prefiera a la madre, sin valorarse el interés superior del menor, entendiéndose en principio que la madre, en razón de su género tiene preferencia, no para favorecerla, sino porque los hijos, en la filosofía del Código de Familia, por mucho que se avanzó en ello, siguen siendo de la madre. Un Código que no conoce otra institución de guarda y protección que la tutela, tanto para mayores de edad, judicialmente incapacitados, como para menores no provistos de padres con titularidad y ejercicio de la patria potestad, que no abre la más mínima brecha para que la persona en previsión de la propia incapacidad pueda expresar su voluntad respecto de los apoyos que desea tener, a tono con la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York, en el seno de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, y respecto de la cual, por el tiempo de su promulgación, el Código de Familia cubano, también es absolutamente ajeno. Un Código demasiado rígido en sede de patria potestad, con un ejercicio dual de ella en todo caso, sin tener en cuenta aquellas circunstancias excepcionales, que precisamente, en atención al interés superior del menor, hacen aconsejable que tal ejercicio se ejercite por uno solo de los progenitores, a saber: el que tiene a su cargo la guarda y cuidado del menor. Un Código que establece a modo de fórmulas predeterminadas los supuestos de suspensión del ejercicio de la patria potestad, entre ellas la declaración judicial de incapacitación del progenitor o progenitora, sin tomar en consideración la necesidad de inclusión de la personas con discapacidad, entre ellas las que tienen discapacidades psíquicas o intelectuales, entendida tal inclusión en el plano del desempeño doméstico o familiar. Un Código que llega a confundir política, patria y paternidad, al incluir entre las causas de privación de la patria potestad la emigración, bajo la definición –no ajena de contenido marcadamente ideológico– de abandono del terri-

torio nacional, y por tanto de sus hijos (*vid.* artículo 95.3), como si lo segundo fuera una inevitable consecuencia de lo primero, como con los años lo demostró la vida, y fue confirmado por sentencias del propio Tribunal Supremo¹.

No por gusto, quien fuera presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, el Dr. Raúl GÓMEZ TRETO, en fecha, ahora ya lejana en el tiempo, como el año 1988, fundamentaba la necesidad de ir hacia un nuevo Código de Familia, entre otros temas:

- a) en lo concerniente a la necesidad de analizar si resultaba conveniente o no, permitir la autorización del matrimonio de los menores de edad;

1. A modo de ejemplo paradigmático, la Sentencia N° 502, de 19 de agosto de 2015, que ratifica las sentencias de instancia que resuelven un conflicto derivado del ejercicio de la patria potestad por el padre y la madre de un adolescente de 15 años, cuya madre, reside en los Estados Unidos, pero mantiene continua comunicación con su hijo, residente en Cuba con su padre, a quien visita con sistematicidad, pero pretende que el hijo pueda visitarla temporalmente a Estados Unidos, a lo que el padre se niega. El Alto Foro declara SIN LUGAR el recurso interpuesto por el padre, quien insiste en el apoyo judicial a su negativa. En su fundamentación se hace alusión al derecho del hijo a relacionarse y comunicarse con su madre, “*a visitar al progenitor que radique en país distinto al de su residencia habitual, en tanto es premisa internacional garantizar que mantenga relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, con la excepción de que ello vulnere el interés superior del niño; y el hecho de que así se cumpla respecto a la madre, no cercena en ningún sentido la preeminente tutela que refrendan tanto la norma patria como el apartado segundo de los artículos nueve y diez de la Convención internacional de los derechos del niño (...); sino que salvaguarda el supremo beneficio que para el hijo de las partes representa disfrutar física y directamente el cariño que le profesa su madre, válidamente demostrado en autos, a través de las sistemáticas visitas que desde dos mil once realiza para estar junto a su menor hijo, el que no se encuentra bajo su abrigo por la expresa oposición del impugnante para que lo trasladara consigo, y no porque haya sido el propósito de aquella (...) luego entonces, dada la función tuitiva que de sus intereses al tribunal corresponde, se impone garantizar la proximidad requerida del menor (...) a su progenitora mediante legal autorización para viajar a su país de residencia*”.

- b) en lo relativo a la innecesaria de la autorización por los funcionarios correspondientes para formalizar matrimonio con ciudadano extranjero, lo que hoy no se aviene con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Cuba, en tanto –como apuntaba el autor–, “implica un obstáculo a la libertad conyugal, y entraña una discriminación para con los que no se casen con cubanos”;
- c) en lo que atañe a considerar el modo viable de reformular los preceptos reguladores de los requisitos sustantivos de la formalización del matrimonio con vista a los requisitos que la ley debiera exigir para su perfeccionamiento;
- d) en lo relativo a si debía mantenerse el ejercicio de la acción de divorcio vinculada a las de determinación de la patria potestad, guarda y cuidado, pensiones y comunicación y pensiones para los hijos y la del cónyuge o si éstas deberían sustanciarse independientemente, como ocurre hoy con la de división de la comunidad matrimonial de bienes disuelta por el divorcio; así como si procedería mantener independizada en todo caso, como hasta ahora, la acción de división de bienes matrimoniales comunes o si se podría acumular a la de divorcio y en qué casos;
- e) en lo que atañe al régimen económico del matrimonio, que en la legislación anterior admitía el “contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio” a fin de que como las comúnmente denominadas «capitulaciones matrimoniales» se pudiera decidir previamente a la formalización del mismo el régimen particular que se le quisiera imponer, y que el Derecho vigente a virtud del Código de Familia suprimió esta institución de nuestro sistema jurídico-normativo nacional, de modo que debía reflexionarse sobre mantener o no el régimen legal y único de la comunidad matrimonial de bienes;

- f) en la que toca a la patria potestad “habría que plantearse si a esta función paterno-materna no habría que denominarla de forma más expresiva de su real contenido y desarrollar más explícita y claramente sus rasgos característicos”;
- g) en lo que corresponde a la adopción, la necesidad de elevar “la edad del adoptable, de 16 a 18 años para que coincida con la de la mayor edad y no quede un menor de 16 a 18 años de edad sometido a tutela por carecer de patria potestad (natural o adoptiva)”;
- h) en lo relativo a la obligación alimentaria, de suprimir la prelación legal establecida a tal fin, respecto de los deudores, y en consecuencia incluir “la posibilidad legal de que el interesado en recibir tales pensiones pueda dirigirse a cualquiera de los parientes obligados, indistintamente, a fin de facilitar la posibilidad de cobrarlos a quien realmente sea ejecutable. Obviamente, se podría abrir también la posibilidad legal de que el condenado a pagarles pudiera repetir contra otro pariente más cercano, de serle posible la ejecución contra su patrimonio o ingresos o, en otro caso, que fuera factible trasladar la deuda siempre que la dejara garantizada como fiador o garante”;
- i) en lo que concierne a la tutela, al comportarse “como institución de complementación de la capacidad o de representación legal sin base familiar”, su regulación debería insertarse en el Código Civil. De modo que –según sostenía el autor–, “no haberse trasladado la regulación de esta institución al Derecho propiamente civil, como procede, habría que considerar la posibilidad de denominar el Código de Familia: ‘Código de Familia y Tutela’ en lo adelante”².

2. Es recomendable el estudio de su artículo titulado: “¿Hacia un nuevo Código de Familia?”, en *Revista Cubana de Derecho*, N° 34, año XVII, julio-septiembre 1988,



En otro interesante artículo, publicado en la misma Revista, un año después, o sea, en 1989, el entonces abogado en ejercicio y profesor universitario Jorge DE LA FUENTE LÓPEZ, intentaba fundamentar las razones que justificaban la necesidad y la posibilidad de un nuevo Código de Familia en Cuba, basándose en algunos de los argumentos defendidos por GÓMEZ TRETO. Si bien no comparto, en su totalidad, el pliego de requerimientos para un nuevo Código de Familia apuntado por el autor, no niego que le asistía razón en sentido general sobre la necesidad de reordenar el Derecho familiar, y en tal sentido suscribo sus agudas aseveraciones respecto de:

- a) la necesidad de condicionar los efectos del matrimonio cuando se extingue el vínculo, a la extensión en el tiempo que ha tenido éste, de modo que “Cuando se piense y decida definitivamente sobre un nuevo Código de Familia, resultará imprescindible tener esto presente y deba condicionarse la validez del matrimonio a un período de su vigencia que bien pudiera ser un año, con lo cual, además se salvarían aquellos estados de viudez de un día para otro, tras los cuales se esconden generalmente una intención distinta a la que verdaderamente debe motivar la unión de una pareja para hacer vida en común. Aquí también habría que valorar si se admite o no el darle carácter retroactivo a la formalización del matrimonio pues sería entonces absurdo condicionar su validez a la vigencia en el tiempo, o exigir determinados requisitos para tal efecto retroactivo”; y
- b) La necesidad de que un nuevo Código de Familia extienda la determinación de las medidas sobre guarda y cuidado y régi-

→ pp. 31-74. Las recomendaciones formuladas por él para una eventual reforma del Derecho familiar y alguna de las cuales he sintetizado en el texto, pueden consultarse en las pp. 59-70.

men de comunicación, más allá de los progenitores, de modo que en una “proyección futura sobre esta materia deberá estudiarse la posibilidad de ampliarlo a otros miembros del contorno familiar en el que se ha desenvuelto el menor hasta el momento de la ruptura del vínculo matrimonial entre sus padres, distinguiendo por supuesto entre la ruptura de hecho y de derecho y considerando para la determinación final entre este aspecto con quién vivía el menor al momento de la ruptura de hecho, pues en muchos casos no son precisamente los padres quienes se han ocupado del mantenimiento y educación de sus hijos durante largos años y puede resultar que al momento de la ruptura la madre (o a la inversa el padre) que prácticamente tenía a su hijo abandonado al cuidado de la abuela paterna durante varios años (con la consiguiente identificación del menor a ese contorno familiar) arranque a su hijo menor de ese otro hogar para que le sea conferida la guarda y cuidado, acción que muchas veces se efectúa sin tener condiciones mínimas materiales ni espirituales para el sostenimiento y educación del menor y se hace responsable de su hijo no porque haya surgido el cariño con la ruptura del vínculo matrimonial sino para causar el lógico malestar en la familia del otro miembro de la pareja que nada puede hacer ante esta acción”³.

En el año 2005, en ocasión del XXX aniversario de la puesta en vigor del Código de Familia de 1975, la sucesora del Dr. GÓMEZ TRETO en la presidencia de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia, la Dra. Olga MESA CASTILLO, escribía un epitafio del Código de

3. *Vid.* DE LA FUENTE LÓPEZ, Jorge, “Necesidad y posibilidad de un nuevo Código de Familia. Ideas en torno a esta polémica”, en *Revista Cubana de Derecho*, N° 38, año XVIII, julio-septiembre, 1989, pp. 71-106, *passím*.

Familia, al expresar que: “El Código de Familia de Cuba, para su época, en la década de los años setenta (...) tuvo el privilegio de ser el primer Código de Familia que respondía a una sociedad socialista y a una verdadera revolución social. Sus instituciones, las universales instituciones del Derecho de Familia, fueron reguladas con una concepción verdaderamente progresista y fueron punto de referencia de un tratamiento jurídico de avanzada para el contexto iberoamericano. (...)

“Pero bien, ha pasado demasiado tiempo desde su puesta en vigor; en treinta años la humanidad ha tenido avances tecnológicos, como la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida, que influye en la filiación, se ha aprobado una Convención Internacional de los Derechos del Niño, con una nueva doctrina de la protección integral del niño y de la niña, a los que ahora se valoran como sujetos de Derecho, se han introducido nuevas figuras jurídicas para la institución de la patria potestad, como la patria potestad prorrogada (...) y nuevas o renovadas instituciones de guarda y protección para menores, personas de la tercera edad, incapacitados y discapacitados, entre otras novedades.

“A todo este avance que ha acontecido en tres décadas en el Derecho de Familia a nivel internacional, está ahora ajena Cuba, por no haberse actualizado su Código de Familia”⁴

El Código de Familia de Cuba de 1975, aún vigente, es ya historia pasada. Ciertamente podrá ser calificado de progresista, vanguardista, de primera línea, pero en todo caso, tales atributos hoy día no

4. MESA CASTILLO, Olga, “Palabras pronunciadas al terminar la sesión abierta dedicada a conmemorar el XXX Aniversario de la promulgación y puesta en vigor del Código de Familia de Cuba (14 de febrero - 8 de marzo de 1975), acto convocado por la Sociedad Cubana de Derecho Civil y Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba y la Federación de Mujeres Cubanas el 7 de marzo de 2005”, en Revista Cubana de Derecho, pp. 119-121.

representan lo que fue. El Código no responde a las necesidades de las familias cubanas de hoy, una parte de las cuales no tienen cobertura en sus normas. No podemos seguir asidos de los valores ideológicos de un Código de los años 70. La vida siguió, la sociedad se ha ido informatizando, las tecnologías, quizás en menos proporción y menor intensidad, también llegaron al país. Estamos ante nuevas generaciones, con nuevos proyectos de vida sustentados en derechos que no tienen un justo reconocimiento legal. El Derecho de familia de esta década poco tiene que ver con la ya lejana en el tiempo, década de los años 70 del pasado siglo. Las nuevas dinámicas socio-familiares no encuentran un reflejo en los rígidos moldes del Código Familiar cubano. Las instrucciones del Tribunal Supremo de los últimos años, han sido, sin dudas un oxígeno importante, pero lamentablemente los pulmones a los que llegaron tienen ya serias lesiones que comprometen su propia existencia. En una entrevista dada para el periódico *Granma* hace dos años, justo un día antes de cumplirse los 40 años de la aprobación del Código de Familia, la profesora MESA CASTILLO, quizás demasiado imbuida en el trayecto histórico del proceso de codificación, con una mirada, en ocasiones, más de nostalgia que de porvenir, llega a afirmar “El código nació para un país que ya no es”⁵. Y, en efecto, el vigente Código de Familia está urgido de una reforma cabal, que vaya desde sus cimientos, y que responda a los reclamos que la familia cubana, más pragmática, menos idealista, más plural e inclusiva, menos formalista y excluyente, más liberal, menos conservadora, más realista, menos utópica, pero en todo caso la familia cubana, o mejor dicho, las familias cubanas, requieren de un Código que de cobertura legal a sus derechos y deberes con el sello o la impronta que el Derecho de las

5. “Un Código de amor para la familia”, de la periodista Lisandra Fariñas Acosta, *Granma*, de 13 de febrero de 2015, en <http://www.granma.cu/cuba/2015-02-13/un-codigo-de-amor-para-la-familia?page=2>, consultada el 17 de marzo de 2017.

familias exige en Cuba. Un Código más reflexivo, más inclusivo, más práctico, más resuelto, más abarcador, más tuitivo, que potencie no solo la intervención del Estado en la protección de los más vulnerables, más débiles, más socorridos, sino también que permita a la pareja establecer su propio destino, labrar el futuro, determinar los componentes éticos, morales y patrimoniales de la vida en familia, que potencie, por qué no, la autonomía privada, sin sesgar los intereses superiores de esos sectores vulnerables de la familia. Un Código que refleje en su sistemática los postulados de las Convenciones internacionales suscritas por Cuba, a tono con los principios que informan hoy el nuevo Derecho de las familias⁶.

2. Las dinámicas socio-familiares en la Cuba de hoy y su necesaria recepción jurídica

Para fundamentar la necesidad de la recodificación familiar en Cuba, se hace imprescindible ofrecer una lectura de las dinámicas socio-familiares, a partir de las investigaciones realizadas a tal fin desde diversos contornos no jurídicos. A fin de cuentas, la familia es una institución que no solo trasciende para el Derecho. Al Derecho llegan los perfiles de la familia que brindan otras ciencias.

En un trabajo bien documentado las profesoras María Elena BENÍTEZ PÉREZ, del Centro de Estudios Demográficos, y Patricia ARÉS MUZIO de la Facultad de Psicología de la Universidad de La Habana, ofrecen una disección de tales dinámicas, a tenerse muy en cuenta si queremos dibujar el boceto de lo que pudiera ser el nuevo Derecho

6. Sobre el tema de los principios del Derecho de Familia desde la óptica que ofrece el Código Civil y Comercial de Argentina, *vid.* MEDINA, Graciela, “Principios del Derecho de familia”, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, Buenos Aires, año VIII, N° 4, marzo 2016, pp. 3-15.

familiar cubano. Es característica de la familia cubana actual, “la reducción del tamaño medio y la amplitud de su longitud generacional, un cambio en la condición de la mujer y una mayor equidad con el hombre, el aumento de la tasa de divorcios y de matrimonios sucesivos, el aumento del número de hogares donde viven personas solas, el incremento de aquellos que reconocen como jefe a una mujer, la ampliación de otros donde solo está presente uno de los padres, generalmente la madre, hasta el alza registrada en la proporción de parejas, sobre todo jóvenes, que cohabitan sin casarse y tampoco formalizan su unión cuando llegan los hijos, por solo citar algunos”⁷.

Se apunta además que “el cambio demográfico más trascendente, está marcado hoy por el acelerado proceso de envejecimiento de la población cubana”⁸. Se estima que hacia el año 2025, 1 de cada 4 cubanos tendrá más de 60 años, lo cual según las investigadoras mencionadas “es el resultado de dos tendencias demográficas convergentes: se nace menos y también se muere menos, fenómenos que aportan otras dimensiones y retos a la evolución social, pues, a diferencia de lo ocurrido en la mayoría de los países europeos, donde la transición demográfica que culminó con el envejecimiento de la población se logró en el curso de varias generaciones, en Cuba este proceso ha sido muy acelerado y homogéneo”⁹. El vínculo entre la dinámica demográfica de un país y la familia es muy estrecho, y de ello el fenómeno más visible es el de la fecundidad. Esta es, junto a la nupcialidad el problema más determinante. Según BENÍTEZ y ARÉS, “Desde 1978, las parejas cubanas están teniendo una cantidad de hijos menor que los 2,1 alum-

7. ARÉS MUZIO, Patria y María Elena BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar para el diseño de una política familiar en Cuba” (en PDF), en http://www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/cub_aresmuziopatria.pdf, consultado el 17 de marzo de 2017, p. 30.

8. *Ídem*, p. 3.

9. *Ibidem*, p. 4.

bramientos promedio por mujer, necesarios para garantizar que haya un reemplazo generacional. Ello, ha incidido directamente en el tamaño y la composición de la familia”¹⁰.

A este dato hay que adicionar “el aumento registrado en las cifras de divorcio, cuya tasa bruta ha pasado desde 0,41 divorcios por mil habitantes en 1955, hasta 3,2 en el año 2008”¹¹, lo cual conduce a constituir familias más pequeñas donde solo está presente uno de los padres, generalmente la madre, con sus hijos a cargo, o sea, se hace palpable en la realidad cubana el significativo aumento de las familias monoparentales, “con jefatura de hogar femenina, presentándose lo que pudiera derivar en un matriarcado práctico debido al elevado número de divorcios (y muchos cubanos con varios matrimonios o uniones con divorcios y separaciones sucesivos) y la coexistencia de hijos de distintos padres, así como separaciones prolongadas por trabajo, emigración o estudios”¹².

Otro dato de interés lo constituye el aumento de la esperanza de vida, lo que se refleja en un número cada vez mayor de parejas ancianas que viven sin sus hijos “por encontrarse en la etapa del ciclo vital que suele identificarse como de nido vacío. Otro de los efectos del envejecimiento poblacional, es el referido al progresivo crecimiento que se registra en las tasas de viudez, lo cual conduce al aumento de hogares unipersonales, tendencias estas que marcan cambios de interés en la composición de la familia cubana actual”¹³.

El aumento de la tasa de divorcio sigue siendo significativo en el país, lo que constituye también “otro desafío para la familia y para la

10. *Ibidem*, p. 4.

11. *Ibidem*, p. 5.

12. AMADOR RODRÍGUEZ, Carlos Antonio, “Una mirada al cumplimiento de las funciones sociales de la familia en Cuba de hoy”, en *Bioética*, enero-abril, 2009, versión digital, en <http://www.cbioetica.org/revista/91/910411.pdf>, consultada el 18 de marzo de 2017, p. 9.

13. ARÉS MURZIO, P. y M. E. BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar...”, *cit.*, p. 5.

sociedad cubana, donde habrá que aprender a encontrar un equilibrio entre la justa autonomía de la pareja, que puede modificar, por divorcio, separación, viudez o soltería, las estructuras familiares, y las responsabilidades y obligaciones que estos contraen tras la llegada de sus hijos, en especial, la desprotección afectiva y económica en la que suelen verse, con bastante frecuencia, los hijos menores respecto al padre¹⁴. Reflejo ineludible en la manera en que han de ser reguladas las relaciones paterno-filiales en función del principio del interés superior del menor. Por otra parte—según refiere Mayda ÁLVAREZ SUÁREZ, directora del Centro de Estudios de la Mujer—, “el aumento de la tasa de divorcios (Cuba tiene una de las más altas de América Latina) casi siempre deriva en nuevas uniones consensuales, en las que se reconstituyen las familias con nuevos miembros que deben enfrentarse a los límites de sus roles de poder¹⁵, lo cual constituye otro reto para las familias. “Es significativo también —admite, Lourdes IBARRA MUSTELIER, integrante del Grupo de Familia de la Facultad de Psicología de la Universidad de La Habana—, el rol de ambivalencia de los nuevos convivientes luego de que una familia se reconstituye. El miembro desconocido del matrimonio debe enfrentarse a conflictos frente a la crianza de los menores, papel en el que puede ser excluido o demasiado empoderado. Estas familias requieren crear nuevos proyectos para que los vínculos sean efectivos¹⁶. Dicha profesora también apunta, entre los cambios operados en las dinámicas de la familia cubana de hoy, “el surgimiento de familias integradas por personas del mismo sexo, quienes se convierten en padres o madres de menores de edad que deben insertarse en una sociedad todavía homofóbica¹⁷”.

14. *Ídem*, p. 14.

15. “¿Cuánto ha cambiado la familia?” (varios autores), en *Juventud Rebelde*, edición digital del 19 de febrero de 2017, <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2017-02-19/cuanto-ha-cambiado-la-familia-cubana/>, consultada el 17 de marzo de 2017.

16. *Ídem*.

17. *Ibidem*.

En otro orden, “las uniones consensuales y el número de niños que nacen fuera del matrimonio aumentan continuamente, lo que evidencia la generalidad de una nueva concepción sobre la familia. La mujer, sigue siendo el eje sobre el cual giran estas transformaciones. Son ellas, de preferencia, quienes eligen entre lo que renuncian y lo que adquieren”¹⁸. Como afirma AMADOR RODRÍGUEZ “Ante la falta generalizada de viviendas y la esperanza de conseguirlas por algún medio, se observa la convivencia de varias generaciones en la misma casa y la falta de motivación para un proyecto de familia basado en el matrimonio (...)”¹⁹, “existe un número importante de hogares de tipo extenso y trigeracionales con un ciclo vital tardío. Ello significa que el déficit de viviendas no se expresa sólo en términos cuantitativos sino también cualitativos, limitando la formación espontánea de nuevos núcleos familiares”²⁰.

Anótese además que “(l)a familia cubana se caracteriza hoy por la heterogeneidad no solo de estructuras sino en cuanto a sus condiciones socioeconómicas (...)”²¹. Hay una verdadera heterogeneidad en las condiciones socioeconómicas que viven unas familias y otras, lo cual genera “situaciones de desigualdad familiar y social al interior de la familia y entre familias”²².

Según ÁLVAREZ SUÁREZ “Hay que mirar a la familia en la Mayor de las Antillas sabiendo que existen diferentes tipos (...). Ese modelo exclusivo de mamá, papá y nené ya se da poco, porque las familias se han vuelto más complejas en su composición y funcionamiento”. “La

18. ARÉS MURZIO, P. y M. E. BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar...”, *cit.*, p. 15.

19. AMADOR RODRÍGUEZ, C. A., “Una mirada...”, *cit.*, p. 9.

20. GARCÍA QUIÑONES, Rolando y Marisol ALFONSO DE ARMAS, “Envejecimiento, políticas sociales y sectoriales en Cuba”, en <http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/3/40183/RolandoGarcía.pdf>, consultada el 19 de marzo de 2017, p. 19.

21. ARÉS MURZIO, P. y M. E. BENÍTEZ PÉREZ, “Elementos a considerar...”, *cit.*, p. 21.

22. *Ídem*, p. 22.

formación de valores se ha deteriorado en la familia y la sociedad (...) Por ello, es necesario potenciar el reforzamiento del vínculo hogar-escuela, que en los últimos años se ha visto deteriorado” precisa la investigadora²³.

No menos trascendente en esta caracterización de las dinámicas socio-familiares resulta “(1)a violencia en el ámbito doméstico (que) tiene expresiones de tipo social, por medio de manifestaciones de falta de urbanidad, de indisciplina social y rechazo a la autoridad que llega a niveles preocupantes”²⁴.

En fin que para diseñar los nuevos resortes en que se sustenta – jurídicamente hablando–, la familia cubana hay que necesariamente otear una y otra vez las dinámicas sociales y demográficas. “La familia protagoniza procesos de desarrollo, de reproducción social y física de la población, de la fuerza de trabajo, de la ideología y de la cultura. Es el ámbito social donde tiene lugar la toma de importantes decisiones sociodemográficas: la formación y disolución familiar, la libre elección del número y espaciamiento entre los hijos, la educación y socialización de la niñez, el acceso a la vivienda, el reparto de la actividad económica entre hombres y mujeres, la decisión de migrar, entre muchas otras”²⁵.

Para sentar las pautas de la recodificación familiar cubana se hace necesario advertir los cambios en la familia cubana “... a nivel estructural, funcional así como en su diversidad y heterogeneidad. Analizar estos cambios, sus causas y los desafíos que ello implica para las políticas sociales es un imperativo actual”²⁶.

23. “¿Cuánto ha cambiado...”, *cit.*

24. AMADOR RODRÍGUEZ, C. A., “Una mirada...”, *cit.*, p. 9.

25. FERNÁNDEZ RIUS, Lourdes Elena, “La familia: retos de hoy”, en *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, año 1, número 1, abril-mayo 2013, p. 4, versión digital, en <http://www.dilemascontemporaneoseduccionpolitica.yvalores.com/>, consultada el 19 de marzo de 2017.

26. *Ídem*, p. 5.

3. La familia cubana en busca de un Derecho. El impulso que da la interpretación evolutiva del Tribunal Supremo

Tras el panorama que vengo describiendo, estamos sin dudas en una etapa en la que la familia cubana va tras las pistas del legislador²⁷. Los reclamos de un nuevo Código de Familia son continuos y de diversa naturaleza. Como los temas del Derecho familiar atañen a todos, cada persona tiene una razón suficiente para exigir del legislador que vuelva su mirada y le ofrezca cobertura jurídica a la situación en la que se encuentra y en la que a su juicio, no hay amparo legal, como si las leyes se entallaran al cuerpo. Mientras tanto, hay que seguir dando solución a los casos que los nuevos tiempos en clave familiar van suscitando. El jurista tiene ante sí el gran reto de dar respuesta a la dinámica en la que se desenvuelve la familia en la Cuba de hoy con normas legales creadas hace más de cuarenta años, ante un tejido familiar muy diferente al que se enfrentó el legislador de 1975. Compete pues a los jueces cubanos ir ofreciendo respuestas a cada caso con el ingenio, la creatividad, la competencia, la agudeza y la previsión que siglos atrás enfrentaron los romanos en la medida que Roma se iba convirtiendo en un Imperio. Como los pretores romanos, los jueces en Cuba tienen que dulcificar, flexibilizar las normas legales familiares para dar cobija a las nuevas construcciones familiares que han ido ocupando un lugar significativo entre las familias cubanas, o en todo caso, dinamizar las clásicas instituciones familiares con amparo legal, moldeadas a estilos ya pasados, de cara a los principios que informan los tratados o convenciones internacionales suscritos por Cuba.

27. Sobre los retos del Derecho familiar cubano *vid.* ÁLVAREZ-TABÍO ALBO, Ana María, “Retos del Derecho de familia. Autonomía y unidad”, en *Revista Cubana de Derecho*, UNJC, N° 47, enero-junio 2016, pp. 5-31.

Y en ello juega un papel significativo la interpretación evolutiva o sociológica del Derecho, la cual ha tenido especial importancia en materia constitucional, al ser protagonizada por las Cortes o Tribunales Constitucionales²⁸, pero que, sin dudas, es aplicable en normas infraconstitucionales, en cualquiera de los sectores del Derecho, en lo que el Derecho familiar siempre ha tenido un protagonismo apuntado. Con la interpretación evolutiva –sostiene GUASTINI–, se atribuye al texto normativo un significado distinto del literal, pero sobre todo, un significado nuevo, diferente de los significados ya establecidos, tomando en cuenta las exigencias sociales a partir de una valoración política del intérprete²⁹. La interpretación de las normas jurídicas cambia a partir de las exigencias sociales. “Es lo que se denomina *jurisprudencia progresiva*. Este modo de entender la actividad judicial es fundamental en un Estado moderno, y elemental para la supervivencia de las leyes, de otro modo habría que cambiarlas constantemente, cosa imposible, y supone necesariamente alejarse de la voluntad del legislador que las elaboró. El juez para llevar a cabo este tipo de interpretación jurídica, precisa de sensibilidad para captar las necesidades sociales de su tiempo”³⁰. Este criterio sociológico que ha de emplearse en la interpretación del Código de Familia cubano si

-
28. Sobre el tema en el ámbito constitucional, *vid.* GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, en *Revista de Derecho*, UNED, No. 12, 2013, pp. 257-292 y MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, en *Teoría y realidad constitucional*, UNED, N° 31, 2013, pp. 535-554.
29. GUASTINI, Riccardo, “Interpretación y construcción jurídica”, en *Isonomía*, No. 43, octubre 2015, p. 28.
30. LORCA MARTIN DE VILLODRES, María Isabel, “Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el Derecho como instrumento del cambio social)”, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3015/15.pdf>, consultada el 19 de marzo de 2017, p. 261.

queremos adaptar sus normas a la realidad social del momento en que se aplican, tan distante del momento histórico de su sanción, pretende acomodar los preceptos legales a las nuevas circunstancias, devenidas tras la sanción del Código y con ello ajustarlas a presupuestos de orden político, económico, ideológico, moral, con sentido de darles actualidad. “La interpretación de las leyes ha de cambiar al compás de las exigencias sociales”³¹, y precisamente conforme con esas exigencias los jueces “deben poner en vigencia la norma jurídica”³², y de esta manera rejuvenecen el Derecho, de ahí que función última del Derecho lo sea el “constituir un factor decisivo y puede contribuir al cambio y transformación social”³³.

Como expone el profesor sevillano CERDEIRA BRAVO DE MARCILLA: “La finalidad de la interpretación sociológica es una, en principio, bien sencilla y evidente: evitar el anacronismo, impedir la petrificación del Derecho; hacer de la norma un ente vivo que por sí solo, sin necesidad de estricta e incesante reforma, sea capaz de adecuarse a los nuevos tiempos, a las nuevas realidades (sociales, económicas, políticas, culturales,...)”³⁴.

Como decía la Sentencia del Tribunal Supremo español de 21 noviembre 1934³⁵, pionera en el tema, cuya ponencia correspondió a

31. *Ídem*, p. 312.

32. *Ibidem*.

33. *Ibidem*.

34. CERDEIRA BRAVO DE MARCILLA, Guillermo, “Matrimonio y Constitución. Su interpretación evolutiva en España”, en *Derecho Familiar Constitucional*, Leonardo B. Pérez Gallardo, Carlos Villabella Armengol y Germán Molina Carrillo (coordinadores), Grupo editorial Mariel, México, 2016, p. 151.

35. Según nos explica el profesor CERDEIRA BRAVO DE MARCILLA, con el caso sometido a conocimiento del Tribunal Supremo “se trataba de adecuar el Código Civil español (...) a la nueva realidad social que entendía el TS contemplaba la Constitución por entonces vigente, la Republicana de 1931. El caso también era de familia, aunque referido estrictamente a la filiación: se trataba de una reclamación de paternidad extramatrimonial (interpuesta por la madre contra la viuda del padre ilegítimo),

CASTÁN TOBEÑAS: “... *si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico*”.

3.1. Los afectos y los valores en el Derecho familiar como sustento de los fallos judiciales

Nada mejor que el Derecho familiar para que los valores, y entre ellos el afecto, cubran el papel que les corresponde. Es el Derecho familiar el más sensible de todos, el menos jurídico y el más aprehensivo. El principio de la afectividad se va erigiendo en principio cardinal del Derecho familiar, sustrato de varios fallos judiciales en el Derecho comparado.

El Derecho familiar cada día se va perfilando como un Derecho en el que la socioafectividad se enraíza, de tal manera que se convierte en pivote de distintas figuras jurídicas, enclave de las nuevas construcciones familiares y de la relectura de clásicas instituciones familiares, entre ellas las relaciones filiatorias³⁶. En su *Manual de Direito das*

→ cuando, al menos programáticamente, ya imponía el art. 43 de la Constitución republicana de 1931 la investigación de la paternidad, al imponer la propia igualdad en toda filiación (matrimonial o no), al modo en que hoy lo hace el art. 39 CE; pero no encontraba aquel principio reflejo normativo en el CC (de 1889), cuya regulación aún se mantenía en los viejos valores de discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos y de prohibición en la investigación de paternidad”. Vid. CERDEIRA BRAVO DE MANCILLA, G., “Matrimonio y Constitución...”, *cit.* pp. 147-148.

36. Vid. CHAVES, Marianna y Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI, “Paternidad socioafectiva: del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, en *Revista Jus Navigandi*, Teresina, año 16, N° 2.846, 17 abril 2011, en <https://jus.com.br/artigos/18916>, consultada el 5 de mayo de 2017, quienes estudian el fenómeno de la paternidad socioafectiva *versus* la paternidad biológica y la necesaria imposición de la primera sobre la segunda. Los autores defienden la tesis de que “Una prueba de ADN negativa no puede albergar el poder para dismantelar la filiación cuando está

→

famílias, la conocida profesora brasilera Maria Berenice DIAS enuncia el principio de afectividad como uno de los informantes del nuevo Derecho de las familias. A su juicio, “el primer obligado a asegurar el afecto por sus ciudadanos es el propio Estado”³⁷, se hace necesaria “la constitucionalización de un modelo de familia eudemonista e igualitario, con mayor espacio para el afecto y la realización individual”³⁸. Según sostiene la profesora brasilera, este principio “hace despuntar la igualdad entre hermanos biológicos y adoptivos y el respeto de sus derechos fundamentales. El sentimiento de solidaridad recíproca no puede ser perturbado por la preponderancia de los intereses patrimoniales”³⁹.

Ciertamente “(e)l afecto no es fruto de la biología. Los lazos de afecto y de solidaridad derivan de la convivencia familiar, no de la sangre. Así, se posee el estado de hijo nada más con el reconocimiento

→ probada la existencia de vínculo socioafectivo (...) por lo que se dice que la imputación de una paternidad biológica no sustituye el estado de filiación (...), este se generado y como tal debe prevalecer”, y en tal sentido arguyen, con vehemencia que “(l)a filiación socioafectiva no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad cimentado a diario por el tratamiento y la publicidad encauzando, al mismo tiempo, la verdad biológica y las presunciones legales. La filiación socioafectiva se construye desde el respeto mutuo, de un tratamiento recíproco –de ida y vuelta– como padre e hijo, firmes y conscientes ambos en el conocimiento que realmente son parientes en primer grado entre sí. Se muestra, pues, el criterio socioafectivo para la determinación del *status* del hijo como un excepción a la regla de la genética lo que representa una verdadera ‘desbiologización’ de la filiación haciendo que la relación paterno - filial no sea atrapada sólo en la transmisión de genes (...) cuando existe una vida de relación y un afecto entre las partes”. Sobre el tema vid. también el enjundioso trabajo la profesora Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, titulado: “Identidad biológica versus paternidad socio-afectiva en las acciones de impugnación de la filiación llamada ‘por naturaleza’”, en *Revista Jurídica de la Asociación de Defensores públicos de Paraguay*, N° 1, 2017, pp.19 y ss.

37. DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das famílias*, 9ª edição revista, atualizada e ampliada, Thomson Reuter Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 72.

38. *Ídem*, pp. 72-72.

39. *Ibidem*, p. 73.

jurídico del afecto, con el claro objetivo de garantizar la felicidad, como un derecho a ser alcanzado. El afecto no es solamente un lazo que atañe a los integrantes de una familia. Igualmente tiene una vis externa, entre las familias, poniendo humanidad en cada familia, componiendo (...) la familia humana universal, cuyo lazo es la aldea global, cuya base es el globo terrestre, mas cuyo origen siempre será, como siempre fue la familia”⁴⁰.

La sensibilidad de los asuntos familiares conlleva a que los jueces a la hora de solventar las litis entabladas, vayan más allá del dictado de una norma legal, y busquen en el afecto y la solidaridad humana, expresión además del principio de dignidad humana la posible solución. No se trata de ofrecer resultados que conduzcan a complejas ecuaciones sociales, sino a dar respuesta a partir de la propia naturaleza humana, buscando en el afecto, el amor y la solidaridad no solo entre cónyuges, sino también entre progenitores e hijos, entre hermanos o entre demás familiares el cauce idóneo para salir del túnel en el que se encuentran. La desafección de uno de los progenitores sobre su prole puede ser motivo suficiente para dar solución a un litigio sobre guarda y cuidado, o sobre régimen de comunicación e incluso sustento suficiente para que en materia sucesoria sea causa de exclusión, dada la clara formulación del artículo 469.1 c) del Código Civil cubano que eleva la falta de atención al causante, y con ello de afecto y esmero como motivo de apartamiento o exclusión de la sucesión⁴¹.

Por otra parte, el afecto es hoy día base de las uniones estables de pareja, ya sean hetero u homoafectivas. El parentesco socioafectivo es

40. *Ibidem*, p. 73.

41. *Vid.* en tal sentido PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “La negativa de atención o alimentos al causante como causal de incapacidad para suceder (*rectius* inhabilitación o exclusión sucesoria)”, en *Anuario Uruguayo crítico de Derecho de familia y sucesiones*, N° 2, 2013, pp. 31-58.

el sustento de adopciones, entre ellas la adopción por integración o adopción de los hijos del cónyuge o de la pareja de hecho o de los propios hijos de crianza⁴², es la razón que puede justificar el estatuto de los padres y madres afines, resultado del mosaico o ensamble a que conduce las familias reconstituidas o ensambladas cuando tal ensamble opera con motivo de una nueva relación de pareja, basada en el afecto, en la convivencia, pero al margen del matrimonio, o incluso en supuestos de obligación alimentaria⁴³.

42. En el Derecho brasilero se enuncia la llamada adopción a la brasilera, o sea, aquella constituida sin el debido proceso legal, esta especie de adopción constituye un acto ilegal e igualmente criminoso, pero después de creado el lazo socioafectivo ella no podrá ser destruida porque no puede ignorarse el hecho de que este acto genera efectos decisivos para el menor adoptado. Igualmente la paternidad, o sea, el estado de hijo, en tanto el reconocimiento de filiación surge con la confirmación de la convivencia familiar y de la afectividad. *Vid.* al respecto OLIVEIRA PEREIRA, Timaretha Maria Alves, “El afecto en el Derecho de familia brasilero” (pdf), en *Revista Direito & Dialogicidade*, Universidade Regional do Cariri – URCA, vol. 4, n. 1, Jul. 2013, en https://www.google.com/cu/search?safe=off&noj=1&biw=1525&bih=734&q=o+papel+juridico+do+afeto&oq=o+papel+juridico+do+afeto&gs_l=serp.12...3283229.3293730.0.3295992.58.28.0.0.0.0.0.0.0.0.0.0.0.0.0.0.0.1c.1.64.serp..58.0.0.0.q3tY7wiPRLk, consultada el 27 de marzo de 2017.

43. En el reciente Código Civil y Comercial argentino, al regularse el estatuto jurídico del padre o madre afín, se prescinde de la determinación del hecho fundante de la familia ensamblada o reconstituida, o sea, de si es por matrimonio o por unión convivencial, en uno y en otro caso, tendrá la condición de progenitor afín, con los mismos deberes y derechos (*vid.* artículos 672 y siguientes, de aplicación). O sea, se impone un parentesco socioafectivo.

Desde el Derecho argentino GUTIÉRREZ GONOCHEA y NERI nos refleja el comportamiento de esta categoría jurídica en sede de alimentos, al reconocerse como obligado alimentario a quien no tiene vínculo jurídico con el niño, niña o adolescente, sobre la base de la socioafectividad, aplicando sus fundamentos.

Entre los fallos relacionados en su investigación destaca –según refieren los propios autores– el dictado por la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, expediente caratulado “S., V. M. s. Materia a categorizar, 29/11/2016, publicado por Rubinzal Online Cita: RC J 6831/16. Aquí el Sr. Juez de Primera Instancia dicta sentencia resolviendo hacer cesar la guarda con fines de adopción y fija una cuota alimentaria a favor de la niña. V. M., S. a cargo de la Sra. A. V. P., por el monto de pesos cuatro mil (\$ 4000) mensuales, hasta nueva resolución, la que deberá dictarse una vez que otra familia asuma el cuidado material de la adoles-

Como esgrime Anderson de Souza PINTO: “El Derecho pasa de una visión moderna a una postmoderna, dejando de tutelar apenas las relaciones materiales y patrimoniales de las personas para entonces asumir los bienes e intereses de naturaleza inmaterial relacionados

→ cente. Finalmente también le ordena el mantenimiento de la cobertura de una obra social de similares características a la que contaba. Dicho pronunciamiento es apelado por la Sra. A. V. P.

La Cámara rechazó los agravios expresados por la apelante en virtud de que la guarda preadoptiva fue interrumpida intempestivamente por la recurrente, y, por otro lado, modificó la resolución recurrida por cuanto la misma no establecía un plazo para tal obligación, fijándose en el de un año desde el cese de la guarda. Entre los argumentos expresados se sitúan que: *“si bien la recurrente no llegó a ser madre adoptiva de la niña sí ha existido, durante el lapso de un año, un vínculo socio afectivo que se fue formando a partir del día en que la apelante asumió voluntariamente la obligación de ser la guardadora de la niña, y que a partir de la decisión asumida por la guardadora se ha visto interrumpido, ocasionando un daño en la vida de la menor; por lo que se debe considerar a la guardadora como «madre solidaria» o «progenitora afin» (art. 676, Código Civil y Comercial). En este sentido, si bien el trato del progenitor afin es asimilable al de un padre, el de la guardadora que asumió el cuidado de la niña con la específica finalidad de emplazarse en el estado de familia de progenitora es superior; pues se crea -en estos casos de guarda- un vínculo inclusive más cercano que el del progenitor afin, porque la guardadora le ha dado a la niña un trato de hija propia. Por otro lado, cabe tener presente que se encuentra acreditado que el cese de la guarda resultó intempestivo, es decir, la apelante decidió la ruptura intempestiva de la relación de familia o de 'progenitora afin' que mantenía con la niña, con la cual convivió un año, causando a la menor un perjuicio, situación que se califica como un auténtico 'daño' en tanto lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (art. 1737, Código Civil y Comercial). Por último, cabe aplicar al caso el inc. f, art. 3, Ley 26061, por cuanto más allá de los derechos que crea lesionados la recurrente, que merecen su consideración en sede judicial con el fin de que se protejan sus intereses particulares o privados, también es cierto que frente a la pugna de aquella con los intereses superiores de la niña, es esta última el eje en el cual debe girar la aplicación de normas legales con el fin de lograr su adecuada protección”.* Vid. a tal fin para un estudio de esta caso y de otros casos jurisprudenciales similares, GUTIÉRREZ GOYOCHEA, Verónica y Matías NERI, «Alimentos y relaciones socio-afectivas que no configuran parentesco. Experiencia jurisprudencial», en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, N° 78, 2017 (en edición aún).

con los derechos de la personalidad, surgiendo así el afecto como valor a ser protegido por el Derecho”⁴⁴.

Otros autores brasileiros resaltan que “la relevancia del afecto en relación con su valor jurídico varió al discurrir el tiempo, habiendo dos momentos básicos distintos, en un primer momento, cuando la presencia del afecto en las relaciones de familia era considerada como inherente al organismo familiar, esto es, presumida, y, en otro momento, en que su presencia se tornó esencial para dar visibilidad jurídica a las relaciones de familia”⁴⁵. Es en este segundo momento, cuando la presencia del afecto se erige en componente diferencial para que una entidad familiar fuera reconocida como tal, el afecto ocupó así un papel protagonista en el ámbito del Derecho familiar.

Se trata de que el afecto es el sustento de las nuevas relaciones familiares, por encima del componente biológico, con ello se pretende que al ser recepcionado por el Derecho, se acompasa a la sociedad y a los cambios que en ella han operado en las últimas décadas, con innegable repercusión en el entorno familiar⁴⁶.

En sentido general, es dable apuntar que “(l)a afectividad es un factor inherente a los seres vivos, como condición de relacionamiento y socialización, en especial de los seres humanos, tenemos el afecto como herramienta para el desenvolvimiento de la personalidad con repercusión directa sobre la vida social y política”⁴⁷.

44. PINTO, Anderson de Sousa, “O valor jurídico do afeto e sua demonstração como fundamento para constituição de vínculos familiares e novas famílias”, en *Revista Aporia Jurídica* (on-line), Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cesage, 5ª edição, Vol. 1 (jan/jul-2016), p. 270.

45. ROSA, Catarina Mariano, y Sérgio Tibiriçá AMARAL, “O afecto no Direito de família”, p. 6, en <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1667/1594>, consultado el 26 de marzo de 2017.

46. MATTOS SILVA, André Luís y Anna Carolina TONON DA CUNHA, “Teoria do afeto: a nova moldura familiar”, *passim*, en http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/12/teoria_afeto.pdf, consultada el 27 de marzo de 2017.

47. PINTO, A. de S., “O valor jurídico...”, p. 271.

En fin, “(l)a validación de los sentimientos, el reconocimiento de la afectividad, sea como comportamiento social, sea como relación material, y la valorización de la subjetividad por el Estado-juez, trajo al escenario de la postmodernidad la posibilidad de la aplicación de un Derecho más amplio, eficaz y válido.

“La ruptura con el dogmatismo y el extremismo del positivismo, dio margen a la aplicación del Derecho conforme con sus reales necesidades sociales e individuales pues ha permitido la valorización de las relaciones de forma subjetiva y única, de acuerdo con los intereses y los subjetivismos que las relaciones necesitan, con independencia de estar o no literalmente descritas en un texto legal”⁴⁸.

Categorías como la convivencia afectiva se ha impuesto en las nuevas estructuras familiares que hoy tienen cabida en un Derecho de las familias, cada más pluralista e inclusivo, cada vez más transversal, que rompe esquemas dogmáticos, trazados *more geométrico*. No obstante como apunta VARGAS SIMÕES “Sabemos que el legislador no tiene como crear o imponer la afectividad como regla erga omnes, pues esta surge de la convivencia entre personas y la reciprocidad de sentimientos”⁴⁹. A juicio de este propio autor, criterio que también sigo “(l)os padres y los hijos no están unidos apenas por lazos de sangre, sino también por amor, cariño, afectividad, respeto, cuidados y sentimientos de prosperidad, toda vez que la responsabilidad es función de esos verdaderos padres afectivos, tan importante. Nada los vincula o los obliga a la crianza y al desenvolvimiento del amor por esos hijos, mas apenas lo hacen por ser esta una voluntad que surge del afecto, del amor”⁵⁰.

48. *Ídem*, p. 273.

49. VARGAS SIMÕES, Thiago Felipe, “La familia afectiva – El afecto como formador de la familia” (pdf), en <http://www3.promovebh.com.br/revistapensar/art/a19.pdf>, consultado el 27 de marzo de 2017.

50. *Ídem*.

En fin, “la afectividad es una construcción cultural, que da en la convivencia, sin intereses materiales, que apenas secundariamente emergen cuando ella se extingue. Se revela en un ambiente de solidaridad y responsabilidad. Como todo principio ostenta franca densidad semántica, que se determina por la mediación concretizadora del intérprete, ante cada situación real. Puede ser así traducido: donde hay una relación o comunidad unidas por lazos de afectividad, siendo estas su causa originaria o final, habrá familia”⁵¹.

Tal afectividad y su contrario, la desafectividad, ya han llegado a algunos casos judiciales. Así, el primer caso en la jurisprudencia brasileña ocurrió en Minas Gerais, donde la parte actora mantuvo contacto con su padre hasta la edad de 6 años. Tras el divorcio de los padres y el nacimiento de una hermana, de una nueva relación de su padre, este se apartó totalmente de su hijo, permaneciendo, tan solo pagando los alimentos. El hijo accionó por daños morales, lo cual fue declarado improcedente en la primera instancia, sin embargo el Tribunal de Justicia (segunda instancia) declaró que *“el dolor sufrido por el hijo, en virtud del abandono del padre, que le privó del derecho a la convivencia, al amparo afectivo, moral y psíquico, debe ser indemnizable sobre la base del principio de dignidad de la persona humana”*, condenando al padre al pago de 200 salarios mínimos⁵².

En el Derecho cubano, la afectividad empieza a vislumbrarse en varios fallos judiciales, aun cuando no haya sido *ratio decidendi* de ellos, ni su ausencia, motivo de indemnización.

—En la Sentencia N° 189 de 20 de junio de 2008 (ponente Acosta Ricart) que resuelve un recurso de casación, de manera adversa a la recurrente, cuyo fondo del asunto es la variación del régimen de comunicación del padre para con su hijo, se hace referencia al derecho de

51. LOBO *cit. pos* DE OLIVEIRA PEREIRA, T. M. A., “El afecto en el Derecho...”, *cit.*

52. Según lo explica OLIVEIRA PEREIRA, T. M. A., “El afecto en el Derecho...”, *cit.*

comunicación que el padre ha de tener para con su hijo, de *“su importancia y función en cuanto a la **formación de valores** en el menor”*.

–En la Sentencia N° 941 de 26 de diciembre de 2014 (ponente Acosta Ricart) en la que se declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto por la madre, contra la sentencia del tribunal de segunda instancia que revocó la sentencia del tribunal de primera instancia, disponiendo la guarda y cuidado del hijo varón a favor del padre y de la hija mujer, a favor de la madre, con el respectivo régimen de comunicación de ambos progenitores, respecto del hijo que no tienen bajo su guarda y cuidado, el Alto Foro en apoyo de la sentencia del tribunal provincial, reconoce respecto del padre y su hijo varón, que no fue acreditado en la instancia que el padre y la familia paterna, en la cual se apoya *“no los hubiere **cuidado con esmero**”*, sinónimo de diligencia, desvelo, especial afecto.

–En la Sentencia N° 502, de 19 de agosto de 2015 (ponente Valdés Rosabal) que declara SIN LUGAR el recurso de casación establecido ratificando la sentencias dictadas en primera y segunda instancia que habían resuelto acceder a la pretensión de la madre, en ejercicio de la patria potestad de la que es titular, de que su hijo, adolescente, pueda visitarle temporalmente a Estados Unidos, país en el que reside. La madre desde su partida hacia Estados Unidos había mantenido una constante y continua comunicación con su hijo, a quien visitaba en Cuba con regularidad. El Alto Foro aduce en dicha Sentencia que *“la necesaria comunicación entre estos de forma alternativa (...) no puede quedar sometida únicamente a las visitas de aquella al territorio nacional, por frecuentes que resulten, sino también a la viable realidad de que al menor le sea factible relacionarse **afectivamente** con ella en el país en que se encuentra domiciliada”*, además sostiene que esta decisión contribuye a lograr *“el supremo beneficio que para el hijo de las partes representa **disfrutar física y directamente el cariño** que le profesa su madre”*.

–En la Sentencia N° 852 de 30 de diciembre de 2015 (ponente León Rivas) se habla de “*necesidades **afectivas***” y “*de grave **desatención***” a una menor de edad, las primeras para hacer referencia a que el padre, aun cuando no reside en el país, su ausencia no podrá colmar la plena satisfacción de tales necesidades, si bien tampoco quedó demostrado que desatendiera a la menor, situación que de tornarse grave, se reserva, con carácter excepcional por el legislador, para privarle de la patria potestad, lo que no fue declarado así en el asunto fallado por el Alto Foro.

–En la Sentencia N° 321 de 16 de abril de 2016 (ponente Arredondo Suárez) que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal de segunda instancia, que ratificó a su vez la sentencia dictada por el tribunal municipal competente y a cuyo tenor se dispuso un régimen de comunicación de la abuela materna con su nieta, cuya progenitora había fallecido, al reafirmarse la posición de los tribunales inferiores, se valida el ejercicio de la acción por la abuela, amparada en la Convención de los derechos del niño, y en concreto, el interés superior del menor, reafirmandose la necesidad de fortalecer los vínculos de permanencia que se relacionan con la propia identidad como persona, del menor, “*lo que se traduce en la exigencia de preservar para el futuro, como parte de su desarrollo integral, **afectos, intereses y sentimientos***”. En la propia Sentencia se puntualiza además, respecto de la menor, el “*resultar favorable que reciba el **afecto, atenciones y enseñanzas de la abuela materna con sistematicidad y amplitud***”.

–En la Sentencia N° 847 de 8 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez) relativa precisamente al ejercicio de la patria potestad, concretada la pretensión del padre de un hijo, menor de edad, en que se le autorizara a tramitar ante las autoridades competentes la obtención de pasaporte para el menor y que se le permitiera sacarlo del territorio nacional para asentarse junto a él en el país en que

reside la familia paterna (en el caso Canadá), frente a una madre, a la cual se le ha restringido el ejercicio de la capacidad, en razón de la esquizofrenia paranoide que padece, el Supremo Tribunal ha declarado CON LUGAR el recurso interpuesto por la tutora de la madre del menor⁵³, aduciendo en la sentencia de casación el Alto Foro, respecto de la madre del menor que esta aun en el período de crisis de su padecimiento no se despreocupó *“de cumplir sus deberes y de prodigarle afecto a su hijo”*, lo que motivó a que se adujera en la propia sentencia, que dicho particular *“no cabe dudar que es beneficioso para este mantenerse en el entorno materno”*.

–En la Sentencia N° 891 de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez) que resuelve el recurso de casación interpuesto por la madre de dos menores de edad, contra la sentencia del Tribunal Provincial que declaró SIN LUGAR la demanda que ella interpusiera interesando la privación de la patria potestad del padre sobre los menores hijos, se rechaza la pretensión de la actora, a partir de la falta de entidad suficiente de los hechos narrados en la demanda, según las pruebas practicadas durante la sustanciación del proceso en la instancia, reiterando el Alto Foro los fundamentos pronunciados en la Sentencia de 16 de abril de 2016, ya referenciada, en el sentido de la necesidad, respecto de los menores, de *“preservar para el futuro, como parte de su desarrollo integral, afectos, intereses y sentimientos”*.

–Por último, en la Sentencia N° 214, de 31 de marzo de 2017 (ponente Alfaro Guillén) por la cual se declara CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por la abuela que reclama la guarda y cuidado

53. El recurso fue interpuesto cuando la progenitora todavía estaba declarada judicialmente incapacitada. A esta, por Sentencia N° 752 de 30 de septiembre de 2016 del propio Tribunal Supremo, le fue restringido el ejercicio de la capacidad, suprimiéndosele el régimen de tutela a que estaba sometida y, en su lugar disponiéndose el establecimiento de apoyos, al amparo de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad.

de sus dos nietas, menores de edad, cuyos progenitores residen en el extranjero, brindándole el padre, favorecido en ambas instancias con la guarda y cuidado de las hijas, esporádica atención a estas, se aduce de manera censurable, respecto de los fallos de los tribunales de instancia de un “*predominio en el enfoque patrimonialista del fenómeno*”, en tanto que en la segunda Sentencia o Sentencia de instancia, el Supremo Tribunal recalca, a modo de juicio valorativo, la necesidad de estabilidad emocional de las menores y la trascendencia que las etapas tempranas de formación de la personalidad tienen para la “*conformación de valores y esencia del individuo*”.

3.2. La “oxigenación” que ofrece el Derecho convencional. Especial referencia a la aplicación del principio del interés superior del menor

En el nuevo Derecho familiar que se va erigiendo en clave judicial ha desempeñado un papel protagónico la aplicación directa de los tratados internacionales⁵⁴. Tema, que sin dudas ha sido muy polémico.

Como aduce en la muy reciente doctrina patria ROMERO PUENTES “(e)n cuanto a la forma de incorporación al derecho interno, el tratado puede ser auto-aplicativo (self-executing) o no aplicativo. Como ya se conoce, con base en el principio de la soberanía de los Estados, los mismos necesitan la cumplimentación de ciertos aspectos formales para poder ingresar al orden jurídico interno de los Estados, dependiendo del sistema de recepción. Sin embargo, esta regla no es aplicable a todos los tratados. Hay tratados sobre ciertas materias que no

54. Sobre el tema, en el Derecho patrio, *vid. per omnia*, DIHIGO, Ernesto, “Valor de los tratados ante los tribunales nacionales”, en *Revista Cubana de Derecho*, año XXXVIII, N° III (100), julio-septiembre 1956, pp. 32-54.

necesitan de acto formal alguno para ser vinculantes a los órganos internos de los Estados”.

“Ciertamente, existen contenidos como los relativos a (...) los derechos humanos que se han aplicado directamente por los tribunales nacionales. En Cuba (...) no se identifica alguna norma que prohiba la aplicación directa de ciertos tratados internacionales que tengan las características antes mencionadas. No obstante, a la práctica judicial dejamos la última palabra”⁵⁵.

Parece ser que la práctica judicial, en efecto, ha tenido la última palabra y ha acudido a los tratados internacionales para colmar las lagunas que el Derecho interno familiar cubano tiene⁵⁶, de modo que determinadas acciones familiares han sido ejercitadas con éxito, precisamente amparadas en tratados internacionales como la Convención de los derechos del niño o en otro caso, enervadas sobre la base de la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Siendo ambos tratados de derechos humanos y, en consecuencia, tratados autoaplicativos, tras su ratificación por la República de Cuba forman parte del Derecho aplicable por los tribunales cubanos.

Cabe significar en este orden el valor atribuido al principio del interés superior del menor, regulado en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual ha sido la clave en varios fallos

55. ROMERO PUENTES, Yunier, *Derecho internacional público. Parte general*, p. 175 (en imprenta).

56. También DIHIGO concluía en su trabajo que los tratados internacionales, para ser válidos y efectivos ante los tribunales nacionales, habrían de ser aprobados conforme con las reglas constitucionales de cada país y para surtir efectos en relación con los individuos particulares, habrían de ser debidamente promulgados o publicados. En la nota (18) del trabajo, el autor consigna sentencias y autos en los que los tribunales (de instancia) o el propio Tribunal Supremo habían interpretado y aplicado tratados internacionales. *Vid.* DIHIGO, E., “Valor de los tratados...”, *cit.*, pp. 53 y 41, respectivamente.

judiciales para el resultado procesal esperado y buscado, “*elemento determinante en toda la satisfacción de situaciones en las que se vean involucrados*” menores (Sentencia N° 214 de 31 marzo de 2017, ponente Alfaro Guillén). El principio mencionado se ha erigido en llave maestra que moldea el actuar de los jueces y acomoda la decisión judicial a lo que resulte en cada momento más beneficioso para el menor, o sea, la atención del interés del menor como brújula orientativa que capta el decir judicial y ubica los intereses de las partes en litis solo tras la determinación de lo que pueda ser de mayor utilidad para el menor. Como sostiene el profesor español DE TORRES PEREA, quien ha hecho un estudio del principio desde el Derecho alemán, “(s)e trata éste de un concepto que no puede acotarse debido a su propia naturaleza. Es decir, la ciencia jurídica alemana no aporta una definición de este concepto sino que lo contempla como un instrumento adecuado para dar solución a los distintos conflictos de intereses que pueden afectar al menor. Si no media conflicto, no ha lugar a aplicarlo. Por tanto, los autores alemanes se ciñen a recoger los distintos supuestos en los que pueda existir un conflicto entre el menor y su entorno para ofrecer una simple pauta: Por muy legítimos que sean otros intereses ha de prevalecer el interés del menor, el bien del niño. Y ello teniendo en cuenta que cada niño, en cada conflicto, merecerá una solución específica y distinta, por ello no es posible buscar conceptos abstractos, sino concretar, centrarse en cada supuesto planteable”⁵⁷.

Por su parte CILLERO BRUÑOL lo considera un principio garantista que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimarlo como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen

57. DE TORRES PEREA, José Manuel, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, volumen 59, número 2, 2006, p. 676.

prerrogativas que deben ser respetadas, o dicho de otro modo, antes de tomar una medida respecto de ellos deben adoptarse aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen⁵⁸.

Así, la Convención de los Derechos del Niño ha sido aplicada por el Tribunal Supremo:

a) como muro de contención del ejercicio de los derechos que la patria potestad deriva para los padres, a partir de la aplicación del principio del interés superior del menor:

58. CILLERO BRUÑOL, *cit. pos* PANATTI, Marcela Virginia, y Soledad Pennise IANTORNO DE MACHADO, “Determinación del interés superior del niño, tras su incorporación en el Código Civil y Comercial”, Año VIII, N° 1, febrero 2016, p. 11.

Es oportuno acotar que el Comité de los Derechos del Niño a raíz de que se dictara la Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración en cuanto al concepto del interés superior del niño, establece que su objetivo es el de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. De tal forma que al aplicar este concepto deba efectuarse un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana. Lo cual refuerza —como se dijo— la idea de un concepto integrador.

En esta línea el Comité caracteriza al interés superior como un concepto dinámico que puede entenderse en tres dimensiones, como:

a) *derecho sustantivo*: implica el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses, y configura una garantía de que ese derecho se pondrá se efectivice siempre al tomar una decisión que involucre a un niño o a un grupo de niños concreto o en general;

b) *principio jurídico interpretativo fundamental*: puede acudir a él como pauta hermenéutica en caso de que una disposición jurídica admita más de una interpretación, optándose por aquella que satisfaga de manera más efectiva tal interés. Siendo el marco interpretativo los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos; y

c) *norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. *Vid.* Observación General N° 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013, en concreto párrafos 6 y 11, referenciada por las propias autoras citadas, p. 12.

Un ejemplo de ello lo es la Sentencia N° 941, de 26 de diciembre de 2014 (ponente Acosta Ricart) que resuelve un conflicto relativo a la determinación de la guarda y cuidado y el régimen de comunicación de dos menores de edad, atribuida aquella al padre respecto de su hijo varón, y a la madre en relación con su hija mujer. El Alto Foro aplica la Convención y concretamente el citado principio del interés superior del menor definiéndolo como *“todo lo que contribuye a mejorar o evitar un perjuicio en su esfera psicológica y biopsicosocial, tomando como base su edad, y su estado de desarrollo físico e intelectual”*. En ella se deja claro que dicho principio se erige en *“el límite más importante al ejercicio de la patria potestad”*, de modo que *“los padres como depositarios genuinos de todos y cada y uno de esos derechos que la integran, solo encontrarán limitaciones a su ejercicio en el interés superior de los hijos menores”*. Igualmente la Sentencia N° 21, de 31 de enero de 2017 (ponente Acosta Ricart), que resuelve, declarando SIN LUGAR, el recurso de casación interpuesto, y en consecuencia, se confirma la sentencia de instancia por la que no se dio lugar a la pretensión de privación de la patria potestad de una madre que había atentado contra la vida de su hija, menor de edad, probado que la madre, padecía de esquizofrenia paranoide, razón por la cual fue considerada inimputable, y eximida de la responsabilidad penal, si bien se adoptó la medida cautelar de que la menor se mantuviera bajo el cuidado de su padre. El Alto Foro ponderó de racional el actuar del tribunal de instancia al no privarle a la madre, en estas circunstancias de discapacidad psíquica, de la patria potestad, basado de nuevo en el interés superior del menor, regulado en el artículo 3.1 de la Convención.

b) Como sustento de la interpretación evolutiva del Derecho, para apartar la aplicación de un precepto concreto del Código de Familia.

Es el caso de la Sentencia N° 434 de 17 de julio de 2015 (ponente Valdés Rosabal) que declaró CON LUGAR el recurso de casación interpuesto, favoreciendo que una madre, declarada judicialmente in-

capacitada, no fuera suspendida del ejercicio de la patria potestad, aún el dictado literal del artículo 94 del Código de Familia. La juez ponente en esta histórica sentencia, deja a un lado el dogmatismo y la exégesis del Código de Familia, para, sustentándose, además, en una interpretación evolutiva del Derecho, dar prevalencia a los artículos 3, 9 y 18, primer párrafo, de la Convención de los derechos del niño, y los artículos 35 y 38, primer párrafo, de la Constitución de la República, para lo cual arguye en la Sentencia de casación que *“en el sensible mundo de los menores de edad, antes de recurrir a la aplicación mediante la interpretación literal de una norma jurídica, no puede distanciarse el juzgador del contexto en que la aplica, que en el específico caso que se dilucida, no cabe dudar la interpretación evolutiva que corresponde de su contenido, en correspondencia con la situación fáctica incorporada como cierta a la sentencia, de modo que posibilite adoptar loablemente la decisión más justa, sin extravasar los límites de la norma o moldearlos a fin de ofrecer una tutela excepcional, que defina la línea a seguir de cara a una impartición de justicia particularizada (...)”*.

Igualmente en la Sentencia N° 751, de 30 de septiembre de 2016 (ponente Acosta Ricart) que declaró CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por la abuela paterna de una menor quien reclamaba la guarda y cuidado de la nieta, cuyo padre estaba recluido en centro penitenciario, extinguiendo medida privativa de libertad, en tanto la madre no tenía las condiciones necesarias para el cuidado de la hija, resultando además que, la vivienda en la que residía dicha progenitora carecía de las condiciones mínimas para desarrollar una vida normal, agravado por tratarse de un hogar disfuncional, donde además residía la abuela materna de la menor aquejada de alcoholismo. Nuevamente el principio del interés superior del menor, brújula orientativa no solo en materia en Derecho familiar, consagrado este en el ya tantas veces citado artículo 3.1 de la Convención de los derechos del

niño, se convierte en fundamento para integrar el Derecho y colmar la fórmula parcamente esbozada en el artículo 89 *in fine* del Código de Familia, a cuyo tenor en circunstancias excepcionales es dable atribuir la guarda y cuidado de un menor de edad, a personas distintas de los padres, como puede ser la abuela paterna. En este caso se intenta aplicar una interpretación evolutiva de la norma, a partir del enunciado del artículo 3.1 de la Convención. De ahí el razonamiento judicial contenido en esta Sentencia de que *“ante la posición estática de la norma, la dialéctica de las situaciones de la vida se imponen, y obliga a que se adopten decisiones racionales en correspondencia con aquellas; es por ello, que sólo circunstancias muy excepcionales, justificarían la concesión de la custodia de un menor a persona distinta a sus padres, en este caso a la abuela (...)”*.

c) En función integrativa del Derecho, dada la existencia de una laguna legal.

Así, la Sentencia N° 683 de 30 de octubre de 2015 (ponente León Rivas), que declaró SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del tribunal provincial que declaró CON LUGAR la demanda reconvenional que en su momento interpuso la abuela materna de los menores de edad, cuya hija (madre de sus nietos) había sido asesinada por el padre de dichos menores de edad. En el motivo sustentado en el recurso se acusaba como infringido el artículo 95 del Código de Familia en el concepto sucinto de que la abuela carecía de legitimación para interesar la privación de la patria potestad del padre, de seguirse *ad pedem literae* la letra de dicho precepto. El Alto Foro valida la legitimación procesal de la abuela en casos como este para lo cual invoca, en función integrativa del Derecho, la Convención de los derechos del niño como plataforma jurídica para hacer valer los derechos del menor, dando prevalencia a la justicia material del caso frente al formalismo legal y al positivismo. En dicha Sentencia se deja sentando que *“se atempera la incursión de la abuela materna del menor*

*no recurrente, como legitimada para el ejercicio de la acción de privación de patria potestad por el aludido cauce reconvencional, en la posición de tercero interviniente, **pero no como una facultad que le corresponda en virtud de lo establecido en el artículo noventa y cinco del Código de Familia, sino como posibilidad de proceder racionalmente en defensa de los intereses del menor; en armonía con las especiales reglas de protección que estipula la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de mil novecientos ochenta y nueve, de la que Cuba es signataria; que resultarían inoperantes si no fuera viable el acto procesal de parte que se cuestiona para la protección de sus derechos, porque debe atenderse en principio, aunque resulte de modo excepcional ante casos de tanta connotación familiar con trascendencia al ámbito social de superior rango, que no debe prevalecer en su enjuiciamiento el formulismo sobre lo justo***”.

Igualmente, la Sentencia N° 321 de 29 de abril de 2016 (ponente Arredondo Suárez), que declara SIN LUGAR el recurso de casación interpuesto, ratificando la sentencia del tribunal de segunda instancia que, igualmente, declaró SIN LUGAR, el recurso de apelación, en su día interpuesto, confirmándose la sentencia del tribunal de primera instancia en el sentido de establecer un régimen de comunicación de la nieta con la abuela. Tómesese en consideración que el Código de Familia cubano no regula lo relativo al régimen de comunicación de los nietos con sus abuelos, lo cual no es óbice alguno para que se atienda una demanda en tal sentido. En esta sentencia, además de aplicar el apartado 6° de la Instrucción 216, de 17 de mayo de 2012, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, el Alto Foro aplica, en función integrativa del Derecho, la Convención de los derechos del niño y para ello sustenta que *“lejos de existir el vacío que acusa el casacionista, por no regularse el accionar por los abuelos en los preceptos cuya infracción acusa, devienen aplicables las enunciadas normas,*

por demás de obligada observancia, en el caso del instrumento internacional, por resultar Cuba signataria, y las novedosas indicaciones aplicables por los jueces, tratándose en definitiva de pretensión derivada del derecho legítimo de la propia menor, aun cuando lo ejercite la abuela, en correspondencia con la especial protección, de rango constitucional, que el Estado dispensa a la familia como eje básico de la sociedad y, en particular, a la niñez y la juventud, todo lo cual determina que la actuación de los órganos judiciales en tales asuntos requiera una proyección amplia y esencialmente humanista, teniendo como premisa el considerar al niño como sujeto de derechos, atender su interés superior, su derecho a la biparentalidad y a relacionarse con sus abuelos y demás familiares (...)”.

También las convenciones internacionales pueden ser interpretadas y aplicadas en función enervante del derecho ejercitado por las partes en un proceso judicial, caso paradigmático lo constituye la Sentencia N° 892, de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suarez), que declara CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por la miembro femenina de una pareja, que había mantenido con singularidad, estabilidad y aptitud legal para ello una unión matrimonial no formalizada, durante un largo período de tiempo, sin ruptura entre ellos, reconocida en primera instancia por el tribunal municipal competente y luego ratificada por el tribunal provincial, período en el cual la mujer sufrió agresión verbal e incluso física de su pareja, que le llevaron a la humillación, conculcándose los deberes y derechos que en el orden personal deben ser cumplidos en una situación matrimonial (*vid.* artículo 25 del Código de Familia), o como la presente en una unión de hecho que pretende sea reconocida *a posteriori* como matrimonio, con los efectos que en Derecho tiene tal reconocimiento. Precisamente la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la que Cuba es signataria constituyó el pivote, en que se sustenta la *ratio decidendi* de esta

Sentencia, de modo que al ser el matrimonio una institución de orden público, de innegables ribetes sociales y no superar el cumplimiento de los deberes y derechos que en el orden personal deben atender los miembros de una pareja para comportarse como tal y pretender en un futuro el reconocimiento de la unión como matrimonio, obviando el juzgador tal desatención, supondría, al decir del Alto Foro, “*que se avalara la violencia por razón de género, conducta rechazada por la comunidad internacional y proscrita por la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, instrumento de corte internacional del cual nuestro país es signatario, de manera que no resiste distinto análisis el desacierto que se advierte en la decisión de la sala de instancia*”. En conclusión, probada la violencia de género perenne durante la vida de la unión matrimonial no formalizada, se enerva entonces la acción encaminada al reconocimiento como matrimonio de esa unión matrimonial no formalizada basada en la conculcación de los derechos de la mujer.

3.2.1. El carácter excepcional de la privación de la patria potestad. La defensa al derecho del menor a la biparentalidad

La función que desempeña la patria potestad para el normal desarrollo de los menores ha sido una constante en las sentencias de los últimos años del Tribunal Supremo. Considerada como la más severa sanción en el ámbito familiar, la posición del Alto Foro, es la de aplicarla con carácter excepcional, refugiado en el principio del interés superior del menor. Ha de ser extraordinariamente grave la falta atribuida al progenitor o progenitora respecto de su hijo para que prospere una demanda en la que el *petitum* se concentra en la privación del ejercicio de la patria potestad. Concebida “*como el conjunto de deberes y derechos entre padres e hijos, recogidos en el artículo ochenta*

y cinco del Código de Familia (...) en el lenguaje del derecho comporta por sí un poder con especiales limitaciones funcionales; que se ejerce siempre en beneficio de los hijos (...)” (Sentencia N° 21 de 31 de enero de 2017, ponente Acosta Ricart), *“su fundamento descansa en la función tuitiva de su ejercicio en interés del menor; lo que implica indefectiblemente el acomodar la potestad de padre y madre a las concretas circunstancias y necesidades del mismo a fin de que éste pueda cumplir con el pleno desarrollo de su personalidad, para lo cual requiere, salvo en situaciones excepcionales, tanto de la figura del padre como de la madre, de ahí que la evolución social ha conducido a la transformación de la patria potestad de un poder absoluto de carácter privado –en beneficio de los progenitores–, en una función tuitiva de carácter social y de orden público –en beneficio de los menores–, con el control del ejercicio, por lo que dicha transformación ha condicionado la modificación de su naturaleza jurídica, a configurarse como un conjunto de poderes, destinados a cumplir determinados deberes y obligaciones que por ley les vienen impuestos a los padres; por otra parte entre los principios fundamentales que informan la institución están el de igualdad de los progenitores, - función dual y la intervención del juez para salvaguardar el interés de los hijos sujetos a la patria potestad”* (Sentencia N° 70 de 24 de febrero de 2011, ponente Díaz Tenreiro).

Como también se ha dejado dicho en la Sentencia N° 891, de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez) en la que se ratifica la sentencia del tribunal de instancia que no accedió a la privación de la patria potestad del progenitor, *“no cabe dudar que a la luz de la Convención de los Derechos del Niño la guía de cualquier decisión debe ser el interés superior del menor; lo deseable es sobrepasar cualquier postura negativa en beneficio de estos y mantener la biparentalidad, teniendo en cuenta que se encuentran en juego vínculos de permanencia que se relacionan con la propia identidad como persona de los infantes, lo que se traduce en la exigencia de preservar para el futuro, como parte*

de su desarrollo integral, afectos, intereses y sentimientos, ello debe dar lugar a que se estrechen las relaciones entre todos los familiares involucrados para coadyuvar a que no se afecte la estabilidad emocional de los menores”.

Precisamente esta excepcionalidad de la privación del ejercicio de la patria potestad va de la mano de uno de los derechos que hoy se enarbolan en instrumentos jurídicos internacionales y las legislaciones internas de contenido familiar. Me refiero al derecho de los menores de edad a vivir en armonía con ambos progenitores, y con ellos con sus familias materna y paterna. El niño, en pos de un adecuado ajuste de su personalidad, debe establecer lazos familiares con ambas familias, estar proveído además de ambos roles, el materno y el paterno y no ser condenado a una “orfandad en vida”, premeditada por uno de sus progenitores, cuando tras la separación de la pareja conyugal se pretende que dicha separación se extienda a la pareja parental. Se intenta entonces invisibilizar al progenitor con el que no se convive, y con ello se condena también a la familia de ese progenitor, tendiendo a la unilateralidad en la formación de los componentes parentales. Como deja dicho el Tribunal Supremo en su Sentencia N° 653, de 28 de diciembre de 2007 (ponente Acosta Ricart) *“la madre o padre que no ostenta la guarda y custodia necesita y tiene derecho a la comunicación con su hijo, sin obstáculos, pero más aún lo necesita el menor; no basta solo con el cariño y dedicación de quien los tenga a su abrigo, incluso del resto de los miembros de la familia; se trata de un sistema en el que cada uno de los padres tiene su importancia y función en cuanto a la formación de valores en el menor”*. La privación, con carácter excepcional, del ejercicio de la patria potestad y el fortalecimiento del derecho de comunicación con los hijos, son dos expresiones concretas de abogar por la defensa del derecho a la biparentalidad, *“el régimen de comunicación tiene como función fomentar un vínculo estrecho de confianza y amistad entre el padre y su hijo, las interferencias u oposiciones de uno*

de los progenitores a las visitas del otro puede tener efectos patológicos en los niños (...) en definitiva la comunicación es un derecho supeditado en todo caso al interés del menor; por ser el más meritorio de protección, lo cual debe ser prioridad por encima de cualquier valoración, incluida la causa de la ruptura de la pareja, la culpabilidad de cada miembro, de sus enfrentamientos o resentimientos personales, todo ello debe ser cuestión que debe estar ajena a las relaciones del menor con su padre; (...) no basta sólo con el cariño y dedicación de la madre incluso del resto de los miembros de la familia; se trata de un sistema en el que cada uno tiene su importancia y función en cuanto a la formación de valores en el menor; por eso cuando la madre, innecesariamente decide asumir sola la crianza de su hijo, extirpando al padre de la vida de este, y con él a la familia paterna, está cometiendo, además de una injusticia, un error irreparable (...)"(Sentencia N° 189, de 20 de junio de 2008, ponente Acosta Ricart).

En fin, como lo resume la Sentencia N° 891, de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez), tantas veces citada, *"la guía de cualquier decisión debe ser el interés superior del menor; lo deseable es sobrepasar cualquier postura negativa en beneficio de estos y mantener la biparentalidad, teniendo en cuenta que se encuentran en juego vínculos de permanencia que se relacionan con la propia identidad como persona de los infantes"*.

3.2.2. Improcedencia de la suspensión de la patria potestad a la madre de un menor, declarada judicialmente incapacitada

Entre las sentencias más significativas dictadas en estos últimos años, destaca la N° 434 de 17 de julio de 2015 (ponente Valdés Rosabal), en la que con valentía se defiende la tesis de no suspender el ejercicio de la patria potestad a una madre que, al momento de dictar-

se la sentencia, tiene privado el ejercicio de la capacidad jurídica y está sometida a un régimen de tutela. La Sentencia desafía el sentido literal del artículo 94 del Código de Familia, como ya he explicado y aplica la Convención de los derechos del niño. No obstante, se siente la ausencia en la fundamentación legal del fallo de la aplicación también del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, de la que Cuba también es parte. No quiero ser reiterativo con lo que ya he expresado sobre esta Sentencia y los elogios que merece. Destaca la interpretación evolutiva o sociológica del Derecho, de manera que el artículo 94 del Código de Familia que dispone preceptivamente la suspensión del ejercicio de la patria potestad ha de interpretarse conforme con los dictados de la *communis opinio* en el momento en que se aplica, o sea, el año 2015, y no conforme con el momento en que se dictó, cuarenta años antes. Los jueces toman en cuenta el principio de afectividad, tal y como expliqué *ut supra*, evidenciado en la manera en que fue tratado el menor por su madre, que aún incapacitada judicialmente, supo prodigarle afecto en todo momento, evidenciando su papel de madre en las peores circunstancias que la vida pudo depararle. Como axioma básico, derivado de la aplicación de la Convención de los derechos del niño, el Tribunal Supremo deja sentado en esta sentencia que “*para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad (la del niño), debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*”, “*en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar*”, y en consecuencia, en el caso que se ventiló, había que aplicar no solo el Código de Familia con una mirada sociológica, de perspectivas, de futuro, sino también la Convención de los derechos del niño, de modo que –como se aduce en la Sentencia *in commento*–, “*en el sensible mundo de los menores de edad, antes de recurrir a la aplicación mediante la interpretación literal de una norma jurídica, no puede distanciarse el juzgador del contexto en que la aplica*”, sin distorsionar su sentido, sin quebrantar su

núcleo duro, su esencia, pero en todo caso, pasando por encima de las formas, si con ello se salva el noble sentido que su contenido abarca, a saber: la protección de los intereses de un menor de edad.

La Sentencia deja claro un particular: la necesidad de revisar en un futuro la imperatividad del artículo 94 del Código de Familia y la ausencia de alternativas que ofrece, amén de lo cercenatorio y discriminatorio que es este precepto legal respecto de las personas con discapacidad psíquica e intelectual. La Sentencia da una nueva lectura al ejercicio de la patria potestad por personas con capacidades diferentes. De ahí la posibilidad de aplicar salvaguardias y apoyos que permitan a estas personas ejercitar *per se* al amparo del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, bajo el auxilio de terceros, los derechos y deberes que el ejercicio de la patria potestad comporta, sin que sea procedente en todo caso la suspensión de la patria potestad, en tanto que, en la medida en que la incapacitación no proceda, o proceda solo en circunstancias excepcionales, en esa misma proporción e intensidad la suspensión del ejercicio de la patria potestad será tema de índole excepcional y no regla preceptiva como establece hoy el criticado artículo 94 del Código de Familia.

3.2.3. El protagonismo que van tomando los abuelos en las relaciones jurídico-familiares

No menos interesante resulta colegir del estudio de las más recientes sentencias del Tribunal Supremo, a las cuales ya he hecho referencia, el rol protagónico que se le va atribuyendo a los abuelos, sobre todo a partir de la aplicación de la Instrucción 216 de 17 de mayo de 2012, dictada por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo y de los instrumentos jurídicos internacionales como la Convención de los derechos del niño. De una lectura del Código de Familia de 1975, aun cuando nos pueda resultar inverosímil, la figura de los abuelos

resulta invisible, ni tan siquiera se mencionan en precepto alguno. Siempre estuvieron ahí, pero fantasmagóricamente para el Derecho familiar cubano. Los abuelos en Cuba siempre fueron el eje o soporte de las familias, el rezago en el cual llorar, los brazos que con fuerza han dado el aliento en los momentos de mayor desesperanza, sobre todo durante la adolescencia, en ocasiones por incomprensiones de los progenitores. Empero, en los últimos fallos judiciales, el Tribunal Supremo ha dado luz verde al valor que tiene la presencia de los abuelos en la educación, la formación de valores y la transmisión intergeneracional de experiencias hacia los nietos, de ahí la determinación de un régimen de comunicación con los nietos (Sentencia N° 321, de 29 de abril de 2016, ponente Arredondo Suárez), la posibilidad, si bien excepcional, de ser titulares de la guarda y cuidado de los nietos (Sentencia N° 751, de 30 de septiembre de 2016, ponente Acosta Ricart y Sentencia N° 214 de 31 de marzo de 2017, ponente Alfaro Guillén), e incluso de ejercitar la abuela, por vía de reconvencción, la acción de privación de patria potestad del padre sobre sus hijos, a la postre sus nietos (Sentencia N° 683, de 30 de octubre de 2015, ponente León Rivas). Para ello el Tribunal Supremo apuesta por una interpretación evolutiva o sociológica, por la prevalencia de la aplicación directa de la Convención de los derechos del niño y con ello por la aplicación del principio del interés superior del menor (artículo 3.1), el recurso a los equipos multidisciplinarios, a las terapias familiares, e incluso a la posibilidad excepcional de aplazar o graduar la ejecución de lo dispuesto cuando ello suponga lacerar la conducta del menor, sobre todo en casos en que se rechace la comunicación con los abuelos, precisamente por la manipulación errada de uno u otro progenitor (Sentencia N° 321 de 29 de abril de 2016, ponente Arredondo Suárez).

3.3. La legitimación del tutor, de una persona declarada judicialmente incapacitada, de ejercitar la acción de divorcio. La indebida inaplicación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad

¿Deben las acciones de estado ejercitarse *intuitu personae*? Si tradicionalmente la respuesta ha sido positiva, cabe argüir que en los últimos tiempos en supuestos de personas en situación de discapacidad, en aras de tutelar debidamente sus derechos y en pos del derecho a la tutela judicial efectiva, la respuesta parece ser diferente. ¿Cómo resolver los casos de personas judicialmente incapacitadas en los que hay una verdadera separación de hecho entre los miembros de la pareja, incluso se ha abandonado al miembro más frágil de la pareja, precisamente en razón de su incapacitación? ¿Le es dable a quien le represente ejercitar la acción de divorcio? La posición favorable es la que por fortuna se va imponiendo en la jurisprudencia comparada.

La profesora VIVAS TESÓN, de la Universidad de Sevilla, que es una aguda investigadora en temas de discapacidad ha hecho un interesantísimo estudio jurisprudencial sobre la discapacidad y la ruptura familiar en el Derecho español. En él cita entre otras tantas sentencias la Sentencia de 21 de septiembre de 2011, en la que el Tribunal Supremo español conoce de un caso en que los tutores (padres) de una mujer incapacitada, interponen a nombre de esta una demanda de divorcio. La sentencia del Juzgado de primera instancia estimó la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio que ya se había sentado con la Sentencia Tribunal Constitucional español de 18 diciembre 2000, pero denegó el divorcio diciendo que: “a) *no está clara la aplicación de la doctrina de la STC 311/2000 al divorcio, porque éste significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; b) la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona; en consecuen-*

cia esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio; c) el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge". Sigue explicando la profesora VIVAS TESÓN que los tutores interpusieron recurso de apelación, el cual fue estimado por la Audiencia Provincial, en cuya sentencia se sostiene que: "a) el argumento de admitir la legitimación activa de los tutores, pero denegar el divorcio lleva a una solución vacía de contenido, de modo que 'los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurran los requisitos exigidos por el legislador'; b) si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; c) no sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento y que no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores; d) finalmente, añade que no existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del art. 267 CC, para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado"⁵⁹.

Finalmente, el cónyuge de la incapacitada judicialmente interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo –siguiendo la explicación de la profesora sevillana– considera que cuando se trata de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:

"1º) El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado (...)

59. VIVAS TESÓN, Inmaculada, "Discapacidad y ruptura familiar en Derecho español", en *Personas con discapacidad: Miradas jurídicas en clave convencional*, Leonardo B. Pérez Gallardo (coordinador), en imprenta, p. 154.

2º) El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271.6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación ‘para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela’, siempre con autorización judicial, que no se requerirá ‘en los asuntos urgentes o de escasa cuantía’. Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271.6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

“La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. Aello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos (...).

“El TS, tras citar y reproducir los arts. 12.3 y 13.1 de la CDPD, afirma que los principios contenidos en ambos preceptos deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, ‘porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo’ ”⁶⁰.

60. *Ídem*, p. 155.

Coincido con los razonamientos de la profesora VIVAS TESÓN en el sentido de que “los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma”⁶¹. En todo caso, si la tutela implica un deber de ejercicio para los tutores, este deber siempre se ejercitará en beneficio del pupilo, bajo la protección judicial, en interés del propio incapacitado y con intervención fiscal que ha de ser un contralor de los tutores.

Conforme con el Supremo Tribunal español referenciado por VIVAS TESÓN, “*constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor*”⁶².

En el Derecho cubano resulta significativa la Sentencia N° 839 de 31 de octubre de 2016 (ponente León Rivas) en la cual se ratifica la sentencia del tribunal de apelación que igualmente desestimó el recurso, confirmando la sentencia del tribunal de primera instancia, que declaró CON LUGAR la demanda establecida por la tutora de una persona judicialmente incapacitada que interesaba el divorcio. Pueden ser múltiples las razones que aconsejan la disolución del vínculo matrimonial, aún el estado civil de incapacitación de uno de los miembros de la pareja, concretamente de quien funge como parte actora del

61. *Ibidem*, p. 156.

62. *Ibidem*, p. 157.

proceso y si bien en el Derecho cubano no se siguieron los razonamientos esgrimidos desde el español, el resultado procesal fue el mismo: admitir la posibilidad del ejercicio de la demanda de divorcio por el representante legal del cónyuge, judicialmente incapacitado. En la sentencia se fundamenta que: *“sentada la situación que justifica que el matrimonio ha perdido su sentido para los cónyuges, la familia y la sociedad, no es posible aceptar que ante el estado de incapacidad que presenta la no recurrente, su tutora y por consiguiente representante de sus derechos, esté impedida de ejercitar la acción de divorcio por su carácter de personalísima, pues en correspondencia con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo ciento treinta y siete del Código de Familia, la tutela constituida judicialmente, tiene como objetivo la defensa de los derechos, la protección de la persona e intereses patrimoniales y el cumplimiento de las obligaciones civiles de los mayores de edad que hayan sido declarados judicialmente incapaces, y no es justo entonces denegar el ejercicio de la referida acción, porque de así aceptarse, quedaría desprotegida la incapaz en la esfera de sus derechos patrimoniales que pudieran derivarse de la comunidad matrimonial de bienes que se pudo crear en la etapa matrimonial, lo que en cierta medida acepta el impugnante en el desarrollo del concepto de la infracción que ofrece”*. Aunque el argumento de nuestro Tribunal Supremo se incardina al aspecto patrimonial, sobre todo en lo que concierne a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes resultante, que no procedería sin antes no se extingue el matrimonio, pudo haber sido esgrimido el principio de igualdad, pues admitir que el cónyuge no incapacitado pudiera ejercitar la acción de divorcio, no así el representante legal del incapacitado, laceraría directamente el principio de igualdad de las partes en el proceso, amén de que en la Sentencia *in commento* no se hace alusión alguna a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006, y ratificada por Cuba, ni tampoco a los intereses personales y familiares

atendibles, pues atentaría contra los más elementales derechos humanos, y también del orden familiar, mantener un vínculo matrimonial, probadamente extinto por la sola razón de la discapacidad psíquica o intelectual de uno de los cónyuges que le lleva a la incapacitación y que le enerva ejercitar dicha acción so pretexto de su carácter *intuitu personae*, sin dudas un atentado contra la dignidad inherente de la persona, principio cardinal de la citada Convención enarbolado en su artículo 1 y contra el ejercicio de la capacidad jurídica como derecho humano, consagrado así en el artículo 12 de la propia Convención.

Algo similar y con matiz muy peculiar opera en la Sentencia N° 892 de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez), ya citada y que *a posteriori* también se seguirá estudiando. Si bien, el tema pasó de soslayo pues no fue objeto del debate en el proceso. Del estudio de esta Sentencia cabe colegir la posibilidad de ejercitar la acción de reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada, por el tutor de uno de los miembros de la pareja. De hecho en la instancia se reconoció la unión matrimonial, y el motivo por el cual fue acogido el recurso de casación en nada tiene que ver con la posible o no legitimación del tutor para el ejercicio de esta acción, de lo que se colige que la parte demandada dio por válida tal representación legal o al menos, o bien no la opuso, o no tuvo éxito en la oposición de la excepción perentoria de falta de legitimación⁶³. Y, comparto este criterio, sosteniendo similares argumentos a los esgrimidos *ut supra* respecto de la acción de divorcio. Lo que trasciende es que el ejercicio de la acción por el tutor le resulte útil al pupilo, se revierta en su interés atendible, ofrezca una justificación a tono con los intereses personales, familiares y patrimoniales del tutelado. Si en el Derecho cubano —estemos

63. Del estudio de la Sentencia de casación no es dable determinar si efectivamente se ventiló o no en la instancia tal excepción perentoria.

conforme o no con la fórmula creada *ex lege*, el reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada es un presupuesto *sine qua non* para *a posteriori* liquidar la comunidad matrimonial de bienes constituida, y si aún más, en el supuesto de que uno de los cónyuges haya fallecido, la única vía para ser llamado a la sucesión y previa aceptación, arroparse con la condición de heredero, y poder ser partícipe de la comunidad hereditaria, adjudicándose el activo líquido repartible entre tales herederos, no hay otra alternativa cuando uno de los miembros de la pareja esté incapacitado, que el ejercicio por el tutor de esta acción, bajo control judicial, y con intervención fiscal en el proceso, como debe acontecer igualmente en el caso de divorcio, no como mero capricho, ni mucho menos por motivos fraudulentos o falaces, sino como alternativa idónea para tener éxito en el algoritmo jurídico que el Derecho cubano establece ya sea para liquidar bienes comunes, vivos ambos miembros de la pareja, o para liquidarlos e incluso acudir a la masa patrimonial herencial del miembro de la pareja fallecido para lo cual se impone demostrar la delación sucesoria del cónyuge *supérstite*, que no tan solo del miembro *supérstite* de la unión finiquitada por la muerte.

3.4. La Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer como soporte del no reconocimiento judicial de una unión matrimonial no formalizada

Por último, quiero puntualizar desde otro enfoque en la archicitada Sentencia N° 892 de 25 de noviembre de 2016 (ponente Arredondo Suárez) por los valores que en ella se transmiten, al enfocar la figura del reconocimiento judicial de la unión matrimonial no formalizada a partir de los valores informantes del Derecho familiar, de modo que el Tribunal Supremo razona –a mi juicio con acierto– que

para reconocer una unión matrimonial no formalizada como matrimonio, no es suficiente cumplimentar los clásicos requisitos de la aptitud legal, la singularidad y la estabilidad de los miembros de la pareja. Estos requisitos legales se pueden cumplir, pero no alcanzaría la condición de matrimonio, la unión basada en la violencia de género, en el discrimen de la mujer, sustentada en vejámenes morales y físicos. No importa que la pareja haya vivido una unión de hecho y no un matrimonio, razón por la cual el contenido personal del matrimonio no es exigible con efectos retroactivos, como la unión en sí, pues cuando se reconoce el matrimonio en circunstancias como la prevista en el caso fallado judicialmente, ya la unión finiquitó, aun en vida de ambos miembros de la pareja. Lo que el Tribunal Supremo deja claro es que si esa unión matrimonial en el período en que perduró, quebrantó los más elementales deberes de la pareja *more uxorio*, y se ha informado de una violencia de género tan perdurable como la propia unión, tratándose el matrimonio -que es lo que se pretende sea reconocido por el órgano judicial-, una institución de orden público, basado en principios no solo jurídicos, sino también morales, éticos, y en una comunidad de vida sostenida en el amor, el afecto y la solidaridad⁶⁴, este no ha

64. Por algo la solidaridad familiar se ha enunciado como unos de los principios informantes del Derecho familiar moderno. A juicio de MEDINA “el principio que aparece como unitivo y que da cohesión a la familia es el de la solidaridad de los miembros que la integran. En este sentido la tutela constitucional que se otorga a la familia debe ser interpretada en función del principio de solidaridad que se configura como una cláusula fundamental en aras del desarrollo de la personalidad”. En tal sentido la profesora argentina apunta que su finalidad “es compensar las carencias espirituales o materiales de los demás miembros de un mismo grupo, su justificación deriva del principio de igualdad; ya que para que los seres humanos sean iguales deben contar con igualdad de recursos materiales o espirituales para desarrollarse”, “(e)l dinamismo de la solidaridad gira en torno al reconocimiento de las diferencias de hecho entre los humanos, pero brota de la afirmación de la igualdad, de una identidad en dignidad de todo ser humano que inspira al sistemas jurídico occidental”. *Vid.* MEDINA, G., “Principios...”, *cit.*, p. 13.

de ser reconocido por el tribunal competente, pues actuar de esta manera haría a la Justicia convertirse en cómplice de la violencia de género y a su vez, conculcaría los principios que enarbola la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, invocada con acierto en la Sentencia, si bien debió haberse precisado los concretos preceptos que amparan este muy acertado fallo judicial (v.gr. artículo 16). Como razona el Tribunal Supremo, siendo *“el matrimonio institución que sobrepasa el interés individual, e incluso el de la pareja, por trascender a la sociedad, como asiento de la familia (...) el exitoso ejercicio de la acción dirigida al reconocimiento con tal alcance debe pasar por el cabal escrutinio que permita discernir si se trata de una relación conyugal donde se constata el cabal cumplimiento de los deberes y derechos que fija la norma familista por sus miembros, y entender lo contrario daría lugar a que se avalara la violencia por razón de género, conducta rechazada por la comunidad internacional y proscrita por la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (...)”*.

De este razonamiento judicial cabe colegir los derroteros por los que transita hoy día la interpretación y aplicación del Derecho familiar por el Tribunal Supremo cubano en lo que juega un papel trascendente la aplicación directa de los tratados internacionales de derechos humanos, los principios informantes del Derecho de familia, el plexo axiológico de que se informa toda norma jurídica, y aún más si esta es de naturaleza familiar. Como se ha sostenido en la Sentencia N° 751, de 30 de septiembre de 2016 (ponente Acosta Ricart), los nuevos tiempos exigen de los jueces la creación de una doctrina jurisprudencial *“acorde con un Derecho de familia, el actual, más flexible, y que trata de adecuarse a la realidad”*.

4. A manera de cierre

Si bien el estatismo y el conservatismo han sido constantes en los últimos años en materia de legislación familiar en Cuba, aun cuando las dinámicas socio-familiares describen nuevos modelos de familias que reclaman que el legislador vuelque la mirada hacia ellas para dejar de vivir inadvertidas o en versión fantasmagórica desde el caleidoscopio jurídico, no obstante, se empieza a sentir el impulso de los nuevos tiempos desde otra faceta del Derecho, más sentida, más vivida, más dinámica: la jurisprudencial. Se va dibujando el boceto de un Derecho de las familias que hoy se construye más hacendoso, más dúctil, más inclusivo, más pluralista, basado en el afecto, en el amor, en la solidaridad, y que ha permitido fortalecer la institución de la familia. Como con acierto ha dicho la profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI “(l)a familia hoy es (...) el ámbito de encuentro del amor y de la solidaridad, de la formación moral de los hijos, de la protección contra las agresiones externas de todo tipo, de la recepción y revalorización de las esperanzas y los sueños. Esta función no es baladí; por el contrario, es la que respecta a la persona en su real humanidad”⁶⁵.

65. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Palabras pronunciadas en el acto de apertura al *X Congreso internacional de Derecho de Familia* (Mendoza, Argentina, 20 de septiembre de 1998), en *El Derecho de familia y los nuevos paradigmas*, tomo I, bajo su coordinación, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 1999, p. 13.



SUJETOS RESPONSABLES EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR, CON ÉNFASIS EN LOS PRODUCTOS

Marco Colmán¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRODUCTOR, SU PERCEPCIÓN GENÉRICA. 1. EL FABRICANTE. 2. EL IMPORTADOR. 3. EL SUMINISTRADOR. III. CONCLUSIÓN. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

La sociedad de consumo y bienestar en la que nos desarrollamos como individuos, crece al mismo ritmo que crece la producción de productos. Esta producción que engloba su propia complejidad y técnicas que la mayoría desconocemos, sumada a la distancia y las diferentes legislaciones bajo las cuales pueden ser manufacturados, nos llevan a que como consumidores² desarrollemos un vínculo de confianza inmediata en el producto que estamos adquiriendo, puesto que partimos de la idea de que estamos ante un producto seguro y confiable.

-
1. Abogado y Notario Público por la Universidad Nacional de Asunción (Cuadro de Honor), Máster en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca, España y curso de Maestría en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Integrante de Vouga Abogados. Profesor de Derecho Procesal Civil I en la UNIBE.
 2. Parfraseando al presidente de los Estados Unidos en su célebre discurso del 15 de marzo de 1962, quien manifestó que “... todos somos consumidores”; sin distinción alguna, es por ello que me sumo a este concepto de que “todos somos consumidores”.

Lo que como sociedad hemos planteado durante los últimos años –ya largos años– es una protección real a la salud y seguridad de los consumidores, como puntos principales y más importantes que plantean la protección a los mismos.

La producción en masa de productos es la característica de nuestros días. La preparación artesanal de productos ha perdido fuerzas desde la propia revolución industrial, y en estos últimos 20 años ha experimentado aún más una variación que nos lleva a consumir productos elaborados a una rapidez incalculable, y además de ello los factores de conexión y colonización de nuevos mercados nos llevan a consumir productos que ven la luz a miles de kilómetros de nuestro lugar de desarrollo de actividades.

No obstante, la legislación nacional vigente –Ley 1.334/98, De Defensa del Consumidor y del Usuario– no realiza una distinción efectiva del Productor de los productos, puesto que engloba en un solo concepto, diversos sujetos que participan en diferentes momentos de la producción, puesta en circulación y distribución de los productos. A contrario de las legislaciones más avanzadas como la europea, la paraguaya, sintetiza de manera muy básica, un solo concepto de productor, que en la práctica sería en principio el sujeto responsable en caso de ocasionarse un daño al consumidor.

Pero, ¿por qué es importante clasificar al productor?, básicamente porque nos hallaríamos ante por lo menos tres sujetos totalmente diferentes, y el grado de responsabilidad de ellos no es el mismo, pues por ejemplo uno de los sujetos puede fabricar el producto, entregarlo en perfecto estado al vendedor final y por una negligencia de este último, el producto puede sufrir un defecto o problema extrínseco que lo altere y lleve al posterior reclamo al fabricante, quien en la realidad fáctica no tuvo responsabilidad de tal defecto o problema. Este tipo de situaciones se genera con frecuencia en el interior de nuestro país en relación a productos bebibles (gaseosas) que son defectuosamente

apilados en lugares expuestos al sol y en contacto con otros productos (insecticidas) que pueden alterar gravemente su composición y dañar la salud de las personas.

El punto gira en torno a deslindar las responsabilidades, al igual que diferenciar claramente los sujetos que intervienen en el proceso de fabricación, transporte, almacenamiento y comercialización de productos.

Por ello, en el presente trabajo nos centraremos en los tres grupos, que son: i) el fabricante; ii) el importador; y iii) el suministrador. A continuación pasaremos a realizar un estudio de estos sujetos.

II. El Productor, su percepción genérica

Sin lugar a dudas la figura del productor es de vital importancia en la relación consumidor-productor-producto (o viceversa), no obstante y tal como se manifestó en la introducción, nuestra legislación nos proporciona una figura genérica, pues engloba a varios sujetos en un solo sujeto (valga la redundancia), cuando en realidad esta percepción genérica debe ya ser desterrada, no solo de nuestra legislación, sino también de nuestra percepción como consumidores.

La Ley 1.334/98 “De defensa al Consumidor”, en su artículo 4º extiende el concepto de proveedor a toda persona, sea esta física o jurídica, nacional o extranjera, pública y privada que realiza como actividad la producción, distribución y comercialización de bienes en el mercado³.

No obstante, en las legislaciones más avanzadas, se realiza una serie de divisiones. La primera de ellas gira en torno a diferenciar el

3. RUIZ DÍAZ LABRANO, R. *Derechos del Consumidor y del Usuario de Servicios Ley N° 1334/98, De Defensa del consumidor y del usuario*, La Ley S.A., Asunción, 2014, p. 95.

tipo de producto ofrecido, dividiéndose estos en: a) Un Producto terminado, b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado, c) Una materia prima⁴.

Entonces el primer paso para entrar a discutir sobre el productor es determinar ante qué tipo de producto estamos, ya que puede tratarse de una materia prima sin proceso alguno que cause algún perjuicio o se encuentre en mal estado (productos cárnicos, por ejemplo, que pueden sufrir en el lugar de venta problemas de conservación y por ello entrar en descomposición) o puede tratarse de productos importados que causen un grave perjuicio a la persona, pero que el importador no tenga responsabilidad alguna⁵, tal como el caso del producto *Lisiform* de amplia difusión en nuestro país, hace unos años.

Es aquí donde radica la importancia de que la legislación realice una detallada diferenciación de lo que debe entenderse por productor, estableciendo la responsabilidad de cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso hasta llegar al consumidor final, en vista de que pueden existir casos en que la responsabilidad sea exclusivamente del suministrador y no del fabricante del producto, como se verá más adelante.

Esta modificación legislativa traería beneficios al consumidor final y a los fabricantes del producto, considerando que, para un consumidor resulta (en la mayoría de los casos) más tentador iniciar una posible acción, reclamo o denuncia en contra del fabricante —en búsqueda de mayor compensación económica— y no ante quien realmente tiene la responsabilidad.

-
4. Art. 138 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) de España, normativa adaptada a las Directivas Europeas y en general, normativa utilizada en varios países de la Unión Europea.
 5. Podría tratarse de casos de intoxicación de productos médicos, en donde el problema sería de origen y la culpa no sería exclusivamente del importador.

Por último, consideramos que se debería establecer una responsabilidad solidaria entre los sujetos responsables del producto, de forma a que, el que indemniza al consumidor pueda posteriormente reclamar al sujeto responsable real⁶.

A continuación realizaremos una división de los diversos sujetos responsables en el caso de los productos puestos a disposición del consumidor. Siendo nuestra intención generar el debate que apunte a obtener la introducción en nuestra legislación positiva de normas que desarrollen una división correcta de los sujetos que intervienen en el proceso y una clara pauta de atribución de responsabilidad.

1. El fabricante

El concepto de fabricante se desarrolla seguidamente en base a legislación europea⁷ y doctrina extranjera, por carecer nuestra legislación y doctrina de definiciones claras sobre el mismo. En atención a ello podemos decir que fabricante es aquel que realiza una actividad de transformación o producción de materia prima, así como cualquiera que participa en el proceso de fabricación del producto, incluido aquel que solo ensambla las piezas fabricadas por otros⁸. No obstante tampoco podemos olvidar la figura del fabricante aparente, el cual es toda persona que, sin serlo realmente, sin haber intervenido en el proceso productivo, se presenta objetivamente como tal al venir colo-

6. El caso de la responsabilidad solidaria no será analizado en el presente artículo, puesto que merece, sin lugar a dudas, un análisis más profundo y extenso. En el presente artículo nos centramos en desglosar los sujetos responsables de la cadena vinculada a los productos.

7. Específicamente nos basamos en la legislación española.

8. PARRA LUCÁN, M. *La Protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, p. 150.

cando su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto⁹.

Podemos en principio sostener que existen tres tipos de fabricantes, siendo el primero el fabricante total, el segundo el fabricante parcial y el tercero el fabricante aparente.

Así el fabricante total sería aquel que transforma una materia prima o la produce, incluidas las materias primas agrícolas y ganaderas¹⁰, sin que participe otra persona en el proceso que lleva a obtener el producto final. Hoy en día la doctrina internacional se encuentra sumergida en el estudio de los fabricantes de materia prima agrícola y ganadera, sobre todo ante la creencia de posibles casos de enfermedades (oncológicas la mayoría) derivadas del consumo de los llamados productos transgénicos, o de los animales confinados, de la leche, entre diversos supuestos¹¹.

El fabricante parcial es aquel que participa del proceso de producción, pero dependiendo de otros para lograr el producto final, siendo el caso de los que ensamblan productos, por ejemplo.

De particular interés resulta el fabricante aparente, atendiendo que su rasgo esencial es la apariencia con la que se presenta ante el consumidor, pues si bien se atribuye ser el fabricante del producto (fabricante total) sin serlo. Esta figura es actualmente muy utilizada

-
9. En la actualidad es común que se importen productos fabricados en el extranjero y que le agregue la marca del distribuidor nacional, como serían los casos de importar aires acondicionados sin marca y agregarle la marca o logo en territorio nacional. Así también, este sería el caso de las llamadas “marcas blancas”, en otras palabras, productos fabricados por una persona, pero con la marca de otra que se presenta como el distribuidor final.
 10. Suena un poco confusa la denominación fabricante al productor de materia prima, puesto que no “fabrican”, pero se deberá tener en cuenta como fabricante a los mismos.
 11. Existen estudios de la OMS de reciente difusión y otros realizados por diversos medios, sin existir a la fecha un consenso general sobre ellos.

por los hipermercados que presentan diversos productos con marcas suyas, sin ser los reales fabricantes del producto.

La doctrina internacional más respectada, al respecto del fabricante aparente, menciona: “también responde como fabricante el ‘productor aparente’: es decir, quien, sin ser realmente fabricante, se presenta al público como tal, haciendo creer que él es el productor, al comercializar los productos con su marca. Lo esencial es esa apariencia de ser el fabricante. La regla, parece, tendrá aplicación no solo para los productos a granel, sino también en el caso de las grandes superficies comerciales o distribuidores que presentan con su propia marca una diversidad de productos que, realmente, no han sido elaborados por ellos, pero que se presentan al público únicamente con su marca (marcas blancas)”¹².

2. El importador

Además del fabricante, nuestra legislación nos presenta la figura del importador, entendiéndose a este como aquel que colabora con el productor en la introducción al mercado de un producto, no exigiéndose a este una actividad de producción o transformación¹³.

Así también es importador no solo el que dé ingreso a un producto terminado, sino también cualquier elemento integrado en un producto terminado o una materia prima.

Esto significaría que, a los efectos de responder ante incumplimientos de la legislación de defensa a los derechos del consumidor, el

12. PARRALUCÁN, M. “Comentario Artículo 129” en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1682.

13. VELA SÁNCHEZ, A. *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Albalote, 2004, p. 26.

importador es el que en determinados casos debería ser el responsable de responder y no el fabricante original¹⁴.

De especial interés es el caso de los importadores de materia prima o productos agrícolas, dado que el producto importado puede presentar algún defecto que directamente tenga incidencia final con el producto, el cual podría resultar defectuoso y no por culpa del fabricante, sino más bien por la naturaleza o el estado del producto importado.

En este caso consideramos que es el importador quien debería responder ante el fabricante, como si este último fuese un consumidor de acuerdo a los términos de la legislación aplicable, y podrá entonces el fabricante exonerarse de cualquier reclamo en caso de que demuestre, por las vías correspondientes, que el defecto es consecuencia del producto importado por el importador.

Otro caso, de especial referencia, es el de los productos farmacéuticos o destinados a cirugías estéticas. Recordemos que en la última década han sido varios los casos de mujeres que solicitaron indemnización en el caso de prótesis mamarias defectuosas. En este esquema, el importador debería responder a los consumidores finales ante el defecto de un producto por más que el responsable sea el fabricante y luego este importador deberá reclamar ante el fabricante original.

En otras palabras, y atendiendo la posición menos favorecida del consumidor, el importador tendría que responder ante estos casos, pero con la exclusiva facultad de reclamar posteriormente al fabricante original.

14. Suficiente lógica tiene esta disposición, puesto que un producto puede ser fabricado a kilómetros de distancia, y ello podría representar mayores gastos ante un posible reclamo por parte del consumidor.

3. Suministrador

Si bien nuestra legislación no contempla una definición clara del suministrador, podría afirmarse que el suministrador o proveedor es aquel sujeto que interviene profesionalmente en la comercialización de un producto sin tener la consideración de fabricante o importador. Por ello, cualquier sujeto perteneciente a la cadena de distribución del producto puede ser considerado suministrador¹⁵.

Ahora bien, el problema consiste en entender si el suministrador responde de manera subsidiaria o directa ante un reclamo por parte del consumidor. Este sería el primer problema que nos presenta la falta de una definición clara de las responsabilidades por parte de nuestra ley.

Como primera medida parecería ser que siempre responde de manera directa el fabricante o importador del producto y solo de manera subsidiaria el suministrador. Pero esto no es absoluto.

La regla general es la exclusión de la responsabilidad del proveedor o suministrador, porque se entiende que este no ha tenido participación directa en la producción del producto y por ello no tiene los conocimientos ni la oportunidad de inspeccionar los bienes que pone a disposición de los consumidores en general.

Si bien el principal responsable ante un reclamo o denuncia será el fabricante o el importador, consideramos que el suministrador debería responder de manera directa en ciertos y determinados casos, los cuales los exponemos a continuación (aclarando que esta es una interpretación doctrinaria, siguiendo como en todo este artículo legislación y doctrina extranjera).

15. DE LA VEGA GARCÍA, F. *Responsabilidad Civil Derivada de Productos Defectuosos. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas SA, Madrid, 1998, p. 111.

El primer caso sería por desconocer el suministrador al fabricante o importador del producto. Pueden darse casos, en que se ponga en venta ciertos productos sin que esté identificado el fabricante (generalmente los productos a granel, productos cárnicos, algunos lácteos entre otros).

En este sentido, consideramos que debería ser el suministrador el que responda ante el reclamo del consumidor, salvo que comunique –de manera fidedigna– el origen del producto. La hipótesis de falta de identificación absoluta del fabricante o importador conlleva que se considere al suministrador como uno de ellos. Esta regla está dirigida a facilitar la reclamación de la víctima y a salvaguardar la efectividad del ejercicio de su derecho a instar la indemnización de los daños sufridos.

Otro supuesto sería el caso de que el suministrador comercialice productos con determinados defectos a sabiendas claras de estos defectos, o por negligencia del mismo.

En este particular supuesto, nos encontramos ante la figura del suministrador “doloso”, puesto que debe reconocerse que un suministrador que “a sabiendas” ofrece un producto inseguro a sus clientes es efectivamente responsable¹⁶. Estos serían los claros casos en que el suministrador comercializara un producto vencido de manera dolosa o por negligencia del mismo, sabiendo que esto puede causar un perjuicio al consumidor de manera directa, y subsidiariamente al prestigio del fabricante.

La legislación debería establecer claramente el derecho del fabricante o importador de repetir contra el suministrador doloso en caso

16. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *Daños Causados por Productos Defectuosos (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008, p. 208.

de que se compruebe el dolo o negligencia, y exista un reclamo por parte del consumidor.

Es necesario que nos planteemos el siguiente supuesto: ¿qué pasaría si por negligencia exclusiva del suministrador el producto se vuelve defectuoso? Y conociendo este defecto el suministrador de igual manera lo pone en circulación. ¿Qué pasaría si el suministrador conoce que el producto se encuentra defectuoso por falta de un correcto almacenamiento de este?

Consideramos que en este caso sería el suministrador el que debería responder como si fuese el propio fabricante o importador, por más que este haya sido identificado.

Esto en caso de que el suministrador conozca el defecto o inseguridad del producto, porque si el mismo sabe que la cadena de frío se ha cortado por culpa del mismo (es muy difícil que no lo sepa) y pese a todo pone en circulación un producto que necesita esta cadena de frío, es el responsable por dicho acto y deberá responder por él mismo.

Siguiendo esa línea de pensamiento consideramos que esta sería una causa de excusación del fabricante o importador y más si tenemos en cuenta que el Art. 1846 del Código Civil paraguayo dispone en su párrafo final "...salvo... que el perjuicio fue ocasionado... o de un tercero por cuyo hecho no deba responder".

Si el fabricante o el importador demuestran, ante un reclamo o denuncia administrativa o en un juicio ordinario planteados por el consumidor, que no existe responsabilidad suya, será en el primer caso la autoridad competente¹⁷ la encargada de desestimar el reclamo o denuncia y de oficio iniciar los trámites contra el suministrador.

En los casos de procesos en sede judicial, el fabricante podría directamente incluir al suministrador o en su caso en el periodo pro-

17. La Secretaría de Defensa al Consumidor (SEDECO) en materia de reclamos o denuncias administrativas.

batorio correspondiente deberá demostrar por todos los medios de prueba la falta de responsabilidad, debiendo el juez rechazar la demanda si se demuestra que el fabricante o importador carece de responsabilidad civil y que esta responsabilidad es por acto de un tercero ajeno a su actividad y por el cual no deba responder.

III. Conclusión

En el estado actual de desarrollo social se configura un notable crecimiento del consumismo. Nos hemos convertido en lo que los sociólogos llaman “una sociedad de consumo”.

Esto necesariamente requiere que como nación en desarrollo pugnemos por la sanción de normativas modernas, claras y que se adapten a una realidad incuestionable, la cual es: Paraguay se encuentra en notable auge el crecimiento de la industria, importación y comercialización de productos de todo tipo.

De igual forma, ya no es “novedad” encontrarnos con marcas blancas en los hipermercados, y por ello debemos esclarecer –como estudiosos del Derecho– la relación que podría existir en caso de inconformidad o daños que produzcan dichos productos presentados como marcas blancas.

Por ello sostenemos que es vital que nuestra legislación realice una determinación más clara de los sujetos responsables en el Derecho del Consumidor, proponiendo para el debate el camino que han seguido las legislaciones aplicadas en los mercados internacionales relevantes.

IV. Bibliografía

- DE LA VEGA GARCÍA, F., *Responsabilidad Civil Derivada de Productos Defectuosos. Un estudio de la Ley 22/1994 en el sistema de responsabilidad civil*, Civitas SA, Madrid, 1998.

- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. *Daños Causados por Productos Defectuosos (Su régimen de Responsabilidad Civil en el Texto Refundido de 2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias)*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2008.
- PARRA LUCÁN, M.: *La Protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.
———. “Comentario Artículo 129” en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Coordinador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Aranzadi, Navarra, 2009.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, R., *Derechos del Consumidor y del Usuario de Servicios, Ley N° 1334/98, De Defensa del consumidor y del usuario*, La Ley S.A., Asunción, 2014.
- VELA SÁNCHEZ, A. *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Comares, Albalote, 2004.



EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL DERECHO PROCESAL LABORAL PARAGUAYO

Origen del Derecho Procesal Laboral paraguayo

*Zully Nerina Almirón Alonso**

Introducción

En el presente trabajo exponemos un análisis breve del origen del derecho procesal del trabajo y su evolución a través de la historia, enfocándonos en las relaciones laborales, sus conflictos sociales, la

* Abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción. Docente con Postgrado en Didáctica Universitaria; realizó cursos en Pasantía en Responsabilidad Social en la Pontificia Universidad de Valparaíso, Chile (2012); “Estrategias de Responsabilidad Social Universitaria”, organizado por la OEA y el BID (2008); Sistemas de Gestión de Responsabilidad Social según S.A.; 8.000: 2001 (2004), organizado por la TUV Rheiland Group, Buenos Aires Argentina. Co-autora del libro “Normas de Seguridad en el Trabajo”, con cuatro ediciones publicadas. Autora del libro “Vínculos entre el Derecho Ambiental, la Seguridad Ocupacional y la Responsabilidad Social. Certificada como Conferencista, año 2011, en Responsabilidad Total por el Instituto Panameño “Latin American Quality Institute”. Realizó varios trabajos de diagnóstico para la implementación de ajustes en el área laboral y de recursos humanos de varias empresas reconocidas en Paraguay, con criterios de RSE. Es directora de Asesora RSE Consultores y una de las consultoras contratadas por la Asociación de Empresarios Cristianos (ADEC) – Proyecto ADEC/BID– para la incorporación de la Responsabilidad Social Empresarial en PyMes paraguayas. Docente en universidades públicas y privadas del país, a nivel de grado y postgrado.

influencia de la doctrina social de la Iglesia y el posterior nacimiento de las normas jurídicas, en primer lugar las de fondo y posteriormente las de forma.

Así pues, realizamos una breve historia de la revolución laboral en Chicago, Estados Unidos, y su finalización y posterior reconocimiento, para luego adentrarnos en Latinoamérica, la realidad social de la época, los pensamientos que surgieron e influenciaron para el nacimiento de la codificación en Paraguay, las Constituciones que tuvieron vigencia e influencia durante la promulgación del Código Procesal del Trabajo, primero y único de la Nación paraguaya.

También se analiza la influencia que tuvieron los diferentes gobiernos hasta la era de la democracia en la aplicación de sus normas. La doctrina y su evolución en la aplicación del derecho de forma, y el sistema que este Código sigue.

Antecedentes

La base del Derecho nace realmente en la economía, “el saber de la casa”. Si analizamos la economía desde la perspectiva de la Doctrina Social de la Iglesia, la primera condición básica de la economía es la apropiación, sin la cual no es posible ningún tipo de actividad humana. Francesco Carnelutti, expresa que: “La propiedad es, históricamente, el primero de los derechos subjetivos; el derecho subjetivo nace como propiedad”¹. El problema se suscita cuando una persona no reconoce la propiedad de otra o, en su caso desconoce la propiedad. Por tanto, buscando siempre una convivencia pacífica, los seres humanos organizados en sociedad, a través de sus autoridades, reconocen el dominio del hombre a través de un ordenamiento, surgen así las pri-

1. Francesco Carnelutti. “Cómo nace el Derecho”. Rodamillans S.R.L. Librería El Foro. 2006. Pág. 37.

meras reglas para evitar la destrucción del hombre por el hombre luchando por la apropiación.

Por supuesto, la primera propiedad del hombre es su propia persona; en la Antigüedad se privaba al ser humano de su primera propiedad a través de la esclavitud, que incluso fue defendida por Aristóteles la necesidad de la misma, porque desempeñó durante mucho tiempo un papel muy importante en la economía de la Antigüedad, figura que es abolida debida al cristianismo, hoy es totalmente rechazada. De este estado de esclavitud lentamente se evoluciona hacia el respeto de la libertad de la persona. Tenemos así en el Derecho Romano nuevas figuras que se legislan, entre ellas la “*Locatio conducti*”, que era como un sistema de alquiler del cuerpo de la persona para prestar a otra determinados servicios u obras recibiendo una paga por ellas. Sería esta una de las formas primitivas de una relación en la cual se presta un servicio o se realiza una obra, sería un avance ante la referida esclavitud. La *locatio conductio* como contrato consensual del derecho privado preclásico, también comprendía la locación de servicios y que fue la única entre las formas romanas de trabajo dependiente que llegó a ser el modelo de la dogmática romanística: el conductor lleva consigo algo, el locutor aporta algo para que se use en otro lugar. Esto vale tanto para la locación de cosas como para la locación de obra y la locación de servicios, ésta última se mezcla con la locación de cosas y la locación de obras.

Así, quien entra en servicio se dispone para un cambio de lugar, quien acepta servicios se lleva a aquel. El mercado de trabajo es primeramente un lugar en el que el cambio se realiza.

En la Revolución Industrial, ante el rápido crecimiento de las máquinas, el cambio social y económico, el surgimiento de una nueva clase social, ante el capitalismo, el proletariado; nace una nueva relación jurídica basada en el alquiler de la persona, de sus cuerpos, para los trabajos ante una sociedad industrializada, flagelados por esta

nueva economía que se apropiaba de los cuerpos sin importar sus necesidades síquicas, materiales, espirituales, emocionales, y esa regulación jurídica no satisfacía, a los “pretendientes”, para el Derecho Procesal; al “Proletario” para la sociedad de la época.

Ante la insatisfacción socio-económica y jurídica, surgen las revoluciones civiles y el caos en los países más industrializados, dando comienzo a una nueva regulación jurídica, el Derecho del Trabajo.

Podemos distinguir así como una garantía, el derecho procesal, se ve avasallada por fundamentar las bases de la pretensión en normas civiles, desconociendo aún los principios básicos del derecho del trabajo, porque la realidad social se encontraba ante un cambio, era la evolución de una actividad humana que se basaba en la rentabilidad de la fuerza física o en la rentabilidad del servicio, porque el trabajo se reconocía como una actividad voluntaria, onerosa e independiente, siendo errada la última característica, porque el trabajo es una actividad voluntaria, onerosa pero dependiente.

Aparte los sujetos de derecho de ésta relación, no se encontraban en un mismo pie de igualdad, existía una diferencia económica y social, que no permitía la satisfacción de las pretensiones de los demandantes, en otras palabras la reclamación carecía de tutela jurídica, porque pese al establecimiento legal del proceso como garantía para las personas, desde el momento que una de las partes es más fuerte (económica, política y socialmente) que la otra, tenemos una lucha desigual en donde ya sabemos quién será el ganador.

Por lo tanto, el débil trabajador, tuvo que utilizar la unión de la fuerza física, psicológica y social para lograr un cambio jurídico y social en una lucha de derechos en la cual se violaban derechos elementales como la vida y la propiedad, sin entrar todavía a analizar los derechos laborales reconocidos posteriormente como inalienables siendo considerados derechos humanos de segunda generación.

El 1 de mayo de 1886 es la fecha crucial para este derecho, cuyas instituciones tienen como base principal la encíclica *Rerum Novarum*,

del papa León XIII (1890), la huelga que convocó a miles de obreros en aquella fecha paralizó 5.000 empresas en Chicago, así como sus puertos, las manifestaciones van hasta el 4 de mayo del mismo año en donde irrumpe la Policía de Chicago en una pacífica reunión, que deja de tener tales características al estallar una bomba en la fila de los policías y estos últimos arremeten con disparos en contra de los trabajadores huelguistas matando a 38 de ellos y dejando más de 200 heridos. Los principales dirigentes de los trabajadores fueron detenidos.

Se abre el proceso judicial contra Adolf Fisher, August Spiess, Louis Lingg, George Engel, Albert Parsons, Samuel Fiendel, se los acusa de formar parte de una sociedad secreta para destruir la comunidad de la época. El juicio consta de un jurado, todos respetados hombres de la sociedad, anti-anarquistas que desprecian la causa del proletariado, con un fiscal que en realidad nada pudo probar, pero la sentencia ya era conocida antes de leerla, expresaba el mismo en sus alegatos: “Ellos no son más culpables que quienes los siguen, condénenlos, como lección a los demás, ahórquenlos para salvaguardar nuestras instituciones y nuestra sociedad”. Los diarios de la época, como el “Chicago Tribune”, expresaban: “El plomo es el mejor alimento para los huelguistas”; “La prisión y los trabajos forzados es la única solución posible para la cuestión social”. La sentencia es leída el 11 de noviembre de 1887, un año y seis meses después del arresto de los huelguistas y hoy mártires.

Si analizamos el proceso, tenemos que se abre con un fiscal mezquino ante los derechos de los trabajadores; un jurado con un buen conocimiento sobre sus propios intereses; un juez con preconceptos, contra la defensa, y muy seguro de la culpabilidad de los imputados antes de ver y escuchar las pruebas, lejos de ser imparcial e independiente; y los detenidos que ya sabían de antemano la sentencia.

José Martí, periodista de la época, escribe para el diario Nación: “Firmeza en el rostro de Fisher; plegaria en el August Spiess; orgullo

en el Heart. Antes de que le sea puesta la capucha para soltar la horca Spiess grita: “la voz que vas a sofocar será más fuerte en el futuro que cuantas palabras pudiera decir ahora”.

George Engels expresaba: “Vuestras leyes están en oposición de la naturaleza mediante ellas robáis masas del pueblo, a la vida, a la libertad, al bienestar. No combato a los capitalistas individualmente, combato al sistema que produce sus privilegios”. Luego caen los cuerpos en una danza espeluznante pretendiendo acallar con la pena de muerte los derechos de una clase social.

En 1893, seis años después de la muerte de estos mártires y tres años después de la primera encíclica papal *Rerum Novarum*, el gobernador de Illinois permitió la revisión del proceso y el juez Evert Hart probó que los testigos habían sido comprados; el procurador eligió a su antojo el jurado y que el mismo capitán de la Policía ordenó que se lance la bomba que estalló en sus filas, concluye la sentencia del juez expresando: “tal atrocidad no tiene precedente en la historia”.

Con el fin de adentrarnos en los antecedentes del proceso laboral, tomamos este hito histórico, reconocido internacionalmente en 1899, en París, Francia, en la Segunda Asamblea de la Internacional Socialista que aprueba el 1 de mayo como día de los trabajadores, (casualmente Estados Unidos es el único país que celebra en el mes de setiembre el día de los trabajadores), para analizarlo desde una óptica procesal y social a la vez. Este proceso del siglo ante pasado, siguió las normas del Common Law, en el cual los imputados contaron con un juez, un jurado, un fiscal acusador, y posiblemente un defensor que en la historia no hizo mérito alguno, pero se siguió el método procesal en el cual, el Juez es el director del proceso, y un jurado que escucha y ve las pruebas ofrecidas por las partes y de acuerdo a eso dicta un veredicto “culpable o inocente” y el juez resuelve dictando la pena. Evidentemente se trató de un proceso penal, pero su antecedente versa sobre una lucha de carácter social que pugna por el reconocimiento de dere-

chos, en una relación jurídica disímil a las demás, en la cual existen características de dependencia, tracto sucesivo, que la diferencia de las demás relaciones jurídicas. Esta lucha es conocida como lucha de clases, “Proletariado vs. Capitalismo”. Los grandes intereses económicos y sociales de la época llevaron al juicio relatado, utilizando el método procesal conocido a un proceso inquisitorial en el cual desde su inicio se conoció la sentencia de muerte al cual estaban predestinados los imputados. En este proceso el método fue utilizado para obtener un fin, acabar con la lucha de clases, sancionando con la peor de las penas a quienes reclamaban sus derechos laborales (para la época, subjetivos), la muerte por ahorcamiento.

Esta lucha por el reconocimiento de derechos laborales es la que generó un nuevo derecho de fondo y también de forma, el origen de las actividades laborales, su relacionamiento, la diferencia económica de las partes es lo que trae aparejado el nacimiento de nuevas normas basadas en principios diferentes a los de otras ramas del derecho. El derecho civil y el derecho penal son ramas originarias; sin embargo, el derecho laboral se desprende del derecho civil, de ahí que el derecho procesal laboral también se desprenda del derecho procesal civil, pretendiendo celeridad ante la clase de derechos que protege, entre ellos el sustento diario, la salud del trabajador, la necesidad de conservar las industrias para la subsistencia del empleo, crucial para el mantenimiento de una sociedad. Por eso nacen reglas como la celeridad, el proceso laboral posee plazos más cortos que otras ramas procesales; el de concentración, las audiencias de conciliación y ofrecimiento de pruebas se realizan en el mismo día con diferencia de minutos y son orales, las audiencias confesorias, testificales y otras se realizan en el mismo día; el impulso procesal de oficio y la potestad del juez para fallar más allá de lo pedido, facultades ultra y extra petita que desarrollaremos más adelante.

Obviamente podemos notar que el poderío económico, los intereses mezquinos de una clase de mucha influencia ante las autoridades

del Estado, no pudo durar en el tiempo ante reivindicaciones clásicas como mejores condiciones de trabajo, la jornada de 8 horas de trabajo², un salario digno, reclamados por los trabajadores, que fueron la cuna del Derecho del Trabajo. Cabe resaltar que Mozart Víctor Russomano se refiere a que estas conquistas del movimiento obrero, para el capitalismo eran consideradas concesiones³.

Recién en 1919 en el Tratado de Versalles es reconocida la división de la jornada laboral en 8 hs. correspondiendo 8 horas de trabajo, 8 horas de descanso, 8 horas de convivencia familiar, reclamada por los trabajadores el 1 de mayo de 1886.

Observamos entonces cómo el Derecho del Trabajo surge de un antagonismo radical ante los intereses de las clases sociales. Las primeras leyes laborales, aunque sean limitadas, tímidas y tibias, determinaron la necesidad de control de los hechos sociales por parte del Estado, ante la importancia del trabajo, en la producción de bienes y servicios, es por eso que es de orden público, porque prima la cuestión social, una necesidad de convivencia armónica por la cual el Estado debe velar. De igual forma el Derecho Procesal, es de orden público, sin embargo, utilizado para intereses particulares genera caos cuando se fuerzan las normas ante influencias políticas y económicas en desmedro de la dimensión social, como ocurrió en 1886.

Por eso el Estado es el que debe otorgar a sus ciudadanos las condiciones que permitan su desarrollo, el perfeccionamiento de sus potencialidades humanas, el Estado debe velar por el bien común.

El antagonismo de las clases sociales que surge de la división del trabajo basado solamente en el capital sin principios éticos, destruye

2. Estados Unidos reconoció legalmente la jornada de 8 horas en el año 1938.

3. Mozart Víctor Russomano. "Consideraciones sobre la evolución del pensamiento jurídico-laboralista". Fundación de Cultura Universitaria. Montivideo, Uruguay. 1997. Págs. 445.

el bien común, y en defensa de este en el año 1890 se alza la Iglesia Católica oponiéndose a la lucha de clases, preconizando así la moralización de las relaciones laborales, el respeto a la dignidad de la persona humana en todo tiempo y lugar, el valor redentor del trabajo humano y la necesidad de armonizar los derechos de la libertad del hombre con las superiores exigencias del bien común. Esta noción de BIEN COMÚN no se identifica con el bienestar de la sociedad, sino que involucra indivisiblemente en el bienestar colectivo, el bien de todas las personas que lo integran. Los derechos de estas no pueden dañar el bien del conjunto, pero al conjunto o sociedad tampoco le es lícito avasallar los derechos inalienables de la persona humana.

En una de sus obras Jaime Guzmán expresaba que los derechos y deberes del hombre emanan de la dignidad que es intrínseca a la naturaleza de la persona... (los derechos y deberes) son anteriores y superiores al Estado, dado que el ser humano es ontológica, deontológica y cronológicamente precedente a la sociedad política o al Estado⁴.

Ese conflicto de intereses tan marcado entre el capitalismo y el proletariado, en el cual el primero buscaba para sí someter a una o varias voluntades ajenas a su propia voluntad, en donde desaparece el estado de convivencia armónica y surge la denominada “cuestión social”, es donde nace esta regulación jurídica que se desprende del Derecho Civil surgiendo nuevas normas para contribuir al bienestar social, porque ahí donde germina la desconfianza, el abuso de una de las partes en una relación, es donde el derecho debe poner orden nuevamente.

El Estado, a través de las normas jurídicas, debe garantizar a sus ciudadanos la libertad de sus derechos inalienables, de ahí que el Estado a través de sus instituciones debe otorgar seguridad jurídica.

4. Gabriel Zanotti y Alberto López – Hermida. “Ética y Mercado. Una reflexión en medio de la crisis”.

Los derechos conforman la esencia jurídica de la libertad, mientras que las garantías son instrumentos jurídicos establecidos para hacer efectivos los derechos del hombre⁵. Del Derecho se espera garantía para las posesiones y acciones, como también se busca justicia ante eventuales conflictos. Nos dice López Hermida que la economía necesita una garantía universal que está dada por la ley, entendida como una forma universal que posibilita la libertad concreta y que se erige como prolongación de la confianza entre unos y otros⁶.

Así, después de tantas luchas, el Derecho del Trabajo es considerado un Derecho Humano de segunda generación y la Declaración Universal de Derechos del Ser Humano (1948) al respecto en su artículo 23 expresa:

“Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”, y en su artículo 25 afirma: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Con estas declaraciones el Derecho del Trabajo se torna un conjunto de normas de aceptación internacional y aplicable en cada Estado.

Consideramos que el Estado debe estar al servicio de la dignidad del ser humano y no este al servicio del Estado, que es la característica de los regímenes totalitarios⁷.

5. Gustavo Calvino. “El Proceso con Derechos Humanos”. La Ley Paraguaya. Pág. 65.

6. Gabriel Zanotti y Alberto López – Hermida. “Ética y Mercado. Una reflexión en medio de la crisis”.

7. Ídem.

El Estado no es solamente garantía jurídica de libertad, sino también, simultáneamente, la garantía jurídica del orden⁸.

El trabajo, tal como se lo considera hoy, resulta imprescindible para una vida saludable, tanto por la retribución económica que comporta, como por el hecho social que contribuye a la realización de la persona y al progreso de la comunidad. (Casero, y González, 2005)⁹.

Entonces, internacionalmente está reconocida la importancia del Derecho del Trabajo, su alcance de interés social y su protección por el Estado, pero este reconocimiento surge de una realidad social que cambió a causa de un acontecimiento que duró prácticamente siglos, como la Revolución Industrial, un hecho que trae aparejado muchos cambios y en el plano social una nueva relación jurídica, la relación de trabajo. En este nuevo vínculo entre los sujetos, en el cual cada uno tiene sus propios intereses, uno la producción y la riqueza y el otro la sobrevivencia y subsistencia familiar, por lo que resulta evidente la diferencia existente entre los sujetos de la relación jurídica en el cual se crean derechos y obligaciones legales o contractuales que en el desarrollo de esta relación pueden ser incumplidas por cualquiera de las partes, pero teniendo una de ellas todo el poderío económico y político de los gobernantes de la época; no es posible lograr la satisfacción de las partes en conflicto generando mayor disconformidad y perjudicando a la convivencia social, de ahí la necesidad de una regulación que ponga en un mismo pie de igualdad a las partes.

Por tanto, para remediar este caos socioeconómico que presenta la relación jurídica laboral (porque evidentemente el plano de la relación económica y social es diferente), para hacer que ambos sujetos sean iguales en un proceso, el Estado debe crear nuevas normas pro-

8. Ma. Gloria Triguís. “Caducidad de Instancia”. 2006. Intercontinental

9. Zully Almirón. “Vínculos entre el Derecho Ambiental, la Seguridad Ocupacional y la Responsabilidad Social”. 2009. Arandurá.

cesales que garantice los derechos de la parte más débil, económicamente, ante su total desprotección con la norma conocida en la época de la Revolución Industrial, en la cual quien reclamaba debía demostrar que se le adeuda, según las normas civil y procesal civil.

De manera que, para llegar a una equidad procesal fue necesario crear normas en la que el sujeto con mayor poderío económico sea el que deba poseer mayores obligaciones legales, el empleador. Así, en el proceso judicial laboral la carga de la prueba, es decir, en el periodo de convalidación, la principal obligación de demostración de la existencia o no de la causal pretendida es de este, desde el momento que admite la relación jurídica laboral, teniendo en cuenta que lo negativo no es demostrable.

Entonces, continuando con nuestro análisis tenemos que el Derecho del Trabajo, regulador de esta primera consecuencia de la propiedad del ser humano, tiene sus principios en la lucha de clases, en los cuales se sostienen sus normas positivas que regulan la relación entre empleadores y trabajadores, y ante la influencia social que posee ésta relación y en base a su historia, el Estado entra como interventor en ésta relación originada en la prestación voluntaria, subordinada y retribuida de la actividad humana para la producción de bienes y/o servicios. De esta forma tenemos que es un derecho de naturaleza mixta por formar parte del Derecho Público y Privado a la vez. Público por la intervención estatal en una relación de carácter privado en la cual prima la voluntad de las partes para el inicio de las mismas que continúa marcada por normas imperativas, como son: las jornadas, el salario, los descansos, etc.. que forman parte de la relación laboral.

Evidentemente éste derecho de fondo necesita un derecho de forma para ser llevado a la práctica en lo que denominamos proceso. Y para ello tenemos los principios de ésta norma que desprendida del Derecho Civil, sus principios son sumamente diferentes por tanto su normativa también lo es.

El Derecho Procesal Laboral en América Latina. Las Constituciones paraguayas

Las primeras reclamaciones laborales surgen a causa de los accidentes de trabajo, demandando los trabajadores indemnizaciones por el daño moral, perjuicios sufridos, lucro cesante, sin embargo como la teoría aplicada en la época era de la culpa, los trabajadores no recibían satisfacción a sus demandas. Eso iba generando padres de familia lisiados, niños que debían sustituir a sus padres como pilar económico, por lo que perdían sus años de instrucción o creando madres sustentadoras del hogar pero ausentes en el mismo, lo cual con el transcurso de los años iba perjudicando a la sociedad.

Fue necesario entonces un cambio en las teorías y las doctrinas de la época, estamos hablando de los finales del siglo XIX y comienzos del XX.

Debemos recordar que en América Latina, en 1917 nace la primera Constitución de carácter social, reconociendo la intervención del Estado en las relaciones laborales, la doctrina sobre el deber del Estado de legislar para proteger al trabajador, que se expresa en la Constitución mexicana de 1917, resultado de la revolución mexicana que fue un factor determinante en la vida de los pueblos de América Latina¹⁰. Alvaro Molina Enríquez, se refiere a ella como “totalmente intervencionista y socialista”¹¹, totalmente antagónica a su vecino, Estados Unidos, con una corriente totalmente liberal. Recién en este periodo el Derecho del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo adquieren las características de una ley de orden público, cabe recalcar la importan-

10. Cristaldo, Jorge Darío y Kriskovich, José. “Código del Trabajo Actualizado”. 1986. Ediciones FIDES.

11. Alvaro Molina Enríquez. “Legislación Comparada y Teoría General de los Salarios Mínimos Legales”. 1969. Universidad Nacional Autónoma de México.

cia que dicha Constitución le otorga a las normas laborales al otorgarle la fuerza de orden público, es decir, es una abstracción jurídica sobre la cual reposa el bienestar de la colectividad para cuyo mantenimiento deben ceder los derechos de los particulares cuando ello sea de conveniencia social¹². Este pensamiento se extiende por el resto de los países de América del Sur hasta 1931 en que comienza un periodo de consolidación de las normas laborales y su codificación, treinta años después este período concluye con el Código Procesal Laboral de Paraguay¹³, que data de 1961.

Anteriormente y durante la época colonial en Paraguay, dominada por los españoles, el trabajo dependiente estaba a cargo de los aborígenes (los guaraníes) y algunos esclavos de raza negra. Instituciones como la “mita” y la “encomienda” eran utilizadas para que los indígenas prestaran sus servicios a las autoridades del lugar, los conflictos laborales se resolvían en sede administrativa e incluso religiosa pero no se conocía la autoridad judicial.

Nos cuenta el Prof. Dr. Jorge Darío Cristaldo en su artículo “Historia y Situación actual de la Justicia Laboral en Paraguay”¹⁴ que las soluciones religiosas a los problemas entre los españoles y aborígenes se pueden conocer a través de las cartas del sacerdote Roque Gonzalez de Santacruz del siglo XVIII.

En la era de la independencia, durante el gobierno de Gaspar Rodríguez de Francia, para solucionar los problemas surgidos entre trabajadores y empleadores se aplicaba la legislación española aplicable a los contratos civiles. Carlos Antonio López, en 1846, adoptó el

-
12. Alvarado Velloso – Irún Crosquey. “Lecciones de Derecho Procesal Civil”. 2010. La Ley S.A.
 13. Almirón Zully. “Vinculos entre el Derecho Ambiental, la Seguridad Ocupacional y la Responsabilidad Social”. 2010. Arandurá.
 14. Derecho Laboral, Aportes Doctrinarios, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Corte Suprema de Justicia. 2015.

Código Mercantil español que legislaba sobre los empleados de comercio. En estos tiempos los conflictos se resolvían casi siempre a favor del empleador. En los años 1877 en adelante se adoptaron las normas del Código Civil argentino, rigiéndose las relaciones laborales por la autonomía de la voluntad y por el Código de Comercio argentino, cuando se trataba de empleados de comercio. En la práctica los conflictos laborales se resolvían en sede policial o ante un juez de paz, incluso los colectivos.

En el año 1936 se crea el Departamento Nacional del Trabajo y por Decreto del Poder Ejecutivo N° 3.080/38 se estableció la competencia de ese organismo administrativo para solucionar los conflictos económicos precedidos por un procedimiento voluntario que, en caso de fracasar, intervenía el Departamento Nacional, pronunciándose a través de laudos arbitrales de cumplimiento obligatorio. Las resoluciones que imponían obligaciones pecuniarias a favor de los trabajadores debían ser ejecutadas a través de un Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de turno, por el procedimiento de ejecución de sentencia, lo cual resultaba muy oneroso para el trabajador.

Nuestro Código Procesal del Trabajo es anterior a la Constitución actual que data de 1992, fue redactado durante la Carta Política de 1940 denominada así por haber sido dictada por un presidente, José Félix Estigarribia, y que fue sometida a un plebiscito popular el 4 de agosto de 1940, dando curso favorable para la vigencia de una nueva Constitución en el país, y rigió hasta 1967, año en que fue modificada en su art. 47, que prescribía que el presidente de la República duraba cinco años en sus funciones y únicamente podía ser reelecto por un período, era necesaria su reforma para que el presidente de la época pudiese seguir en el ejercicio del poder con formalidad constitucional. Ante esta primera necesidad fue instalada la Convención Nacional Constituyente el 23 de mayo de 1967 e inauguró sus sesiones el viernes 26, con la presencia del presidente de la República, Gral. de Ejér-

cito Alfredo Stroessner. La nueva Constitución sancionada el 25 de agosto de 1967 corrigió defectos de la Carta de 1940 y formalmente significó un retorno a importantes ideas liberales, pero mantuvo la preeminencia del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado, conservando el dejo totalitario de la Carta de 1940. Según Daniel Mendonca, se la puede considerar técnicamente superior a las constituciones anteriores e incluso introdujo innovaciones considerables al consagrar importantes garantías constitucionales (el hábeas corpus, el amparo y la inconstitucionalidad). El uso que se hizo del Estado de Sitio como facultad exclusiva del Poder Ejecutivo, con la complacencia de la Corte Suprema de Justicia, a cuyo cargo exclusivo estaba la garantía del hábeas corpus, convirtió prácticamente en baladí la Constitución frente a los abusos del poder, pues la nación vivió bajo Estado de Sitio durante treinta y cinco años (periódicamente renovado mediante un simple decreto)¹⁵.

Podemos afirmar que, pese a los esfuerzos normativos por garantizar la libertad de derechos sociales e individuales, el proceso laboral no se vio favorecido durante la Constitución de 1967, justamente por el Estado de Sitio permanente, cualquier reclamación era considerada como peligrosa y se persiguió a las asociaciones de trabajadores, al punto de considerar un peligro para la sociedad las agremiaciones sindicales que funcionaban prácticamente en secreto. Es decir, las garantías eran fútiles ante las fuerzas de opresión que se vivió durante 35 años. Recién en 1989, con la caída de la dictadura stronista, el proceso laboral comenzó a tomar mayor incremento con las reclamaciones judiciales que comenzaron a presentarse. El ciudadano paraguayo comenzó a ejercer sus derechos de acción para hacer respetar sus derechos laborales, pues se dejaba de lado un régimen autoritario

15. Daniel Mendonca, Habib Apud, Felicita Argaña. *Textos Constitucionales. Constituciones de la República del Paraguay*. Ediciones y Arte S.A. 2014.

que invadía a todo tipo de instituciones. A tal punto que crecieron las asociaciones sindicales de trabajadores, tanto gremiales como de empresa, puestas al servicio de sus asociados para que estos tengan asesoramiento para la reclamación de sus derechos laborales.

De esta manera el Código Procesal del Trabajo, Ley N° 742/1961, se ha mantenido sin reformas durante tres Constituciones: la Carta Política de 1940, la Constitución de 1967 y la Constitución vigente de 1992.

Pero el régimen autoritario dejó sus atribuciones en las normas legales y, por supuesto, en el Código Procesal del Trabajo que, guiado por la corriente positivista e inquisitorial, se aleja del sistema acusatorio o dispositivo, aunque sus defensores dirían que posee un sistema mixto (inquisitorial y acusatorio) que nace con el Código Napoleónico de 1808 dando vida a este sistema, el cual sabemos que no existe, al decir de Gustavo Calvino: “Este pretendido sistema, denominado mixto, es criticable, pues representa una mera mezcla de métodos antagónicos que resulta lógicamente imposible, pues los sistemas acusatorio e inquisitorio son filosófica, ideológica, moral y jurídicamente incompatibles”¹⁶.

Normas procesales. Jurisprudencia y doctrina

Por este Código Procesal el juez tiene amplias facultades para sentenciar ultra y extra petita, incluso, amplias atribuciones para las pruebas de oficio, todo en busca de la “verdad real” y siempre haciendo uso y abuso de uno de los principios de este derecho “in dubio pro operario”; en otras palabras, el juez se convierte en parte en el proceso para proteger supuestamente al más débil, económicamente, en la

16. Calvino Gustavo. “El proceso con Derechos Humanos. Método de debate y límite al poder”. 2011. La Ley S.A. Pág. 102.

relación laboral, perdiéndose totalmente la igualdad de la partes y la garantía constitucional del derecho a la defensa.

Vale la pena recordar acá el criterio del Prof. Gustavo Calvino, al referirse a las pruebas de oficio, la norma del sistema inquisitivo otorga tantas facultades al juez que dejan a su merced la posibilidad de ofrecer y producir prueba de oficio y con ello involucrarse en el debate. La imparcialidad, y la igualdad de armas de los contendientes quedan en jaque, a la vez que el ejercicio del derecho de defensa se hace más dificultoso y poco nítido¹⁷.

Aquí citamos algunas normas del Código Procesal del Trabajo con relación a las pruebas y subrayamos las que nos parecieron resaltables:

Art. 141. *Además de las pruebas pedidas, el juez podrá ordenar a costa de una de las partes o de ambas, según a quien o a quienes beneficie, el practicamiento de todas aquellas que a su juicio sean indispensables para el completo esclarecimiento de los hechos controvertidos, como careo de las partes entre sí o con los testigos y a éstos unos con otros, examen de documentos, objeto y lugares, personas u otros elementos de convicción. No obstante, cuando la ley exige determinada solemnidad, no se podrá realizar la prueba por otro medio*". El juez ofrece y diligencia la prueba que a él le parece conveniente, no la parte. Entonces se vuelve parte, quedando (por lo general) el empleador, sin juez. Ya que la norma procesal permite al juzgador convertirse en juez y parte, típico de un sistema inquisitivo, no es director de un proceso; así el proceso se vuelve procedimiento investigativo.

Cabe resaltar las citas de las resoluciones que hacen los Dres. Jorge Darío Cristaldo y Beatriz Cristaldo R., en el libro "Código Procesal Laboral", específicamente en relación al artículo 7º del citado

17. *Ibidem.*

cuerpo legal: “Interpretación, aplicación e integración de normas”, la cita es del Auto Interlocutorio N° 67 del 20 de marzo de 1984, y expresa: “*El procedimiento inquisitorial que el recusante denuncia como vicioso no es sino el correcto uso de las facultades conferidas al juez del trabajo en los arts. 7°, 55, 58, 129 y la muy amplia del art. 141 del C.P.T.*”¹⁸

Y puede que el citado A.I.N° 67 tenga razón, el juez utilizó correctamente sus facultades concedidas por ley, lo que a las claras le otorga la razón “al recurrente” que menciona el A.I., el procedimiento de la Ley 742/61 es inquisitorial.

Y seguimos citando otros artículos que otorgan facultades al Juez para actuar de oficio.

Art. 142. Cuando una de las partes lo pida, la otra deberá concurrir personalmente a la audiencia, para que absuelva con juramento, posiciones concernientes a la cuestión litigiosa. También podrá producirse esta prueba, por interrogación del juez”.

El juez puede desechar las posiciones de las partes y realizar el mismo las posiciones, de ésta forma viola la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Art. 152. En cualquier estado del procedimiento, hasta la providencia de autos para sentencia, el juez podrá ordenar la comparencia de las partes, a fin de interrogarlas libremente sobre los hechos controvertidos.

Es interesante recalcar la multivocidad utilizada en el Código refiriéndose al proceso como procedimiento, aparte de que, pese a estar cerrado el periodo probatorio, en el proceso y antes de llamar autos para sentencia el juez puede volver a llamar a las partes, esto implica otra confesoria, después de que las partes ya hayan presenta-

18. Jorge Darío Cristaldo, Beatriz Cristaldo. “Código Procesal Laboral”. 2007. Editora Litocolor S.R.L. Pág. 109.

do sus alegatos, nuevamente se viola la garantía del derecho a la defensa.

Art. 162. El Juez de oficio o a petición de parte, podrá solicitar a la Autoridad Administrativa, la remisión de cualesquiera actuaciones o expedientes, vinculados con el litigio. Si aún se hallaren en trámite, se recabará testimonios de los mismos.

Art. 181. Es potestativo del juez respecto del pliego presentado, modificar las preguntas particulares insertadas, desechar las que fuesen inconducentes y agregar todas las que estime necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. El juez realiza el pliego de posiciones para una de las partes. Es el juez el que interroga, no la parte y se vuelve su prueba.

Art. 183. El juez podrá de oficio o a petición de parte, proceder al careo de los testigos, cuando entre ellos existieren discrepancias sobre hechos o circunstancias fundamentales.

En el careo, se dará lectura de las declaraciones consideradas contradictorias haciendo observar el juez las discrepancias, a fin de esclarecer mejor los hechos.

De las ratificaciones o rectificaciones que resultaren se dejara debida constancia en autos.

Art. 184. Cuando el juez, de oficio o a petición de parte, resuelva examinar directamente testigos domiciliados fuera del asiento del Juzgado, pero dentro del país, los gastos de traslado, estadía y retribución que dejaren de percibir serán abonados por la parte peticionante. Dichos gastos formarán parte de las costas y estarán a cargo del vencido.

Art. 189. El juez de oficio o a petición de parte, podrá decretar inspección ocular o el reconocimiento por la utilización de otros sentidos, de lugares y condiciones de trabajo u otros sitios, por motivos fundados para aclarar hechos dudosos, siempre que tal diligencia pueda cumplirse sin grave daño para las partes o los terceros y sin obligación a violar secretos profesionales, comerciales o artísticos.

Con esta norma, que de oficio el Juez puede decretar inspección ocular, el mismo se pone en carácter de testigo de los hechos controvertidos, por tanto, resulta sumamente difícil creer en la imparcialidad e imparcialidad del mismo.

Art. 229: Facultades del juez: ultra y extra petita. El juez podrá sentenciar:

a) Ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones mayores que las pedidas por el trabajador, supliendo la omisión de éste, cuando quedare demostrado que son inferiores a las que le corresponden de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas; y

b) Aunque el trabajador no lo pida, condenar al empleador cuando esté debidamente probado en juicio que no ha dado cumplimiento a obligaciones legales o contractuales.

Como podemos observar, la norma arriba transcripta viola ampliamente una de las reglas fundamentales del sistema dispositivo, el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda –ne eat ultra petita partium–. Se vislumbra así un método de enjuiciamiento donde la autoridad tiene plenas facultades para acusar, investigar, probar y juzgar. Porque desde el momento que el juez cambia las posiciones de las partes por propias, propone pruebas, se convierte en testigo, es decir, investiga lo que quiere probar para después juzgar o condenar como ya lo había decidido de antemano.

El proceso inquisitivo fue propio de gobiernos autoritarios, la Carta Política del 1940 siguió las tendencias europeas de la época, como el fascismo; la Constitución de 1967 fue igual, pues, como dijimos, con los constantes estados de sitio, los derechos fundamentales eran simplemente ignorados, los casos laborales llevados a juicios eran escasos por la falta de garantías procesales para ambas partes, pues no se resolvían de acuerdo a justicia, sino de acuerdo a la política del momento.

El proceso laboral así, se rige por la corriente activista, lejos del garantismo procesal, e incluso la norma procesal se aleja de la misma Constitución de 1992 en su aplicación, al garantizar el derecho a la defensa en los procesos.

El origen del Código Procesal del Trabajo, las doctrinas predominantes durante las dos constituciones de la época dictadas hacen que el mismo se encuentre alejado del garantismo procesal y sus normas se encuentran plagadas del sistema inquisitorial, asentado en el activismo judicial.

También cabe resaltar que con tantas facultades de oficio, como las citadas en algunas normas de ejemplo, el Principio Procesal de Imparcialidad se pierde, y parafraseando al Dr. Adolfo Alvarado en su libro “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, al referirse al mencionado principio indica que el tercero (juez) que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (imparcialidad), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; sin embargo, las facultades de oficio que otorga la normativa procesal laboral lo permite; sigue diciendo el Prof. Alvarado: debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcial) y debe actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)¹⁹.

Cabe resaltar que el período en el cual el Código se promulgó era una época de codificación y en el cual estaba en auge la corriente positivista, los periodos dictatoriales en el cual se desarrolló tampoco ayudaban mucho al Principio de la Moralidad Procesal, porque, como se dijo en párrafos anteriores, con tantas potestades de oficio se perdía el principio de imparcialidad, y qué principio de igualdad sen-

19. Alvarado Velloso – Irún Crosquey. “Lecciones de Derecho Procesal Civil”. La Ley S.A. 2010. Pág. 215.

tiría la parte que debe responder a un interrogatorio del juez que ha desechado las posiciones de la contraria. Más todavía en una época que la autoridad era sumamente verticalista y el juez laboral, con sus amplias facultades inquisitoriales, tenía la facultad de realizar y desecher la prueba que el mismo desee, con o sin pedido de parte.

Uno de los artículos más mencionados por los jueces en sus sentencias es el art. 137, de hecho prácticamente con él se inician todos los considerandos de las resoluciones, el cual expresa: “*Regirá el principio de inversión de la prueba, en todos los casos en que se demande el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley*”. Es necesario recalcar acá la necesidad del tecnolecto, y coincidimos totalmente con el colega Robert Marcial González, “Código Procesal del Trabajo Comentado”, al referirse a este articulado menciona “una importante imprecisión, pues, no se invierten las pruebas, sino la carga de la prueba. También nos parece importante nombrar a Couture que, al referirse a la “carga de la prueba”, en su sentido estrictamente procesal, “conducta impuesta a uno o a ambos litigantes para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos”²⁰. La carga de la prueba es un imperativo del propio interés de cada litigante, es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no prueba los hechos que ha de probar pierde el pleito. Para interpretar este artículo se debe conocer cuáles son las obligaciones impuestas por la ley, y la mayoría de ellas son obligaciones del empleador, como llevar libros laborales, recibos de salario, sanciones, avisos de vacaciones, de manera que en caso de que no los posea el empleador demandado, las presunciones son en su contra. Y sentencias desde el año 1965 hasta la actualidad utilizan la frase: “*Incumbe al demandado la prueba del cumplimiento de sus obligaciones*”. (AC. N° 15, 23/04/65; AC N° 36, 22/06/66; AC. N° 25, de

20. González, Robert Marcial. “Código Procesal del Trabajo Comentado”. 2012. La Ley S.A. Pág. 225.

abril de 1970). “*No habiéndose controvertido en autos la relación laboral, cobra plena vigencia la inversión de la carga de la prueba en virtud del art. 137 C.P.T.AC. N° 12, 14/03/90; AC. N° 175 y 176 ambas del 30/12/04*”²¹.

Además el artículo 7° más arriba citado permite la aplicación del Principio Indubio Pro Operario, en caso de duda debe optarse por la norma más favorable al trabajador, volviéndose un principio en este proceso, y es mal aplicado, porque el juez puede dudar de todo y aplica este principio para la interpretación e incluso integración de las normas, cuando esta última muchas veces ni siquiera es necesaria. Y en cuanto a la interpretación, tampoco se sigue la trialista del Goldschmidt, sino más bien la sociológica, de manera que la mayoría de las sentencias son favorables al trabajador.

Consideraciones finales

El origen del Derecho del Trabajo, aunque algunos autores lo nieguen, fue violento, en todo sentido, primero al privarle al trabajador de derechos inalienables y segundo la violencia hasta llegar a la muerte, por reclamación de derechos.

Tenemos así un Código de fondo marcado por una corriente ius-naturalista cuyas normas se basan en las instituciones concebidas por una encíclica papal, con mucha influencia a finales del siglo XIX, llegando su doctrina a ser más fuerte en el siglo XX, época de la codificación, reconociéndose como derechos humanos de segunda generación.

No se puede dudar entonces de que existe una gran influencia económica y social en este derecho, que nace con la necesidad de la protección estatal y es declarado de orden público, es decir los derechos reconocidos son irrenunciables.

21. Jorge Darío Cristaldo; Beatriz Cristaldo. “Código Procesal Laboral”. 2007. Editora Litocolor S.R.L. Págs. 553, 559.

Pero con tanta influencia de la doctrina de la Iglesia Católica que, en lo que respecta al proceso, es copiado su régimen inquisitorial.

Lastimosamente el derecho de fondo pudo haber copiado lo mejor de la doctrina de la Iglesia Católica, pero el derecho de forma adquirió lo peor de la misma, el procedimiento de la Santa Inquisición, porque eso era un procedimiento.

Es obvio que estas normas, a la época actual, deben ser reformuladas hacia un sistema dispositivo y una filosofía procesal garantista, de manera que se pueda dar cumplimiento a los cinco principios procesales mencionados por el maestro Alvarado en su ya citado libro: imparcialidad, igualdad de las partes, transitoriedad del proceso, eficacia de la serie procedimental, moralidad en el debate. Sobre todo porque la jurisprudencia no tuvo cambios, especialmente en lo que a la carga de la prueba se refiere, llena de facultades de oficio que hacen aún más inquisitorial el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

1. Almirón Alonso, Zully. “Vínculos entre el Derecho Ambiental, la Seguridad Ocupacional y la Responsabilidad Social”. 2010. Arandurá.
2. Almirón Prujel, María Elodia. “Constitución y Derechos Humanos”, 2004, Intercontinental.
3. Alvarado Velloso, Adolfo. “Garantismo Procesal”. Marzo 2010.
4. Alvarado Velloso, Adolfo. “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, compendio del Libro “Sistema Procesal: Garantía de la Libertad. Adaptado a la Legislación Paraguaya, 2010, La Ley Paraguaya.
5. Alvarado Velloso, Adolfo. Director. “Litigación I. Teoría General del Proceso y Temas Conflictivos de Derecho Procesal Civil”. 2016. La Ley, págs. 239 al 264.
6. Calvino, Gustavo. “El Proceso con Derechos Humanos. Método de debate y límite al poder”. 2011. La Ley Paraguaya. Pág. 65.

7. Carnelutti, Francesco. “Cómo nace el derecho”. 2006. Rodamilans S.R.L. Librería “El Foro”. Pág. 35.
8. Cristaldo, Jorge Darío; Kriskovich, José. Código del Trabajo actualizado. 1986. Ediciones Fides. Pág. 15.
9. Cristaldo, Jorge Darío; Cristaldo, Beatriz. “Código Procesal Laboral”. 2007. Editora Litocolor S.R.L. Pág. 109.
10. Cristaldo, Jorge Darío. Artículo “Historia y Situación actual de la Justicia Laboral del Paraguay, Derecho Laboral, Aportes Doctrinarios”, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Corte Suprema de Justicia. 2015. Págs. 33 al 35.
11. González, Robert Marcial. “Código Procesal del Trabajo Comentado”. 2012. La Ley S.A. Pág. 225.
12. Irún Grau, Joaquín; Paz Castaing, Mario. “Legislación del Trabajo”, 2009, Intercontinental.
13. López Benítez, Adriano Abad. “Historia Política del Paraguay. 1940 al 2005”. Tomo I, 2ª Edición, 2009, Inic, págs. 19/24.
14. Mendonca, Daniel; Apud Habib, Argaña Felicita. Estudio Preliminar Juan Carlos Menconca, Daniel Mendonca, Textos Constitucionales. Constituciones de la República del Paraguay, 2014, Intercontinental.
15. Molina Enríquez, Alvaro. “Legislación Comparada y Teoría General de los Salarios Mínimos Legales”. 1.969. Universidad Nacional Autónoma de México.
16. Mozart, Víctor Rusomano. Consideraciones sobre la Evolución del Pensamiento Jurídico-Laboralista. Libro “Evolución del Pensamiento Juslaboralista”. 1997. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay.
17. Triguís Ma. Gloria. “Caducidad de Instancia”, 2006, Intercontinental.
18. Zanotti Gabriel y López; Hermida Alberto. “Ética y Mercado. Una reflexión en medio de la crisis”. 2009. Instituto Democracia y Mercado. Chile.

**LEY 5.777/2016: UNA OPORTUNIDAD PARA LA
PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES CONTRA
TODA FORMA DE VIOLENCIA**

Emilio Andrés Vázquez¹

A treinta años de la ratificación por Paraguay de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación hacia la Mujer, la entrada en vigor de la Ley “De protección integral a las mujeres contra toda forma de violencia” define un hito trascendental para los derechos de las mujeres en Paraguay.

Tanto por el hecho de introducir el tipo penal de feminicidio desde la concepción teórica feminista que reconoce la responsabilidad de los Estados en el combate a la violencia por razón de género fundamentada en una cultura predominantemente patriarcal, sino porque tam-

-
1. Consultor y Asesor de Gobiernos en materia de políticas públicas de respuesta institucional a violencia y seguridad por razón de género y discriminación que afecta en particular a grupos considerados en situación de vulnerabilidad. Argentino-Paraguayo con formación en Derecho y Comunicación, y especializado en Defensa Internacional de Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza, Seguridad y respuesta policial por la Universidad de Utrecht e Innovación en Políticas Públicas por la Universidad de Georgetown. Este artículo se desprende de su investigación para la Tesis de Maestría Internacional en Derechos Humanos con énfasis en control de convencionalidad “*suma cum laude*” por la Universidad Columbia del Paraguay-Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Corte Suprema de Justicia de Paraguay. Cuenta con publicaciones y artículos publicados en América Latina y Europa.

bién se presenta como una oportunidad para implementar de manera efectiva una estructura administrativa y procedimientos que contribuyan a ese cambio de paradigma cultural que se requiere para que el discurso por la igualdad de género permee en la estructura de la administración pública y sea posible cumplir con los preceptos constitucionales y convencionales de igualdad en la promoción y protección de todos los derechos humanos para todas las personas. En este artículo se recogen elementos fundamentales de proceso de la creación de la Ley 5.777/2016 y la continuidad del discurso de reconocimiento y promoción de los derechos humanos de las mujeres en Paraguay que fundaron su creación.

Palabras clave: *Derechos de las mujeres, Violencia por razón de género, Derechos Humanos.*

Thirty years after the ratification of the Convention for the Elimination of all Forms of Discrimination against Women by Paraguay, the entry into force of the Law “On the integral protection of women against all forms of violence” defines a transcendental milestone for human rights of women in the country.

Not only for the fact of introducing the criminal type of ‘femicide’ from the feminist theoretical conception that recognizes the responsibility of the States in the fight against gender violence based on a predominantly patriarchal culture. But also, because it is presented as an opportunity to effectively implement an administrative structure and procedures to promote the necessary change. A change of a cultural paradigm that is required for the gender equality discourse to transcend the structure of public administration and make it possible to meet the constitutional and conventional precepts of equality in the promotion and protection of all human rights for all people. This article includes the fundamental elements of the process of the creation of

Law 5777/2016 and the continuity of the discourse of recognition and promotion of the human rights of women in Paraguay who founded their creation.

Key words: *Women rights, Gender based Violence, Human Rights.*

Los Derechos de las mujeres y la perspectiva de género: una primera aproximación

El instrumento que marca la universalidad de la lucha por los derechos de las mujeres es la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). A pesar de que esta Convención fuera aprobada en diciembre de 1979, significó la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer².

El fundamento principal de la CEDAW se encuentra en los objetivos de la ONU de reafirmar los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos entre mujeres y hombres. La Convención define el significado de igualdad e indica cómo lograrla estableciendo, además de una declaración de derechos, un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos.

Como referencia principal para el fundamento teórico de la lucha contra toda forma de discriminación hacia la mujer se encuentra el

2. La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer es un órgano del Sistema de las Naciones Unidas creado en 1946 para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos y se reúne anualmente. La labor de la Comisión ha sido fundamental para poner de manifiesto todas las esferas en que a la mujer se le niega la igualdad con el hombre, visibilizar la violencia hacia las mujeres y para establecer la agenda mundial de los derechos de las mujeres en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos.

concepto de género y teoría de género, que incluye la cuestión de la perspectiva de género, el sistema sexo-género, el análisis de género y los roles y estereotipos de género; y su distinción con la cuestión de la identidad de género.

Género y perspectiva de Género

El mandato respecto a la igualdad de género (igualdad entre los hombres y las mujeres) y el empoderamiento de las mujeres está acordado universalmente por los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas (de la cual Paraguay es uno de los países fundadores) y engloba todos los ámbitos de la paz, el desarrollo y los derechos humanos. Los mandatos sobre la igualdad de género toman como base la Carta de las Naciones Unidas, la cual, de manera inequívoca, reafirmó la igualdad de derechos de mujeres y hombres.

La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en 1995 en la ciudad de Beijing, defendió la incorporación de una perspectiva de género como un enfoque fundamental y estratégico para alcanzar los compromisos en igualdad de género. La Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing resultantes instan a todas las partes interesadas relacionadas con políticas y programas de desarrollo, incluidas organizaciones de las Naciones Unidas, Estados Miembros y actores de la sociedad civil, a tomar medidas en este sentido. Existen compromisos adicionales incluidos en el documento final del vigésimo tercer periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General, la Declaración del Milenio y diversas resoluciones y decisiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.

Las conclusiones convenidas de la Reunión del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 1997 definían la incorporación de una perspectiva de género como:

El proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros.

Según esto, la igualdad de género es el objetivo de desarrollo general y a largo plazo, mientras que la incorporación de una perspectiva de género es un conjunto de enfoques específicos y estratégicos, así como procesos técnicos e institucionales que se adoptan para alcanzar este objetivo. La incorporación de una perspectiva de género integra la igualdad de género en las organizaciones públicas y privadas de un país, en políticas centrales o locales, y en programas de servicios y sectoriales. Con la vista puesta en el futuro, se propone transformar instituciones sociales, leyes, normas culturales y prácticas comunitarias que son discriminatorias, por ejemplo, aquellas que limitan el acceso de las mujeres a los derechos sobre la propiedad o restringen su acceso a los espacios públicos.

Desde esta perspectiva, se comprende la cuestión de la diversidad de las mujeres entendida por el desarrollo de normas, políticas, planes, políticas y proyectos que atiendan todas las necesidades de todas las mujeres sin ninguna forma de discriminación por motivo de edad, lugar de residencia, clase social, pertenencia indígena, raza, idioma que hable, discapacidad o cualquier otra distinción.

La identidad de Género

Este concepto constituye una categoría explicativa de la construcción social y simbólica sobre la base de la diferencia sexual y tiene su origen en la psicología en la década de 1960. Robert Stoller (1967, págs. 431-433), quien estudiaba los llamados “trastornos de identidad sexual”, define que existe algo más allá de lo biológico en el desarrollo humano y que determina la identidad y el comportamiento. En su investigación, los casos que estudiaba condujeron a Stoller a suponer que la influencia del entorno, la cultura y las pautas sociales son las que determinan la identidad o comportamiento masculino o femenino y no el sexo biológico.

En este marco, el “género” o “teoría de género” ha ofrecido una clave para abordar la diversidad y reinterpretar los conceptos teórico-políticos de neutralidad, imparcialidad y laicidad del Estado en el marco de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los Derechos Humanos.

Aunque esta investigación se basa en el análisis de la convencionalidad de la Ley 5.777/2016 frente a normativa de Derechos Humanos de las Mujeres, es relevante mencionar que el concepto de género permite incorporar al análisis a las personas con identidad de género femenina: quienes son personas identificadas como transgénero, intersexuales femeninas y *queer*.

El reconocimiento de la identidad de género femenina como un factor de discriminación y violencia a personas cuyo sexo al momento de su nacimiento no es legalmente “mujer”, estaba incluido en el texto original de la propuesta de ley. De acuerdo con los “Principios de Yogyakarta”³, Principios de las Naciones Unidas sobre la aplicación de la

3. Aunque los “Principios” y “Declaraciones” emitidas en el marco del Sistema Internacional de los Derechos Humanos no constituyen una obligación expresa de los

legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, se considera que:

Toda persona, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tiene derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado frente a todo acto de violencia o daño corporal que sea cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo o grupo (Principio 5).

En junio del año 2017 fue presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas un informe especial que releva la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual como un fenómeno global. En este informe se utiliza una definición de orientación sexual que puede contribuir al debate sobre cómo fundamentar la respuesta estatal a la violencia por motivo de la identidad sexual de una persona:

(...) la orientación sexual y la identidad de género son inherentes a todas las personas. Lo que uno siente en relación con otra persona, eso es orientación sexual. Lo que uno siente en relación consigo mismo, que puede diferir del género asignado al nacer, eso es identidad de género⁴.

→ Estados y no requieren su adopción, suscripción o ratificación, son considerados como normas de “soft-law” que, aunque no obligan, establecen marcos especiales de interpretación de las Convenciones y hacen parte de afirmaciones positivas al respecto de la aplicación de los Derechos Humanos. El texto completo de los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2007)”, se encuentra disponible en: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=48244e9f2>

4. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos designó a un Experto Independiente sobre la protección contra toda forma de violencia y discriminación con motivo de la orientación sexual. El Sr. Vivit Muntarhorn fue

→

La lucha por los derechos humanos de las mujeres en Paraguay

Demarcando la aplicación del concepto de “derechos humanos de las mujeres” como aquellos derechos que emanan directa o indirectamente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) por medio de normas del denominado sistema internacional de protección de Derechos Humanos, la historia del reconocimiento de estos derechos en Paraguay puede dividirse en tres períodos: antes de 1989, entre 1989 y 2000 y post 2000.

En la primera, de reconocimientos formales desde la estructura estatal, es coincidente en gran parte con la dictadura de Stroessner, sólo se registra la inclusión de dos tratados: uno del Sistema Interamericano relativo a derechos electorales y otro del Sistema Universal relativo a la protección de las mujeres contra toda forma de protección, el Convenio para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, conocida como CEDAW por sus siglas en inglés y considerada como el marco para el establecimiento de derechos de las mujeres de manera integral en políticas públicas de los Estados parte de la Organización de las Naciones Unidas.

A pesar de que a CEDAW fuera ratificada en el marco de un gobierno en el que muchos de los Derechos Humanos no eran respetados por el mismo estado, no existe formalmente el concepto de prevención de violencia hacia las mujeres hasta el proceso de conformación

→ además responsable del informe “Diversity in humanity, humanity in diversity” (Diversidad en la humanidad, humanidad en la diversidad, Pág. 4) en donde se relevan datos y recomendaciones a los Estados Parte de las Naciones Unidas para hacer frente a estas formas de discriminación y violencia. Información adicional y el informe se encuentran disponibles en: <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/GenderIdentityReport.aspx#sthash.7iFGp9tZ.dpuf>

de la Convención Nacional Constituyente desde 1989⁵, en especial desde la Interbancada de Mujeres Convencionales Constituyentes.

La segunda etapa, de reconocimientos políticos y discusión por el reconocimiento de derechos concentrada en organizaciones de Derechos Humanos y de Derechos de la Mujer, se inicia con el proceso de reordenamiento jurídico en democracia con la incorporación de las normas fundamentales del Sistema Interamericano y el proceso de construcción y promulgación de la Constitución de la República del Paraguay. En la Constitución, además de la prohibición de la tortura y todo trato cruel, inhumano y degradante desde y/o con aquiescencia de las autoridades del Estado (algo que en su momento no tiene relevancia para esta investigación pero que a futuro sí lo tendrá dado que la interpretación y jurisprudencia internacional dirá que esa aquiescencia alcanza al ámbito privado y hasta al ámbito doméstico), establece en su artículo 60: “La protección contra la violencia: El Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas que atenten contra su solidaridad” en concordancia con la protección del derecho a la vida (Artículo 4), de la prohibición de hacer justicia por sí mismo (Artículo 15), de la protección a la familia (Artículo 49), de la protección del niño y la niña (Artículo 54) y de la no discriminación (Artículo 88).

A partir de la aprobación de la Constitución Nacional en 1992, se establecen una serie de acciones, políticas, planes y programas de gobierno que tienen su expresión fundacional en la creación de la

5. El 23 de marzo de 1992, con intervención principal de las convencionales Dra. Antonia Irigoitia, Lic. Cristina Muñoz y Dra. Susana Morínigo se inició la sesión de la Convención Nacional Constituyente, con la discusión general sobre la igualdad de la mujer e inició el proceso de tratamiento de igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades y equidad en todo el texto constitucional. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente Nro 16, rescatado de: <http://www.bacn.gov.py/constitucion/comision-redactora/cr-03-23-sesion-nro16.htm>

entonces Secretaría de la Mujer (ahora Ministerio) por medio de la Ley 34/1992.

En materia formal, el reconocimiento de la violencia contra las mujeres ha evolucionado desde el no reconocimiento a una descripción amplia de diferentes formas de violencia que pueden afectar a las mujeres. Este cambio de concepción de los factores reconocidos por el Estado como formas de violencia que merecen hasta la persecución penal en tan corto tiempo parece ser uno de los factores que contribuye a la dificultad de los actores estatales en la respuesta institucional al fenómeno de la violencia. Antes de 1992, fecha en la que fue promulgada la Constitución Nacional vigente, la violencia de ámbito doméstico e intrafamiliar era concebida como problema privado, en donde solamente se intervenía a instancia de las partes con el consecuente riesgo de sufrir más violencia e impunidad por parte de la persona perpetradora. El Código Civil⁶ vigente hasta su reforma parcial en 1992 contenía normas discriminatorias respecto a cuáles eran considerados derechos de las mujeres en el matrimonio, con la herencia, la disponibilidad de bienes y los derechos de familia, incluyendo a hijos e hijas⁷. El Código Penal eximía de pena al marido en caso de flagrante adulterio de su mujer, incluyendo que llegara a matarla a ella o a su cómplice (amante), bajo el concepto de “salvar su honor” o bien, dismi-

-
6. El Código Civil de la República del Paraguay (Ley 1.337/1988) fue sancionado por el Congreso de la Nación el 30 de octubre de 1988 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 4 de noviembre del mismo año. Este Código, aunque pretendió modernizar al anterior, Código de Vélez Sarsfield de 1869, mantuvo muchos conceptos y restricciones de derechos de las mujeres.
 7. El Artículo 55 del Código de Vélez Sarsfield establecía según Ley 17.711. Texto del Código Civil: *Son incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos: 1°) Los menores adultos; 2°) Las mujeres casadas.* Asimismo, establecía que la representación legal de las mismas estaba a cargo de su marido (Artículo 57) y establecía una serie de limitantes en cuanto al uso y goce de bienes (Capítulo VI - Derechos y obligaciones de los cónyuges; Artículo 184 y sigs.)

nuía la pena en caso de aborto cuando este era causado para salvar el honor de la esposa, hija, hermana o madre.

Con la Constitución de 1992 se reconoce la violencia como un problema que afecta las relaciones de familia (Artículo 60). Asimismo, se establece la igualdad de las personas en general (Artículo 46), las garantías de igualdad y no admisión de discriminaciones⁸ (Artículo 47) y se reconoce la igualdad de derechos de los hombres y las mujeres (Artículo 48). Ese mismo año se marca uno de los hitos más relevantes con la promulgación de la Ley que crea una dependencia especializada en la defensa y promoción de los derechos de las mujeres en el Poder Ejecutivo: La Secretaría de la Mujer, hoy Ministerio de la Mujer. Esta instancia, será responsable de establecer el marco rector del Gobierno por medio de planes nacionales especializados que dictarán principios, normas y propuestas para todas las instancias estatales sobre la participación de las mujeres, el reconocimiento de derechos y el diseño de instancias, procedimientos y estrategias para la garantía de sus derechos. Asimismo, será artífice de la promoción de legislación especial y especializada en la materia.

En el ámbito internacional, en el año 1995 se realiza en Beijing, China, una reunión internacional que marcará, entre otras cosas, uno de los primeros desafíos globales en materia de lucha contra la violencia hacia las mujeres: el Plan y Plataforma de Acción de Beijing. En Paraguay se promulga la Ley 605 que incorpora en el Sistema Jurídico Nacional a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, conocida como “Convención de

8. El Proyecto del Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política (CIDSEP) proponía la incorporación taxativa de motivos frente al concepto de “no discriminación”, haciendo referencia a sexo:
Igualdad ante la Ley. Todas las personas son iguales ante la ley, sin discriminación alguna por razón de raza, religión, sexo, idioma, opinión o circunstancia personal, social o étnica.

Belem do Pará”. A partir de este año, se refuerza el proceso de reformas para el reconocimiento de la violencia que sufren las mujeres como un acto que merece la sanción legal e intervención del Estado. Así, el Código Penal de 1997 incorporó la violencia familiar como un delito con pena de multa, y, hacia fines de la década, se estableció el proceso que permitió la redacción de una propuesta de Ley que establece la jurisdicción especializada en respuesta de la violencia doméstica que sufren las mujeres.

La tercera etapa, de reconocimiento de derechos especiales o de construcción del reconocimiento formal de los derechos de las mujeres, se inicia con la promulgación de la Ley 1.600/2000 contra la “Violencia doméstica”, y marca el proceso que permite el inicio de un debate más amplio que incluye a la comunidad y organizaciones de base.

Como consecuencia, se realizan varias reformas de en cuanto a la tipificación penal de la violencia como delito, se amplía la discusión de la cuestión de la discriminación a otros grupos (incluyendo al debate sobre mujeres trans, intersexuales femeninas y *queer*), sobre derechos sexuales y reproductivos en el ámbito de la salud pública y de violencia en el ámbito laboral.

En el ámbito de la respuesta jurisdiccional a la violencia, es el período en el que se incorpora mucho debate y se genera jurisprudencia, se crea la Secretaría de Género del Poder Judicial, Comisarías Especializadas para la atención a mujeres víctimas de violencia y sus familiares en la Policía Nacional y se reconoce en ámbito judicial a las mujeres como uno de los grupos considerados en situación de vulnerabilidad que requieren de acciones positivas en el Acceso a la Justicia.

En cuanto a la especificidad de la violencia contra las mujeres, en el año 2000 se dictó la primera ley de carácter civil para la adopción de medidas de protección urgentes en casos de violencia doméstica (Ley

1.600/00) como consecuencia de la política pública de 1994 que aprobó el I Plan Nacional para la Prevención y Sanción de la Violencia contra la Mujer, y en 2016 se presentó y aprobó por decreto el II Plan Nacional Contra la Violencia hacia las Mujeres 2015-2020. Ambos planes reconocen la violencia basada en género en sus diversas manifestaciones. También los tres planes nacionales de igualdad de oportunidades desarrollados por la Secretaría de la Mujer, luego Ministerio de la Mujer a partir de 2012, incorporaron el derecho a una vida libre de violencia como un componente clave.

En 2007 se presentó el primer proyecto de ley “Que reprime toda forma de violencia contra la mujer” para tipificar el feminicidio y otros hechos punibles como la violencia económica, sexual, etc. Desde entonces han sido varios los proyectos de ley presentados ante ambas Cámaras de Congreso, incluso proyectos que modifican el artículo 229 del Código Penal y la Ley 1.600/00.

A partir del 2012 se presentaron dos proyectos de ley con un enfoque de protección integral de la violencia hacia las mujeres, ambos impulsados por los tres poderes del Estado (Poder Judicial, Ejecutivo y Legislativo). El primero fue rechazado por tres comisiones del Congreso y el segundo (presentado en marzo de 2015) avanzó con destacada participación de la sociedad civil, habiendo sido aprobado en general en diciembre de 2015, sancionado por la Cámara de Diputados con modificaciones en agosto de 2016 y aprobado con modificaciones en noviembre de ese año por la Cámara de Senadores.

Formas de violencia contra la mujer en el sistema jurídico paraguayo

El Código Penal (Ley 1.160/97 y sus modificaciones) no tipifica la violencia contra la mujer. Sí tipifica la violencia familiar en el artículo

229. La evolución del concepto fue de la consideración de violencia familiar como un delito de acción privada, a instancia de partes, a acción pública⁹.

El concepto de “violencia contra la mujer”¹⁰ es definido por la Organización Mundial de la Salud como “Violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer”¹¹. El término ha evolucionado en Paraguay de la simple consideración de violencia física como única forma de agresión que merecía la protección del Estado, a formas más elaboradas que reflejan la complejidad del fenómeno de la violencia al que están expuestas las mujeres ya sea como consecuencia de constructos culturales, sociales, discriminación o basadas en consideraciones de género.

A continuación se presenta un listado que, sin pretender ser exhaustivo, define las diversas formas de violencia definidas en el Artículo 6° de la Ley 5.777/2016 de Protección Integral a las Mujeres contra toda forma de violencia.

- **Violencia feminicida:** es la acción que atenta contra el derecho fundamental a la vida y causa o intenta causar la muerte

9. De acuerdo a lo dictado en la nueva Ley 5.777/2016 en su Artículo 49: “Acción Penal Pública. Los hechos punibles tipificados en esta Ley son de Acción Penal Pública”.

10. El Diccionario Jurídico Ossorio define de la siguiente forma a la “Violencia en las personas: Aunque la locución posee sentido muy amplio en un análisis antijurídico, con ilicitud como predominante, salvo cumplimiento forzoso de alguna comisión legal –la comparecencia de los testigos rebeldes, la detención a viva fuerza de los sospechosos, la persecución a fuego incluso de los fugitivos y la ejecución de la pena capital–, adquiere típica formulación en lo penal como una de las circunstancias que transforman en robo (v.) el apoderamiento de las cosas muebles ajenas. La violencia, que se ofrece como alternativa tipificadora con la fuerza en las cosas (v.), es de toda índole, desde la muerte y las lesiones, los golpes o empujones, hasta el arrebato de algo que se tiene en sí o en la mano y que se disputa, sin daño físico o personal. Es decir, cuanto manifiesta la activa oposición del despojado”.

11. OMS, Organización Mundial de la Salud, Rescatado de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/es/>

de la mujer y que está motivada por su condición de tal, tanto en el ámbito público como privado.

- **Violencia física:** es la acción que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño en su salud o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato que afecte su integridad física.
- **Violencia psicológica:** Acto de desvalorización, humillación, intimidación, coacción, presión, hostigamiento, persecución, amenazas, control y vigilancia del comportamiento y aislamiento impuesto a la mujer.
- **Violencia sexual:** Es la acción que implica la vulneración del derecho de la mujer de decidir libremente acerca de su vida sexual, a través de cualquier forma de amenaza, coacción o intimidación.
- **Violencia contra los derechos reproductivos¹²:** Es la acción que impide, limita o vulnera el derecho de la mujer a:
 - Decidir libremente el número de hijos(as) que desea tener y el intervalo entre los nacimientos;
 - Recibir información, orientación, atención integral y tratamiento durante el embarazo o pérdida del mismo, parto, puerperio y lactancia;
 - Ejercer una maternidad segura;

12. En materia de derechos reproductivos y el consentimiento informado en la práctica médica, la Corte Interamericana afirmó que el consentimiento informado del paciente es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329, párr. 159.

- Elegir métodos anticonceptivos seguros o que impliquen la pérdida de la autonomía o de la capacidad de decidir libremente sobre los métodos anticonceptivos a ser adoptados.
- Violencia patrimonial o económica: Acción u omisión que produce daño o menoscabo en los bienes, valores, recursos o ingresos económicos propios de la mujer o de los gananciales por disposición unilateral, fraude, desaparición, ocultamiento, destrucción u otros medios, así como el negar o impedir de cualquier modo realizar actividades laborales fuera del hogar o privarle de los medios indispensables para vivir.
- Violencia laboral: Es la acción de maltrato o discriminación hacia la mujer en el ámbito del trabajo, ejercida por superiores o compañeros de igual o inferior jerarquía a través de:
 - Descalificaciones humillantes;
 - Amenazas de destitución o despido injustificado;
 - Despido durante el embarazo;
 - Alusiones a la vida privada que impliquen la exposición indebida de su intimidad;
 - La imposición de tareas ajenas a sus funciones;
 - Servicios laborales fuera de horarios no pactados;
 - Negación injustificada de permisos o licencias por enfermedad, maternidad o vacaciones;
 - Sometimiento a una situación de aislamiento social ejercidas por motivos discriminatorios de su acceso al empleo, permanencia o ascenso;
 - La imposición de requisitos que impliquen un menoscabo a su condición laboral y estén relacionados con su estado civil, familiar, edad y apariencia física, incluida la obligación de realizarse pruebas de Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH/SIDA y a la prueba de embarazo.

- **Violencia política:** es la acción realizada contra la mujer que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que la misma participe de la vida política en cualquiera de sus formas y ejerza los derechos previstos en la ley.
- **Violencia intrafamiliar:** Es la acción de violencia física o psicológica ejercida en el ámbito familiar contra la mujer por su condición de tal, por parte de miembros de su grupo familiar. Se entiende por personas que hacen parte del grupo familiar a quienes son parientes por consanguinidad o por afinidad, a la persona cónyuge o conviviente y a la pareja sentimental. Este vínculo incluye a las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.
- **Violencia obstétrica¹³:** Es la conducta ejercida por el personal

13. El concepto de Violencia Obstétrica está fundado en la relación de poder que se ejerce sobre la mujer y el niño(a) en un momento particular en el que muchas veces no es posible contar con el consentimiento informado y reconociendo el principio (y responsabilidad consecuente) en la autonomía de la decisión del personal de salud. En este marco, la Corte hizo referencia a la especial relación entre el médico y el paciente, la cual está caracterizada por la asimetría en el ejercicio del poder que el médico asume en razón de su conocimiento profesional especializado y del control de la información que conserva. Esta relación de poder se encuentra gobernada por ciertos principios de la ética médica, principalmente los principios de autonomía del paciente, beneficencia, no maleficencia y justicia. Siendo el médico una persona que actúa también bajo sus propias convicciones y preferencias es plausible que algunas de sus actuaciones puedan entrar en contradicción con los planes de vida de los pacientes. Es por ello que la Corte entendió que el principio de autonomía adquiere vital importancia en el ámbito de la salud, como una regla que instaura un balance adecuado entre la actuación médica benéfica y el poder decisorio que retiene el paciente como sujeto moral autónomo, a fin de no incurrir en acciones de corte paternalista en las que el paciente sea instrumentalizado para evitarle un daño en su salud. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329, párr. 160. Sin embargo, a juicio de la Corte, un consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad, *inter alia*, como durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N° 329, párrs. 183-185.

de salud o las parteras empíricas sobre el cuerpo de las mujeres y de los procesos fisiológicos o patológicos presentes durante su embarazo, y las etapas relacionadas con la gestación y el parto. Es al mismo tiempo un trato deshumanizado que viola los derechos humanos de las mujeres.

- **Violencia mediática:** Es la conducta ejercida por los medios de comunicación social, a través de publicaciones u otras formas de difusión o reproducción de mensajes, contenidos e imágenes estereotipadas que promuevan la cosificación, sumisión o explotación de mujeres o que presenten a la violencia contra la mujer como una conducta aceptable. Se entenderá por “cosificación” a la acción de reducir a la mujer a la condición de cosa.
- **Violencia telemática:** Es la acción por medio de la cual se difunden o publican mensajes, fotografías, audios, videos u otros que afecten la dignidad o intimidad de las mujeres a través de las actuales tecnologías de información y comunicación, incluido el uso de estos medios para promover la cosificación, sumisión o explotación de la mujer. Se entenderá por “cosificación” a la acción de reducir a la mujer a la condición de cosa.
- **Violencia simbólica:** Consiste en el empleo o difusión de mensajes, símbolos, íconos, signos que transmitan, reproduzcan y consoliden relaciones de dominación, exclusión, desigualdad y discriminación, naturalizando la subordinación de las mujeres.
- **Violencia institucional:** Actos u omisiones cometidos por personas que son funcionarias de cualquier institución pública o privada, que tengan como fin retardar o impedir a las mujeres el acceso a servicios públicos o privados o que en la prestación de estos se les agrede o brinde un trato discriminatorio o humillante.

- **Violencia contra la dignidad:** Expresión verbal o escrita de ofensa o insulto que desacredita, descalifica, desvaloriza, degrada o afecta la dignidad de las mujeres, así como los mensajes públicos de las autoridades, funcionarios o particulares que justifiquen o promuevan la violencia hacia las mujeres o su discriminación en cualquier ámbito.

La protección de la violencia, el ámbito público y el ámbito privado

En relación al ciclo de vida, el reconocimiento explícito de la prohibición de violencia contra las niñas adquiere una dimensión especial en la “Convención de los Derechos del Niño” (y las Niña) estableciendo el “Principio de Protección Especial” a partir del reconocimiento de que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar de la niñez y la adolescencia. Esta protección abarca, sin discriminación de sexo, a la protección ante toda forma de violencia.

En cuanto a la definición jurídica de violencia, el Diccionario Jurídico Ossorio (2006, pág. 993), define a violencia como:

(La) Acción y efecto de violentar, de aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia (...) La violencia

puede ser ejercida por una persona sobre otras de modo material o moral; en el primer caso, la expresión equivale a fuerza, y en el segundo, a intimidación. Y con respecto al primero, el empleo de la violencia es lo que configura o califica determinados delitos (homicidio, robo, violación, quebrantamiento de condena, evasión, allanamientos de morada) temas considerados en las voces respectivas¹⁴

La responsabilidad de todo Estado para proteger a las mujeres ante toda forma de violencia excede la cuestión de la vida privada. Uno de los mayores sucesos del movimiento feminista internacional en la década de 1990 fue la formulación del concepto de que “los derechos de las mujeres son derechos humanos”¹⁵.

A partir de esta afirmación, la cuestión del desarrollo de políticas públicas de protección a las mujeres hace parte de los preceptos de Seguridad Humana¹⁶ y Seguridad Ciudadana¹⁷. Desde la concepción

-
14. Ossorio, M. (2006) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. CABA.
 15. La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (1995, pág. 2) confirma que la protección y promoción de los derechos humanos es la primera responsabilidad de los gobiernos y está en el centro del trabajo de las Naciones Unidas y formula por primera vez el concepto de que los derechos de las mujeres son derechos humanos. Disponible en: <http://beijing20.unwomen.org/es/in-focus/human-rights#sthash.t22EhyBy.dpuf>
 16. Seguridad humana es un marco normativo dinámico y práctico para hacer frente a las amenazas de carácter intersectorial y generalizado con que se enfrentan los gobiernos y las personas. Dado que las amenazas a la seguridad humana presentan grandes diferencias en el plano nacional e internacional y a lo largo del tiempo, la aplicación del concepto de seguridad humana requiere una evaluación de las inseguridades humanas que sea amplia, centrada en las personas, específica para cada contexto y orientada a la prevención. Este planteamiento ayuda a centrar la atención en las amenazas existentes y emergentes para la seguridad y el bienestar de las personas y las comunidades. Concepto y definición tomada de la ONU, disponible en: <http://www.un.org/humansecurity/es/content/el-concepto-de-seguridad-humana>
 17. Tripp, Marx Ferree y Ewing (2013) Gender, violence and human security. Critical feminist perspectives. New York University Press, New York, pág. 6; Señalan que

feminista, hay muchas críticas al respecto de la forma en la que es utilizado el concepto al no desarrollar formalmente estructuras, planes y políticas que permitan el desarrollo de políticas realmente preventivas.

Los conceptos de poder y violencia son fundamentales en la concepción de violencia basada en asimetrías de género. Bonder (1998, pág. 25) señala que el entendimiento de las dinámicas de género requiere el necesario entendimiento de la reproducción del modelo de violencia machista y patriarcal en lo social y en el ámbito estatal. Concepto de lo cual se puede inferir que la seguridad ciudadana requiere el reconocimiento de que el Estado debe formular políticas de seguridad ciudadana que reconozcan la particularidad de la protección de las mujeres en su diversidad como una acción de discriminación positiva del Estado y de carácter preventivo ante las relaciones de poder que atentan contra sus derechos.

El concepto moderno de seguridad ciudadana fue presentado en 1993 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y fue formalmente articulado en el “UNDP Annual Report on Human Development” (1994, pág. 3)¹⁸. Este nuevo concepto, considerado probablemente ambicioso en su momento, señala a la persona humana como centro de políticas y prácticas de los Estados ante amenazas de su entorno a su desarrollo estructural y su bienestar aten-

→ Seguridad Ciudadana es un concepto que cambia el parámetro de focalización de las políticas públicas del Estado de las amenazas en ámbito criminal a amenazas emergentes del entorno en el ámbito de protección de derechos como hambre, pobreza, epidemias, migraciones u otros tipos de crisis o de atención a sectores clave como mujeres, niñez, personas indígenas, personas adultas mayores, etc. De esta manera, se establece un cambio de paradigma de una seguridad estatal reactiva de las pautas criminológicas a la preventiva reconociendo el derecho a la protección sobre toda forma de discriminación y violencia.

18. El informe completo se encuentra disponible en http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/255/hdr_1994_en_complete_nostats.pdf

diendo a las cuestiones generales y particulares de cada grupo específico¹⁹.

Partiendo del concepto de la multiplicidad de causas de los conflictos personales y sociales, y la necesidad de abordar esa violencia en la necesidad del entendimiento de las mismas en donde las mismas partes muchas veces difieren en su percepción de cuál es la contradicción o raíz de un conflicto, es donde debe radicar la función estatal de

19. Al respecto de la cuestión de las relaciones interpersonales, Calderón Concha (2009) analiza la teoría del conflicto en torno a la teoría de Galtung sobre los conflictos y señala que:

Las personas son sistemas complejos con componentes intrapersonales como cogniciones y emociones. Estas personas interactúan formando grupos que a su vez interactúan entre ellos constituyendo las sociedades que al mismo tiempo interactúan como estados y naciones que a su vez pueden ser parte de civilizaciones y regiones que interactúan constituyendo, no mundos, sino un mundo que interactúa y constituye un sistema planetario.

Según Galtung una teoría de conflictos deberá abordar todas estas realidades que constituyen la condición multinivel de la especie humana. Para hablar de una teoría de conflictos como un campo científico interdisciplinar, la primera prueba que se tiene que superar es la unidisciplinariedad. Esta significará en primer lugar la definición de un objeto de estudio, en este caso el conflicto.

Para llegar a un concepto de conflicto, Galtung hace un ejercicio de síntesis conceptual producto del análisis y la interacción de diferentes intentos de respuestas o tendencias, que a largo de la historia de la humanidad se dieron los hombres para poder explicarse este fenómeno:

- Una primera línea de respuestas que se enfocan sobre aspectos interiores al ser humano (como el odio). Por ejemplo, Freud subraya la raíz de los mismos en procesos y en contradicciones personales (entre el Ello y el Súper Yo).
- Una segunda línea se concentraba fundamentalmente en la incompatibilidad de objetivos de las partes (Darwin, competición).
- La tercera línea se focaliza en el hecho externo de las contradicciones. Marx se centra en las contradicciones intra-sociales (entre capital y trabajo, o entre los medios y los modos de producción).

Como se puede apreciar, estas respuestas giran en torno a las dimensiones interior, exterior e interior de las relaciones humanas. No se podría prescindir de ninguna de ellas si de un análisis complejo y objetivo de los conflictos se trata; en efecto la interacción de estas tres dimensiones, nos darán en Galtung, una definición de conflicto. Es decir, conflicto es: Actitudes, presunciones + comportamiento (Behaviour) + contradicción.

dar una respuesta (preventiva, proactiva o represiva) de la violencia. Según Calderón Concha (2009, pág. 68) en muchos casos, las causas de un conflicto son difíciles de diferenciar hasta para las mismas partes o están ocultas, ya que las partes y son personas protagonistas del conflicto (incluidos políticos/as y medios de comunicación) prefieren centrarse en las actitudes y la conducta, tanto la suya propia (que en general se auto-concibe como positiva) como en la del otro (que suele describirse generalmente como negativa).

(...) contar con una imagen consciente y cabal del conflicto, con todos sus aspectos profundos, sus condicionantes históricas, será una *conditio sine qua non* para la transformación del mismo. El proceso de concientización evitará la cosificación de los actores haciendo de ellos protagonistas del proceso, es decir, (según Galtung) un actor consciente será capaz de dirigir esa transformación incluyendo la propia. (Calderón Concha; 2009, pág. 72).

Este entendimiento multifacético de las causas de la violencia como estructura de la respuesta estatal a partir de políticas de seguridad ciudadana aporta un espacio fundamental para el desarrollo de políticas y prácticas especialmente dedicadas a la protección de las mujeres a toda forma de violencia. En consecuencia, otro especial hito en el desarrollo de normas de especial protección a las mujeres lo establece la creación de la Comisión de las Naciones Unidas de Seguridad Humana (2001, pág. 96). En su reporte del año 2003²⁰, señala específicamente:

20. El informe se encuentra disponible en: http://www.un.org/humansecurity/sites/www.un.org.humansecurity/files/chs_final_report_-_english.pdf

(...) Human security means to protect the vital core of all human lives in ways that enhance human freedoms and human fulfilment. Human security means protecting fundamental freedoms –freedoms that are the essence of life–. It means protecting people from critical (severe) and pervasive (widespread) threats and situations. It means using processes that build on people’s strengths and aspirations. It means creating political, social, environmental, economic, military and cultural systems that together give people the building blocks of survival and dignity (...).

La seguridad humana significa proteger el núcleo vital de todas las vidas humanas en formas que mejoren las libertades humanas y la realización humana. La seguridad humana significa proteger las libertades fundamentales –las libertades que son la esencia de la vida–. Significa proteger a la gente de amenazas y situaciones críticas (severas) y generalizadas (difundidas). Significa usar procesos que se basan en las fortalezas y aspiraciones de la gente. Significa crear sistemas políticos, sociales, ambientales, económicos, militares y culturales que juntos den a la gente los pilares de la supervivencia y la dignidad. Comisión de Seguridad Humana de las Naciones Unidas (2003, pág. 4).

De esta manera, la Comisión refiere especialmente a la concepción de la protección integral a toda forma de violencia, incluyendo aspectos tan amplios desde la violencia en ámbitos que puedan considerarse como privados a aquellas vinculadas con la pobreza, salud, educación, entre otras.

Conclusiones

Del análisis de la ley se observa que sí se ha podido incorporar en sistema jurídico paraguayo una ley que enuncia las principales reco-

mendaciones y principios propios del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos y de Derechos Humanos de las Mujeres en función de crear en el Estado la organización necesaria para desarrollar e implementar intervenciones oportunas que deberán ser creadas; pero que, a pesar de esta incorporación, no ha significado un avance a la legislación ya existente en materia de protección a las mujeres contra toda forma de violencia desde lo teórico y, si no se complementa con nuevas normas particularmente penales y administrativas que contribuyan de manera eficaz y eficiente a la erradicación y sanción de la violencia hacia las mujeres, podría significar la violación del principio de progresividad a mediano o largo plazo.

Además de las novedades en el ámbito jurisdiccional, incluyendo el feminicidio y la formulación de medidas y mecanismos de respuesta y atención a personas víctimas y victimarias, probablemente los más grande aportes de la ley sean la garantía de defensa gratuita a cargo del Estado ampliando lo que ya se había hecho con el fuero de la niñez y Adolescencia en virtud de la Ley 1.680/2001 y la formalización de algunas prácticas que ya se venían instalando en la aplicación de la Ley 1600/2000 como la prohibición de la mediación o conciliación, la aplicación de medidas de urgencia en relación a niñez y adolescencia en el fuero de juzgados de Paz y la aplicación de los protocolos y procedimientos policiales referentes a violencia doméstica, intrafamiliar y de género o la autorización, de forma excepcional de ingresar a todo domicilio privado cuando tuvieren una denuncia o existan elementos fehacientes de riesgo de vida e integridad física de una mujer.

En relación específica con la aplicación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y especialmente en el marco de la Recomendación General 35 de Julio de 2017 del comité CEDAW en la que se reconoce la importancia de visibilizar que la violencia por razón de género no solamente alcanza a las mujeres biológicas, sino que a toda representación social, política

y cultural de las mujeres; los compromisos asumidos se cumplen parcialmente. Esto es específicamente en cuanto a aquellos relativos a mujeres en su diversidad, mencionando de manera genérica en su Artículo 3 que su ámbito de aplicación incluye “a las mujeres, sin ningún tipo de discriminación” sin aclarar taxativa que la prohibición de no discriminación incluye a los motivos de sexo, identidad, representación y orientación sexual. De todas maneras, en materia de litigio estratégico, al no excluir expresamente a las personas con identidad de género femenina quienes su sexo reconocido en el nacimiento no era el de mujer, podría interpretarse que también están incluidas a la protección contra toda forma de violencia las personas transexuales, transgénero, intersexuales y queer. Aunque por el momento, la redacción de la norma no permite su aplicación formal en materia penal, sí puede contribuir a un debate futuro de inclusión y a la utilización del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos para promover la discusión en la materia.

En relación con la aplicación de la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez, en cuanto a lo niñas y mujeres adolescentes, es expresamente incluyente y amplia al incluir también a los niños y adolescentes varones bajo su protección. En esta línea, la expresión “promover y garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Artículo 2) debe interpretarse por la garantía de protección durante toda la vida de una mujer, desde su nacimiento hasta su muerte.

En relación con la aplicación de principios y perspectiva de género, se excluye mencionar expresamente la palabra género. Sin embargo, muchos de los principios generales de la teoría feminista y de protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia basada en asimetrías de género persistieron en sus principios generales (objeto, finalidad, ámbito de aplicación, derechos protegidos, definiciones, formas de violencia y principios rectores). De esta manera, se

reconoce el derecho a una vida libre de violencia, la no discriminación frente al Estado, la libertad de pensamientos, consciencia y expresión, el derecho de propiedad, la intimidad y la imagen, la planificación familiar y la salud materno infantil, el derecho a la educación, al trabajo digno y la seguridad social, a participar en asuntos públicos, se definen formas de violencia basadas en relaciones de poder como la psicológica, contra los derechos reproductivos, patrimonial y económica, laboral, política, obstétrica, mediática, telemática, institucional y contra la dignidad. En especial, en lo relativo a las competencias del Ministerio de Educación y Ciencias, se especifica:

Artículo 13.d. Revisar y actualizar los libros de texto y materiales didácticos utilizados en el sistema educativo con la finalidad de fomentar la igualdad de derechos, oportunidades, trato y resultados de las mujeres con relación a los hombres, en general y principalmente en la educación indígena.

En cuanto a la perspectiva y principios de Derechos Humanos, solamente se menciona específicamente la cuestión indígena, aunque no de manera transversal, sino que en cuestiones relativas a educación.

Aunque no transcribe ninguna definición convencional, la totalidad de los artículos analizados se infieren en directa o indirectamente relación a textos que hacen parte de convenciones internacionales, recomendaciones o documentos relativos a estas. A pesar de esto, la ausencia de la perspectiva de género o su mención formal podría poner en duda la eficacia en la intencionalidad de la norma para la modificación de patrones socioculturales que promueven la violencia contra la mujer y, en particular, la debida formación y capacitación de quienes hacen parte de la función pública, del sistema de protección y jurisdiccional en el marco de la violencia que sufren las mujeres y las niñas.

Se observa un alto grado de concordancia en elementos que están presentes en el texto de la Ley 5.777/2016 con principios, normas y recomendaciones del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos. En especial se observa una clara influencia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará, de Recomendaciones del Comité para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los Exámenes Periódicos Universales.

Sin embargo, en cuanto a su integralidad, a pesar de incorporar el tipo penal de feminicidio, incorporar la competencia de la Defensoría Pública en la atención a mujeres víctimas de violencia y ampliar la competencia en el fuero penal de los Juzgados de Paz, no es suficiente para decir que la Ley 5.777/2016 refleja el concepto de integralidad que requiere cumplir con elementos de prevención, sanción y erradicación. Se observa también la ausencia de elementos de control administrativo y regulatorio en materia de la forma en la que cumplirá con la prevención y persecución de la mayoría de las formas de violencia definidas en el Artículo 6. Asimismo, aunque no establece un mínimo presupuestario, sí se señala que se deberá incluir presupuesto para la implementación de esta ley en el Presupuesto General de Gastos de la Nación.

TEORÍAS CRIMINOLÓGICAS DE FACTORES DE RIESGO Y DE PROTECCIÓN

*Judith Brauner Amarilla**

Introducción

Las teorías de factores de riesgo y de protección han surgido en el pasado reciente como modelos explicativos de la criminalidad de carácter ecléctico, integrador y con un enfoque dinámico del proceso de desarrollo de la persona que se comporta o no conforme a las normas.

La criminología como ciencia que estudia el delito como un fenómeno social ha buscado y busca la explicación del origen del delito desde diferentes ángulos. En sus inicios se basó en la explicación del delito desde un punto de vista biológico, luego se esbozaron modelos explicativos de base sociológica. Algunas teorías fueron descartadas, otras siguen aportando a los intentos de explicar el origen de la criminalidad y la manera de tratar este fenómeno. Sin embargo el fenómeno de la desviación y las diferentes clases de delincuentes son tan diversos como los seres humanos y sus conductas. Ante esta situación es evidentemente insuficiente un modelo explicativo que busque el origen en una sola causa.

* Abogada. Parte del Cuadro de Honor de la Universidad Nacional de Asunción (2003-2008), Máster of Laws en Criminología y Justicia Criminal (2009-2010). Investigadora y asesora para proyectos del contexto penitenciario y afines en el ámbito público y privado.

Las teorías eclécticas aparecen como nuevas soluciones a una interrogante, reuniendo las respuestas de varios modelos explicativos para echar luz sobre el fenómeno del delito. La teoría de los factores bio-sico-sociales es una teoría ecléctica al unir varios modelos explicativos. Al mismo tiempo es también una teoría de la criminodinámica, al estudiar los factores que impulsan un proceso de desarrollo de la persona hacia una conducta delictiva y su desistimiento de tal comportamiento. No analiza el delito como un fenómeno único y estático ni al delincuente como un resultado estático de una condición previa, sino analiza al delincuente en un proceso dinámico¹.

Teorías de factores de riesgo y de protección

Teoría de los factores bio-sico-sociales

El modelo de factores de riesgo bio-sico-sociales fue elaborado por los científicos *Lösel y Bliesener* y publicado a principios de nuestro siglo. Surge a partir de los estudios sobre la delincuencia juvenil. La criminalidad en la adolescencia tiene características muy especiales y ha generado todo un sistema de control formal paralelo al sistema del derecho penal de adultos. Si bien su implementación aún se encuentra en un proceso más o menos avanzado en la mayoría de los países, se basan en el reconocimiento de este hecho: de que la criminalidad en los adolescentes tiene características particulares que se deben principalmente a la situación del propio joven aún en fase de desarrollo y crecimiento físico, síquico y social. Es ante este fenómeno que surge la mencionada teoría, que intenta también en primer lugar dar respuesta a los fenómenos típicos de delincuencia juvenil como los delitos de lesión, delitos menores contra la propiedad y similares. Sin embargo

1. González Berendique, 2007.

se enmarca también en un modelo explicativo de la carrera delictiva, entendida como el proceso de desarrollo de una persona hacia la incorporación de conductas desviadas en su comportamiento². Ha sido comprobado que en la mayoría de los casos la “carrera delictiva” tiene su momento más álgido en la adolescencia tardía y que las personas generalmente en los primeros años de adultez dejan de lado las conductas “delictivas” y adecuan su estilo de vida a las normas.

Siguiendo lo expuesto acerca de las teorías eclécticas, estos criminólogos sostienen que una explicación monocausal es insuficiente para indagar el fenómeno de las causas del delito. Basándose sobre todo en el estudio de la delincuencia juvenil y tendencias antisociales (agresividad), esta teoría sostiene que la tendencia o predisposición hacia una carrera delictiva tiene como origen factores biológicos, psicológicos y de estructura social.

Los factores biológicos pueden ser la estatura, el sexo, el nivel de inteligencia, aspectos estéticos (según el ideal de belleza que reine en una determinada cultura), etc. Una determinada constitución física puede favorecer determinados comportamientos, como por ejemplo la fuerza necesaria para perpetrar una lesión grave o una coacción sexual. También otras características físicas pueden tener una influencia en el desarrollo de la carrera delictiva o no, sobre todo a la luz de las teorías de la criminalización, el etiquetamiento y la desviación secundaria.

Los factores psicológicos de riesgo son, por ejemplo, el déficit de atención, un temperamento impulsivo, autoestima baja, etc. Los factores de estructura social son por ejemplo la familia desmembrada, relacionamiento con grupos de tendencia problemática o delictiva,

2. Conductas desviadas en el sentido criminológico como aquellas conductas que se apartan de las normas de comportamiento socialmente aceptadas, incluidas las normas legales, y que conllevan sanciones.

deserción escolar o problemas escolares, etc. Como factor especialmente perjudicial en el desarrollo del adolescente los autores resaltan su entrada a un establecimiento de privación de libertad (centro educativo).

Lösely Bliesener sostienen que estos factores en forma aislada no tienen mayor impacto. Hay un incremento en la predisposición para cometer delitos cuando coinciden varios factores de riesgo y dicho riesgo podría decirse que aumenta proporcionalmente con la cantidad de factores de riesgo. Sin embargo, la presencia o acumulación de factores de riesgo no necesariamente significa un necesario desarrollo hacia la predisposición delictiva, escapando de esta manera a un paradigma determinista. De lo contrario, y tal como se observa en la vida diaria, existe una amplia cantidad de personas que presentan una considerable acumulación de factores de riesgo y no terminan en una carrera criminal, fenómenos que ya habían indagado y teorizado las teorías del control: No preguntarnos por qué algunas personas se convierten en criminales, sino preguntarnos por qué la amplia mayoría de la sociedad obedece las normas. *Lösely Bliesener* sostienen que este fenómeno se debe a la actuación de los factores de protección que contrarrestan los efectos negativos de los factores de riesgo en los distintos ámbitos y niveles. Estos factores de protección pueden entonces ser biológicos, psicológicos o sociales, y los autores mencionan como algunos factores un nivel de inteligencia superior, un vínculo afectivo fuerte con una persona de influencia positiva, un estilo de educación que abarque tanto el rol afectivo como de control de parte de los padres, etc.

Los factores de protección pueden estar presentes ya al mismo tiempo que los factores de riesgo, como también pueden surgir a lo largo de la vida de la persona. De esta manera se explica también el fenómeno del *turning point*, como momento en la vida de una persona cuando termina su desarrollo delictivo y se convierte en una persona

obediente a las normas. A menudo estos factores de protección actúan de manera automática, pero lo expuesto debe también servir de insumo para la política criminal, tema que será abordado más adelante.

Modelo del Triple Riesgo Delictivo

Una teoría que se enmarca en la misma tendencia que lo expuesto por *Lösel* y *Bliesener* es el modelo del triple riesgo delictivo (TRD) de *Santiago Redondo Illescas*. *José Luis Díez Ripollés* resalta la virtud de esta teoría de “integrar en un único modelo teórico y práctico las muy diversas contribuciones, empíricamente acreditadas, del pensamiento criminológico contemporáneo”³.

Redondo parte de la definición de las conductas antisociales cuyo origen pretende explicar con el modelo TDR. Las conductas antisociales serían conductas de agresión o engaño, directas o indirectas, que dañan o amenazan de daño a otras personas o sus propiedades, y cuyo objetivo es obtener un beneficio o satisfacción propios. Se trata de comportamientos humanos que no respetan los derechos de los demás. Por otro lado existe el comportamiento prosocial, que respeta los derechos del otro y prevalece en la sociedad. Redondo parte en su modelo del análisis de los factores necesarios para que se dé el comportamiento prosocial y sostiene que se deben dar los factores A, B y C que veremos a continuación:

A) Disposiciones y capacidades personales: Rasgos de la persona que favorecen un desarrollo favorable para la adecuación a las normas. Las características personales que en este sentido se relacionan con una conducta antisocial pueden ser la impulsividad y el bajo temor ante situaciones ilícitas o de violencia, baja empatía y percepción

3. DIEZ RIPOLLÉS en REDONDO ILLESCAS, Santiago; 2008 (Boletín 108).

distorsionada del delito moldeada a lo largo de la vida por experiencias y aprendizajes del individuo.

B) “Apoyo pro-social mantenido, especialmente durante las etapas infanto-juveniles de su desarrollo personal, de parte de las principales instituciones sociales, tales como la familia, la escuela y otras (en función de su edad y necesidades)”⁴. Redondo describe este apoyo pro-social como una ayuda o asistencia que reciben los individuos a través de las instancias de socialización como herramientas para satisfacer sus necesidades, sea esta asistencia real o solamente percibida. Señala en este contexto el nivel muy diverso de apoyo pro-social que reciben los individuos según su situación social, género y la misma sociedad en que viven.

C) La exposición moderada o baja del individuo a situaciones de riesgo u oportunidades delictivas, y la no exposición a riesgos elevados como una situación de necesidad económica o vivencias de gravedad. Factores que favorecen una conducta antisocial pueden ser necesidades económicas graves o privaciones relativas, abandono de pareja, experimentar una fuerte situación de injusticia, etc. En síntesis, “un amplio espectro de situaciones que pueden operar como instigadores o móviles de hechos antisociales y acciones delictivas”⁵.

Tal como ya ha sido mencionado anteriormente, las teorías criminológicas generalmente abarcan un grupo de estos factores, o bien dan mayor preponderancia a uno de ellos. El modelo del TDR propone una estructura explicativa que entrelaza estos tres grupos de factores para obtener una herramienta para la estimación del riesgo delictivo en una persona, objetivo que finalmente comparte con todas las teorías criminológicas en vista de que toda teoría criminológica tiene como aplicación práctica poder estimar o pronosticar un riesgo delic-

4. REDONDO ILLESCAS, Santiago; 2008 (Boletín 108).

5. Ídem.

tivo y actuar sobre los factores de esa situación para disminuir finalmente la criminalidad. *Redondo* entonces presenta su teoría como un modelo de unificación y estructuración de conocimientos criminológicos anteriores, empíricamente comprobados, acerca de los factores criminógenos. “Lo que el modelo TDR sugiere es que la confluencia en un mismo individuo de dimensiones desfavorables A (personales), B (de apoyo social) y C (de oportunidades delictivas), es un marcador relevante de la probable activación en él de procesos criminógenos”⁶. Permite entonces estimar la motivación o el riesgo delictivos en una persona en un momento determinado, de acuerdo a los factores expuestos.

Los factores del comportamiento pro-social se presentan según este modelo como dimensiones continuas, pudiendo abarcar desde niveles positivas hasta negativos, constituyéndose de esta manera en factores de riesgo en un extremo y factores de protección en otro extremo, como pares opuestos, pero en una dimensión continua. Un ejemplo en los factores de capacidad personal serían los extremos de, por un lado, impulsividad e hiperactividad, y por el otro lado el autocontrol y un desarrollo normal del sistema nervioso central. Entre ambos extremos existen manifestaciones intermedias, como un autocontrol moderado. La dimensión continua de los factores se considera por *Redondo* como más adecuada para el comportamiento humano, contrariamente a otras teorías criminológicas que se basan en la presencia o ausencia de uno o más factores determinados.

A continuación se presentan las tablas elaboradas por *Redondo* para ejemplificar los factores de riesgo y sus factores de protección correlativos en las distintas dimensiones⁷:

6. REDONDO ILLESCAS, Santiago; 2008 (Boletín 108).

7. REDONDO ILLESCAS, Santiago; 2008 (Boletín 109).

Dimensiones de riesgos personales	
Impulsividad, hiperactividad, problemas de atención	Autocontrol y normalidad en el SNC
Ausencia de sentimientos de culpa	Capacidad de sentir culpa
Bajas habilidades interpersonales	Buenas habilidades verbales e interpersonales
Creencias antisociales	Creencias pro-sociales
Dimensiones de riesgos en el apoyo prosocial	
Crianza inconsistente / cruel / abandono / rechazo	Crianza "autoritaria": combina equilibradamente afecto/dedicación al niño y control de su conducta
Amigos delincuentes	Amigos pro-sociales
Desvinculación de la escuela	Apego a la escuela
Barrios deteriorados / desorganización social / etnias minoritarias / privación relativa / cultura delictiva	Barrios no delictivos / nivel económico estándar / cultura prosocial

Dimensiones de riesgos situaciones o de oportunidad para el delito	
PARA DELITOS VIOLENTOS	
Insulto o provocación	Diálogo tranquilo
Espacios públicos y anónimos (para la violencia por parte de desconocidos)	Control formal/informal
Alta densidad de población	Baja densidad (sin llegar al aislamiento)
PARA DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD	
Propiedades descuidadas, desprotegidas o abandonadas	Protección
Proximidad a zonas degradadas	Lejanía
Turistas con apariencia de llevar encima dinero o propiedades de valor (joyas, cámaras, regalos, etc.)	Autoprotección (llevar poco dinero, etc.)

Las dimensiones de los factores situacionales no se presentarían de forma homogénea para todos los individuos, sino habría por el contrario una tendencia en las personas que presentan factores de riesgos personales y pro-sociales altos a enfrentarse con mayor frecuencia y mayor fuerza a situaciones de oportunidad delictiva, debido a su “mayor motivación antisocial”⁸.

En base a los factores expuestos, Redondo propone en su modelo TDR un mecanismo para determinar “la magnitud global del riesgo de conducta antisocial” como una “estimación razonablemente certera” de este riesgo delictivo. Además permitiría estimar un riesgo social de la delincuencia, considerando las dimensiones de los factores de riesgo en una determinada sociedad o grupo social a través del estudio por muestras representativas⁹.

Valoración

Las teorías expuestas más arriba son llamativamente similares y surgieron prácticamente en paralelo en países distintos, con unos pocos años de diferencia, entre el año 2000 y 2008. Posiblemente estas teorías sean el producto lógico y necesario de una evolución de la criminología como ciencia a lo largo de más de 200 años. Tal como se ha mencionado más arriba, ambas teorías son integradoras de teorías anteriormente desarrolladas y empíricamente verificadas. Se sirven de los conocimientos hasta hoy generados para dar una respuesta más completa y amplia al fenómeno del delito.

La tendencia del modelo TDR de pretender una estimación casi matemática del riesgo delictivo individual o social podría ser poco familiar para los científicos sociales. Pero en el contexto de la cultura

8. Ídem.

9. Idem.

contemporánea que exige respuestas rápidas, replicables y comprensibles a los problemas que generan preocupación social y mediática, tal vez el modelo TDR sea una herramienta para encauzar adecuadamente la política criminal con bases teóricas.

Aplicación para la prevención de la criminalidad

Considerando los contenidos de las teorías expuestas que se enmarcan en un análisis multifactorial y dinámico del delito, se pueden deducir algunas conclusiones para las políticas de prevención del delito.

En primer lugar corresponde por supuesto fortalecer los factores de protección y disminuir los factores de riesgo a los distintos niveles que han sido señalados. Esta consideración tiene especial relación con la prevención primaria de la criminalidad, entendida como aquella prevención que se dirige a la sociedad en general y a las causas generales del delito, sin hacer distinción entre personas o grupos con un mayor riesgo delictivo, a través de programas dirigidos al fortalecimiento de estructuras familiares y comunitarias, educación, ocupación, previsión social, vivienda, ocio, salud. Aquí se refleja lo expuesto por *Lösel/Bliesener* y *Redondo* en cuanto a los factores personales y los factores sociales/de apoyo pro-social. Detectando debilidades de desarrollo se pueden implementar políticas públicas dirigidas a disminuir ciertos factores de riesgo.

También en el ámbito de la prevención secundaria se aplica lo expuesto por los autores, entendiendo la prevención secundaria como aquella que comprende medidas realizadas ante un riesgo ya existente. Estas medidas pueden dirigirse tanto a potenciales víctimas como también victimarios. La cara más visible y practicada en el ámbito de la prevención secundaria, sin embargo, es el trabajo con lugares de riesgo (iluminación, videovigilancia, barreras físicas, etc.). La influen-

cia sobre víctima o victimario se enmarca en los factores y capacidades personales, la influencia sobre lugares se relaciona sobre todo con factores situacionales.

Finalmente en el ámbito de la prevención terciaria, entendida esta como las medidas preventivas que se dirigen a la persona que ya está siendo sancionada por la violación de una norma, el modelo de ejecución de penas debe también dirigirse al fortalecimiento de los factores de protección. Aquí se puede resaltar especialmente el mantenimiento del vínculo familiar o con la pareja, tratamientos para la adquisición de habilidades personales y comunicativas, programas de educación formal y profesional, actividad laboral, etc. En cuanto a los riesgos situacionales cabe subrayar la situación de riesgo a que se expone el recluso que sale en libertad sin medios económicos suficientes para llevar los primeros días de su libertad una vida adecuada a las normas. También existen numerosos factores de riesgo situacional dentro de los establecimientos penitenciarios que cabe disminuir, como la circulación de drogas, la violencia producto de la falta de supervisión y control por personal penitenciario, etc.

Otro punto que cabe resaltar es la importancia de trabajar con los *turning points* que ya fueron mencionados, en el sentido de dirigir el trabajo hacia la detección de potenciales *turning points* para los individuos ya en conflicto con la norma, y facilitar que opere este mecanismo.

Tal como se puede apreciar, las teorías arriba expuestas ya están de alguna manera presentes en la política criminal, sin embargo el aporte es en este contexto la herramienta que constituyen ambos modelos para ordenar y fundamentar las intervenciones necesarias para optimizar las mismas.

Bibliografía

GONZÁLEZ BERENDIQUE, Marco A. Criminología Tomo II. Editorial Jurídica Chile. Santiago de Chile, 2007.

KRÜGER, Maik. Frühprävention dissozialen Verhaltens. Publicado por la Universidad Ernst-Moritz-Arndt, Greifswald, Cátedra de Criminología. Tomo 38. Ed. Forum Verlag Godesberg. Greifswald, 2010.

LÖSEL, Friedrich; *BLIESENER*, Thomas. Agression und Delinquenz unter Jugendlichen, Untersuchungen von kognitiven und sozialen Bedingungen. Polizei und Forschung, Bd. 20. BKA, 2003. (Publicación del Instituto Criminalística de la Oficina Federal de Investigación Criminal de Alemania) file:///C:/Users/Escarabajito/Downloads/1_20_AggressionUndDelinquenzUnterJugendlichen.pdf

MEIER, Bernd-Dieter. Kriminologie. Ed. Beck. Munich, 2007.

REDONDO ILLESCAS, Santiago. “Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del triple riesgo delictivo (TRD) (Primera parte)” publicado en el Boletín Criminológico N° 108 del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Málaga, 2008.

REDONDO ILLESCAS, Santiago. “Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del triple riesgo delictivo (TRD) (Segunda parte)” publicado en el Boletín Criminológico N° 109 del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Málaga, 2008.

JUDITH BRAUNER AMARILLA

TORRENTE, Diego. Desviación y delito. Alianza Editorial. Madrid, 2001.

Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes. Serie de Guías de Justicia Penal. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2013. http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf

**ANÁLISIS DEL JUICIO POLÍTICO EN PARAGUAY
A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN
DE 1992 Y LA DOCTRINA**

Oscar Sosa Domínguez *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL JUICIO POLÍTICO EN LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA. PROCEDIMIENTO Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. 2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL JUICIO POLÍTICO. CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS. 2.2. EL MAL DESEMPEÑO DE FUNCIONES COMO CAUSAL DEL JUICIO POLÍTICO. 2.3. ¿QUÉ OCURRE SI EL FUNCIONARIO RENUNCIA MIENTRAS SE TRAMITA EL JUICIO POLÍTICO? 2.4. ¿ES PROCEDENTE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA RESOLUCIÓN SENATORIAL? 3. EL JUICIO POLÍTICO O EL IMPEACHMENT EN AMÉRICA LATINA. 3.1. EL JUICIO POLÍTICO EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS. 4. JUICIO POLÍTICO A PRESIDENTES DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. 4.1. ¿FUE ILEGAL EL JUICIO POLÍTICO A FERNANDO LUGO MÉNDEZ? 5. CONCLUSION. 6. BIBLIOGRAFÍA.

* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y de la Escuela Judicial. Docente de la carrera de Ciencias Políticas de la UNA, cátedra Derecho Constitucional. Docente de la UNIBE, cátedra de Derecho Constitucional y Derecho Mercantil. Curso de Diplomado en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, y Derecho Procesal Civil, en la UBA, Argentina. Actualmente cursando Maestría en la UNA.

1. INTRODUCCIÓN

El “juicio político” es una traducción que constitucionalistas latinoamericanos le dieron a la palabra *impeachment*¹, que a su vez se lo vincula con el constitucionalismo estadounidense, por ser la Constitución de este país, la primera (1787) en instituirlo como mecanismo de responsabilidad política (destitución) del “Presidente, Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos” quienes “podrán ser destituidos mediante Acusación y Condena por los cargos de Traición, Soborno u otros graves Crímenes o Faltas”², citado por Seall Sasiain.

Sin embargo, sus antecedentes se remontan al constitucionalismo inglés, concretamente, a la secular lucha por supremacía entre la Corona y el Parlamento. El impeachment se originó en Inglaterra durante el siglo XIV como un “medio legal de procesar criminalmente a funcionarios públicos debido al descontento popular en su contra. El ‘Buen Parlamento’ de 1376 puso en marcha los primeros casos de impeachment contra funcionarios que habían estado vinculados con el gobierno del rey Eduardo III. En la segunda mitad del siglo XV estos procesos cesaron hasta el siglo XVII, cuando el Parlamento lo revivió como un medio conveniente de deshacerse de ministros impopulares, generalmente favoritos del rey. Luego de esa época su práctica decayó,

-
1. Aparte de la acepción de “acusar por mal desempeño en la función pública” también significa “impugnar, tachar, atacar”. Su etimología en Inglés Medieval empeachen: impedir, acusar, que deriva del Francés Antiguo empe (s) cher, impedir, del Latín Tardío impedicare, obstaculizar, poner grillos: a su vez del Latín in, en + pedica, grillo: engrillar. Shipley, Joseph T. Dictionary of Word Origins (New York: Philosophical Library Inc., s.a.)
 2. Traducción del autor del Art. II, sección 4 de la Constitución de los Estados Unidos de América: “The President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other Crimes and Misdemeanors”.

en buena medida debido a que el Parlamento a menudo había abusado de su poder. No hubo más *impeachment* en Gran Bretaña desde 1806³. Durante una etapa de preeminencia del Parlamento sobre la Corona, aquel sometió a “ministros del Rey a juicio (*impeachment*), condenando y ejecutando a Strafford (1641)”⁴.

Los Estados Unidos, que fueron los primeros en instituir el *impeachment* en el sistema presidencialista, sólo lo usaron por primera (y única vez hasta el Presidente Bill Clinton) contra un Presidente, Andrew Johnson en 1868, sin embargo, fracasó el intento de destitución, al faltar un voto a los 35 por la condena contra 19 que votaron “no culpable”. Frecuente y equivocadamente se menciona el caso de Richard Nixon. Con motivo del escándalo de Watergate, solo hubo un principio del procedimiento de *impeachment* y una renuncia del presidente. En efecto, la Comisión Judicial de la Cámara de Representantes llegó a aprobar tres artículos de *impeachment*, cuando Nixon renunció a la presidencia, sin llegarse a tratar en el pleno de dicha Cámara y mucho menos en el Senado. Estas dos fases sí se dieron con el *impeachment* de Clinton, pero faltaron muchos votos para alcanzar los 67 (2/3 de los 100 senadores) en los dos cargos que se votaron separadamente.

En nuestro país, bajo la Constitución del 1870 se aplicó el trámite del “juicio político” a un presidente de la República, con la nota inusual de haber sido solicitada por el propio presidente a quien afectaría y que renunció temporalmente a la presidencia, durante la sustanciación del juicio político. Fue el caso del presidente José Patricio Guggiari con motivo de los sucesos del 23 de octubre de 1931, y del cual fue absuelto.

-
3. Compton's Interactive Encyclopedia (1995 Compton's New Media, Inc), voz “*Impeachment*”.
 4. García-Pelayo, Manuel. Op. cit. p. 265.

Se debe advertir que el juicio político no es un proceso penal, en el supuesto que se esté juzgando la comisión de delitos. Es un instituto que funciona como antejuicio que, en caso de condena, habilita la instancia penal contra los funcionarios y magistrados que gozan de inmunidad penal.

Los medios para hacer efectiva la responsabilidad política, fundada en el principio de control recíproco de los actos de los poderes del gobierno varían según la forma de gobierno que se trate, así en el sistema presidencialista se encuentra el juicio político. En el parlamentarismo, la remoción de funcionarios, se materializa con la moción de censura. Esta figura consiste básicamente en la opinión de la mayoría del parlamento que quita su respaldo al gabinete o a algún ministro, obligándolo a este o a estos a presentar su dimisión, salvo que el jefe de Estado disuelva el Parlamento y llame a elecciones (Seall Sasiain, 2011).

Conforme a los antecedentes expuestos, en este material se pretende efectuar un análisis de la institución del Juicio Político desde la Constitución de 1992, considerando la amplia doctrina de constitucionalistas nacionales y extranjeros y realizar una comparación con las demás constituciones de América Latina, se busca, asimismo, describir uno de los acontecimientos históricos más significativos, donde su aplicación cambiaron el rumbo político del Paraguay de los últimos años, el juicio político al ex presidente Fernando Lugo Méndez.

Como conclusión y en consideración a las variadas críticas que surgieron en torno al procedimiento llevado a cabo durante el Juicio Político contra el ex presidente Lugo, se aborda las necesidades de delimitar y establecer los procedimientos para la aplicación efectiva del instituto, ya que existen vacíos legales que podrían entorpecer el verdadero espíritu y propósito de la figura constitucional.

2. EL JUICIO POLÍTICO EN LA LEGISLACION PARAGUAYA. PROCEDIMIENTO Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

En un sistema presidencialista de gobierno como el paraguayo, el mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad política de funcionarios y magistrados que gozan de inamovilidad e inmunidad penal, se halla establecido en el Art. 225 de la Constitución de la República, que instituye la figura del juicio político, cuyos antecedentes se remontan a la Carta Magna de 1870, de acuerdo con la siguiente disposición:

“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 solo 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” (Art.225 de la Constitución Nacional de 1992).

Conforme se desprende del texto constitucional y los fundamentos de los convencionales constituyentes, el juicio político no es un prejuicio condenatorio ni negativo, es una institución que beneficia a los que están implicados en la cuestiones del juicio político. Sostiene el Convencional Bernardino Cano Radil (Comisión Redactora N° 26, pág. 27) que el hecho de no incluir a los diplomáticos no significa que no van

a ser juzgados, sino que serán juzgados normalmente por la justicia ordinaria.

Sostiene el mismo autor que se tiene el concepto de que el juicio político es una inmunidad o un beneficio para aquellas personas, por eso se trata de hacer lo más restringido posible. El contar con un beneficio político, de ningún modo significa que uno no va ser sujeto a investigación, proceso y eventualmente juicio pero por los procesos ordinarios de la justicia común.

Cuando se discutió el tema del juicio político en la constituyente de los Estados Unidos en 1787, justamente, una de las frases más debatidas entre los convencionales fue en el tema del juicio político, “el mal desempeño en sus funciones” (Cano Radil, B., 1991).

Sostiene que el convencional Hamilton planteó justamente el concepto de “mal desempeño en sus funciones” para tipificar las actitudes y las inconductas del gobierno del presidente de la República con motivo del ejercicio de su cargo. Y esto tuvo amplio desarrollo en la doctrina, incluso hubo varios fallos de la Corte Suprema, no se incorporó esta frase y no llegó a establecerse definitivamente ni en cuatro o cinco fallos con relación a los jueces como en el famoso fallo de un juez, en donde se hizo un discurso infamatorio, etc. En si eso era mal desempeño en sus funciones o no.

En síntesis, en la doctrina “el mal desempeño en sus funciones”, es una fórmula que no está agotada, clarificada, ni aceptada unánimemente, porque hubieron fallos contradictorios en la historia constitucional Norteamericana (Cano Radil, 1991).

Sostiene el convencional Cano Radil que el propósito de la Comisión Redactora fue tipificar en esta frase todas aquellas conductas que, si bien no son lícitas o antijurídicas, pueden estar sujetas a observación, porque provocan un perjuicio a la administración del Estado, que esta sería la explicación más técnica y que entiende que el juicio político debería estar signado a las conductas antijurídicas o ilícitas y

no de una cuestión de juzgamiento político sobre el desempeño de una cuestión presidencial, ya que fue una opción que triunfó en la Comisión Redactora; refiere que al incorporar esa frase se está incorporando realmente una zona gris en el precepto constitucional.

Expresa que con respecto a los delitos comunes, el juicio político no es una excepción de responsabilidad, no es tampoco una facilitación a juicios de causas comunes. El juicio político es una mayor garantía de un funcionario, en este caso el presidente de la República, ministros, etc., que por su función, incluso, cuando cometen delitos comunes tienen un privilegio en la inclusión de la acusación y en la decisión política de que merezca un juzgamiento o no. El ejemplo concreto: un presidente de la República que cometa un delito común X, por su majestad de ser presidente de la República, va a tener el beneficio de un juicio político. Entonces el Senado tiene que autorizar a través de un juzgamiento de carácter estrictamente político, que su causa pase a la justicia ordinaria, no pasa automáticamente, esa es la definición en doctrina del juicio político en el caso de los delitos comunes.

Sugiere que se puede discutir y aceptar si el delito común se podría incluir o no dentro del juicio político. En la Constitución española se excluye el delito común de los beneficios del juicio político. Otras constituciones incluyen el delito común dentro de los beneficios del juicio político.

El criterio de los constituyentes fue adoptar la relevancia de los funcionarios que están beneficiados con el juicio político, se ha optado por darle el reconocimiento de los delitos comunes en el caso del juicio político.

Entonces, se preguntan: *“¿Cuál es el alcance que tiene la propuesta de la Comisión?”*. La propuesta sería, al incluir los delitos comunes, tiene que haber una acusación de la Cámara de Diputados, tiene que haber un juzgamiento de carácter netamente político, no sobre la cuestión de fondo, desde el punto de vista jurídico, sino estrictamente

político para que se habilite o no pasar a la justicia ordinaria a los funcionarios que sean necesariamente tipificados dentro del juicio político. (*Diario de Sesiones. N° 32, pag. 14, Convencional Bernardino Cano Radil*).

Por su parte el Ciudadano Convencional Evelio Fernández Arévalos manifiesta que: *“Es cierto que en un juicio político se juzga frente a una acusación propuesta por la Cámara de Diputados; es la Cámara de Senadores la que, en juicio público, juzga a los acusados, y los declara o no culpables; pero ¿en qué sentido los declara culpables? No los declara culpables en un sentido, digamos judicial del término, no se trata de un acto de un magistrado juris, sino de un organismo político”*.

Prosigue explicando que el juzgamiento tiene como único y exclusivo efecto separarlos de sus cargos, de forma tal que, si la Cámara de Senadores acoge la acusación formulada por la Cámara de Diputados y tipifica como causal el mal desempeño de sus funciones, delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o delitos comunes, eso no significa que el funcionario sujeto al juicio político ha de estar condenado como delincuente para las dos últimas hipótesis.

El juzgamiento como acto contencioso, sobrevendrá luego cuando la Cámara de Diputados, en los casos de supuesta comisión de delitos, pase los antecedentes a la justicia ordinaria (Fernández Arévalos, Evelio).

Por último, sostiene que el hecho de que este precepto constitucional analizado no establece la suspensión del funcionario en ningún estadio determinado, es una señal de la buena calidad del precepto, porque hay casos y números. Y señalar taxativamente que, al formular la acusación ante la Cámara de Senadores ya involucra la suspensión del funcionario en cuestión, puede dar lugar a situaciones totalmente injustas, en las cuales, evidentemente, no sea necesario tal hecho. Quedará la ley para que determine, entonces, sí, formulada la

acusación, en qué casos se producirá la suspensión del funcionario en cuestión.

Por otra parte, el convencional Eusebio Ramón Ayala sostiene que el artículo acoge dos formas, dos causales de juicio político, o sea, las causales jurídicas, que son los delitos, y las causales políticas, que justamente, son las que encierran el concepto del “mal desempeño de sus funciones”.

Aclara que esta es una innovación importante con relación a la Constitución de 1967, que no tenía la institución del juicio político y cuya omisión en ese texto siempre se ha interpretado en la irresponsabilidad del presidente de la República y de los otros funcionarios.

El juicio político, en el entender del convencional, implica proteger a las autoridades en las funciones que están desempeñando; porque sin el juicio político nada obsta que mañana cualquiera pueda demandar al presidente de la República, a los ministros de la Corte, etc., sobre todo al presidente y al vicepresidente; y no tendrán más remedio que acudir a los tribunales.

El juicio político implica despojar de la protección que tienen estas autoridades. Además, respecto al mal desempeño, eso queda a cargo del Congreso que debe definir ¿qué se entiende por mal desempeño? Justamente, esa es la causal política. El convencional supone un ejemplo, ¿qué pasaría si el presidente de la República se va de safari a África, durante un mes sin permiso de nadie? Eso no implica ningún delito. No es delito común ni es delito político. Eso es mal desempeño en sus funciones. En esos casos, entonces, el Parlamento podrá juzgar y despojar de su investidura al presidente, sostiene el convencional Eusebio Ramón Ayala.

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL JUICIO POLÍTICO. CONSIDERACIONES DOCTRINARIAS.

En consideración a la disposición constitucional que proclama el juicio político (Art. 225, ut supra), la literatura especializada en mayoría coincide, en definir su naturaleza jurídica como política; por lo tanto, a partir de la conclusión que subyace de estos conceptos doctrinales se podrá evaluar las implicaciones que se derivan de la referida particularidad, la politicidad del juicio, en cuanto a las causales y resultancias del procedimiento previsto en nuestro ordenamiento constitucional.

Félix Paiva, en el texto “*Estudio de la Constitución del Paraguay*”, t. I, p. 176, Asunción, 1926, sostiene que en este juicio de responsabilidad, llamado constitucionalmente juicio político, se hace efectiva la responsabilidad política. La sentencia es meramente política. Ella no entraña pena propiamente dicha, no conduce a la pérdida de la libertad del individuo ni a la condenación pecuniaria; provoca solo su remoción del cargo que desempeña o su destitución.

El juicio político no se ha imaginado para castigar a los culpables como en las causas de jurisdicción común; el juicio político solo tiene por objeto separar a los culpables de sus funciones para garantizar a la sociedad contra sus excesos, su inmoralidad o su ineptitud para el desempeño del cargo. Para mayor ilustración del punto, cita la opinión del senador Summer, en el caso del presidente Johnson, de los Estados Unidos de América: “*el juicio político es un procedimiento político con propósitos políticos, que está fundado en culpas políticas, cuya consideración incumbe a un cuerpo político y subordinado a un juzgamiento político*” (Lugo, Eusebio)⁵.

5. Cámara de Diputados, juicio político al presidente de la República José P. Guggiari, 1932, cit. por Lezcano Claude).

En la interpretación de Mario R. Midón, refiere a que el juicio es político y que como tal comporta las siguientes consecuencias, que definen las propiedades del mismo: “1) es un procedimiento en el que se juzgan culpas políticas, a tenor del impacto que en la comunidad produce la conducta del enjuiciado; 2) no es un juicio penal porque, más que como instrumento de justicia, se lo sostiene como herramienta que garantiza el control de la actividad de gobierno; 3) Solo alcanza a los funcionarios expresamente enumerados por la Constitución, pues está previsto como antejuicio del posterior proceso penal en privilegio que se dispensa a los sujetos pasibles de él, para evitar la multiplicidad de denuncias que entorpecerían su quehacer institucional; 4) es un juicio donde el acusado conserva el derecho de disponer su extinción, pues si renuncia al cargo agota la competencia jurisdiccional del Congreso; 5) es un juicio donde los datos de oportunidad y conveniencia definen la existencia y el sentido de la acusación por Diputados y del fallo senatorial”. (“Manual de Derecho Constitucional argentino”, p. 425, Bs. As., 1995).

Entre los constitucionalistas nacionales se destaca la opinión de Miguel Ángel Pangrazio, al afirmar que el juicio político es un procedimiento político y judicial. Político por afectar la jerarquía de funcionarios de nivel y judicial por ajustarse a reglas procesales que ordenan de legalidad el referido juicio (“Tratado de Derecho Público”, p. 462, Asunción, 1997), así como la de José Moreno Ruffinelli, quien sostiene que el juicio político no es un juicio, un proceso propiamente dicho, sino un medio que tiene para provocar la destitución de alguno de los que pueden ser sometidos a él y luego, si hubiere lugar, a la formación de una causa, remitirlo al Poder Judicial para su juzgamiento (“Nuevas instituciones de la Constitución Nacional”, p. 62, Asunción, 1996).

Miguel Ángel Ekmekdjian (“Tratado de Derecho Constitucional”, t. IV, pp. 201-210/1, Bs. As., 1997), sostiene que el juicio político no es un proceso penal; en caso de comisión de delitos, funciona como un

antejuicio que, en caso de condena, habilita la instancia penal contra los funcionarios y magistrados aforados con inmunidad de jurisdicción penal. Se puede afirmar que el juicio político en el sistema presidencialista no es de naturaleza política, en el sentido estricto del término, sino que se lo denomina así para diferenciarlo del juicio penal propiamente dicho; en efecto, el juicio político es, para los funcionarios afectados, una especie de antejuicio que les hace perder la inmunidad de jurisdicción penal.

Por otra parte, Daniel Alberto Sabsay refiere que se trata de las pocas ocasiones en las cuales la función jurisdiccional es ejercida por un poder diferente al judicial, tal el motivo por el cual se lo denomina de esta manera, político. Es decir, que debe su nombre al carácter político del órgano que lo lleva a cabo. Es importante tener en cuenta que no es un proceso penal, sino, como la Constitución claramente lo establece, tiene por principal objetivo separar del cargo a quien se encuentra sometido a este juicio, y eventualmente inhabilitarlo para el ejercicio en el futuro de cargos públicos. Pero la decisión sobre la eventual responsabilidad penal del funcionario depuesto queda en manos de los tribunales competentes; en ese caso, el juicio político hará las veces de antesala de la eventual condena criminal o civil. (El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina-Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 8, p. 392, 2004).

2.2. EL MAL DESEMPEÑO DE FUNCIONES COMO CAUSAL DEL JUICIO POLÍTICO

El mal desempeño de las funciones es una cláusula amplia y su interpretación queda a discreción de los legisladores, ya que puede deberse a falta o pérdida de idoneidad o aptitud para su ejercicio, a negligencia o incluso a inhabilidad física o psíquica o a falta de idoneidad moral. Entonces los parlamentarios deberán evaluar cada caso concreto, a fin de establecer si existió o no mal desempeño.

En cuanto a la inhabilidad o enfermedad del presidente, Linares Quintana considera que corresponde la inhabilitación. Sin embargo, Sagües, Bidart Campos y Ekmekdjian consideran esta causal como comprendida dentro del concepto de mal desempeño, ya que la finalidad no sería castigar, sino quitarle el poder que se le otorgó.

Entonces, ¿qué es el mal desempeño? En este tema, desde la famosa frase propuesta por Hamilton, en 1787 hasta la fecha, hay literaturas y soluciones, incluso constituciones, como las de Ecuador que no habla del mal desempeño, asimiladas con la cuestión del honor de la República, que es una cuestión puramente objetiva. Otras Constituciones hablan de la dignidad de la patria, otra cuestión puramente objetiva.

Evelio Fernández Arévalos se refiere a la causal de “mal desempeño de sus funciones” desde un punto de vista histórico y político, afirmando que no conoce un solo caso, en ni un solo país, en que se hubiera hecho lugar al juicio político y se hubiera declarado culpable en función a esta causal, pese a que esa causal está prevista en innúmeras constituciones, por no decir en todas. Esto da la pauta de que la expresión “mal desempeño en el ejercicio de sus funciones” es necesaria ¿por qué? Porque hay muchísimas hipótesis que no caen involucradas en delitos comunes o delitos comunes en el ejercicio de sus cargos. Entonces, tiene que tener suficiente amplitud la previsión constitucional, para evitar situaciones que hagan imposible que un funcionario pueda ser juzgado políticamente⁶.

6. ABC Color (2009). “*La auténtica naturaleza jurídica del juicio político*”. Publicado en fecha 28 de setiembre de 2009. Recuperado de <http://www.abc.com.py/articulos/la-autentica-naturaleza-juridica-del-juicio-politico-25327.html>

2.3. ¿QUÉ OCURRE SI EL FUNCIONARIO RENUNCIA MIENTRAS SE TRAMITA EL JUICIO POLÍTICO?

Al respecto, Bidart Campos considera que mientras el Senado no dicte sentencia, el acusado puede presentar su renuncia. En caso que la misma sea aceptada, el proceso queda cerrado porque ya no tendría objeto, debido a que el acusado no es más funcionario.

En sentido distinto, Segundo V. Linares afirma que iniciado el proceso nunca se debe aceptar la renuncia del imputado y por ende se debe continuar con el proceso, pues considera que afecta el principio de división de poderes.

Badeni opina que, aceptada la renuncia, se debe continuar el proceso para determinar si corresponde o no la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos. Bidart Campos no considera esto posible, debido a que la inhabilitación es accesoria a la destitución y, por ende, si no opera la destitución por la renuncia del imputado, al quedar sin objeto principal el proceso, el mismo concluye inmediatamente, no pudiendo continuar debatiendo si corresponde la inhabilitación.

Según la práctica utilizada por el Parlamento durante en el juicio político contra los ministros de la Corte, Carlos Fernández Gadea, Bonifacio Ríos Ávalos y Luis Lezcano Claude, la Resolución senatorial N° 134//2003 ha calificado a la renuncia de Lezcano Claude como motivo de “exclusión de la nómina de enjuiciados”.

En nuestra doctrina se puede observar que de la Constituyente surgen dos posiciones opuestas, respecto de si el órgano acusador puede disponer de la suspensión del funcionario enjuiciado, en las versiones de los constituyentes:

• **Bernardino Cano Radil:** *“Con respecto a que no está prevista una suspensión automática de las funciones..., queda como facultad del Congreso, cuando la Cámara de Diputados decida la acusación en*

juicio político, y dentro de esa acusación ver si la magnitud de los temas hace que merezca o no una suspensión, o sea que se interpreta que va a ser facultad de la Cámara acusadora, obviamente, el reglar la suspensión...”.

• **Evelio Fernández Arévalos:** “...señalar taxativamente, por ejemplo, que, al formular la acusación ante la Cámara de Senadores ya involucra la suspensión del funcionario en cuestión, puede dar lugar a situaciones totalmente injustas, en las cuales, evidentemente, no sea necesario tal hecho. Quedará la ley para que determine, entonces, sí, formulada la acusación, en qué casos se producirá la suspensión del funcionario en cuestión”.

En síntesis, ambos convencionales concuerdan en que la suspensión del funcionario emerge como factible, no así cuando Cano Radil delega su reglamentación a la Cámara acusadora (Diputados), o cuando Fernández Arévalos se manifiesta favorable a su reglamentación por ley. La cuestión pasa, entonces, por definir, ¿en qué supuesto está admitida la suspensión? La doctrina mayoritaria afirma, en este orden de ideas, que la suspensión sólo es procedente cuando el juicio político trata de delitos comunes (por analogía con el Art. 191 in fine), no así por mal desempeño en funciones (por serle una facultad discrecional del Congreso).

2.4. ¿ES PROCEDENTE EL CONTROL O LA REVISIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA RESOLUCIÓN SENATORIAL?

Emilio Camacho, (2007) en “*Lecciones de Derecho Constitucional*”, sostiene que esto no significa que el afectado por juicio político esté impedido de recurrir judicialmente contra la resolución del Senado, pues el acceso a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de todo ciudadano (arts. 9° y 17 CN) y el Poder Judicial es el custo-

dio de la Constitución (art. 247), pero esto debe hacerlo en el marco de su competencia y no puede sustituir al Congreso en la determinación de la responsabilidad política. Debe limitarse a estudiar, si se inició ante la Cámara de Diputados, se reunieron los requisitos formales, si el Senado actuó como órgano juzgador, si fueron respetados el derecho a la defensa y el derecho a ser oído. Pretender avanzar sobre el concepto de mal desempeño y calificar la opinión del Senado sería tomarse atribuciones que le están expresamente vedadas en la Constitución (arts. 3º, 137 y cc.)

En *“Tratado de Derecho Constitucional”*, Miguel Ángel Ekmekdjian aclara que en atención a la procedencia de revisión en uno o ambos supuestos constitucionales, que si la causal de remoción responde a “mal desempeño”, no puede haber referencia en este caso a vicios del procedimiento, por lo que la discrecionalidad de la Cámara de Senadores aparece como amplia, incluso en lo referido al procedimiento, ya que para comprobar el mal desempeño no es necesario un rigorismo formal. En cambio, si el juicio trata sobre delitos cometidos en el ejercicio de funciones o sobre crímenes comunes, aparece procedente la tutela judicial, no solo en cuanto a los vicios esenciales de procedimiento, sino también en cuanto al fondo de la cuestión, por ejemplo: si se ha violado alguna garantía penal, como la presunción de inocencia del imputado.

3. EL JUICIO POLÍTICO O EL *IMPEACHMENT* EN AMÉRICA LATINA

La inestabilidad política que afectó históricamente a los países de la región dio lugar a un amplio emprendimiento académico en que diferentes estudiosos analizaron las distintas facetas que hacen a su funcionamiento.

Así, en 1984 Juan Linz abrió esa línea de trabajo al elaborar el argumento de que las características institucionales de los sistemas

presidenciales influían de manera perversa sobre el comportamiento político, de manera tal de poner en peligro la democracia. Así pues, el secreto de la inestabilidad de las democracias presidenciales en Latinoamérica residía, precisamente, en el presidencialismo. La sugerencia de Linz era la adopción de gobiernos parlamentarios que promovieran democracias estables⁷.

Pérez Liñán, quien en base a un uso reiterado del juicio político en los países de Latinoamérica, toma como punto de partida para el desarrollo de una línea de trabajo en clave comparativa, en la que se enmarcan análisis centrados específicamente en la figura de juicio político (2000 y 2007), e indagaciones que incluyen al procedimiento dentro de una tipología de crisis políticas (2001, 2003 y 2005). Así, define “*por juicio político entiendo ampliamente todo proceso legal por el cual el Congreso delibera para remover al presidente de su cargo*” (Pérez Liñán, 2000, 68).

Su principal hallazgo es que las condiciones políticas en América Latina en las últimas décadas fue un terreno propicio para que la conjunción del escándalo, debilidad legislativa y movilización popular, influyeran como detonante para la destitución de presidentes latinoamericanos.

En el ensayo “*¿Juicio Político o Golpe Legislativo? Sobre las crisis constitucionales de los años noventa*”, Pérez Liñán sostiene que el principal recurso constitucional para resolver las crisis entre el Ejecutivo y Legislativo en los años '90 ha sido el juicio político. Durante esa década, los presidentes Fernando Collor de Melo, de Brasil (1992) y Carlos Andrés Pérez, de Venezuela (1993) fueron enjuiciados y destituidos por cargos de corrupción. Abdalá Bucaram de Ecuador (1997) fue declarado “mentalmente incapacitado” por el Congreso y Raúl Cubas Grau de Paraguay (1999) fue enjuiciado por abuso de poder.

7. Javier Zelaznik. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96012009000200007&script=sci_arttext

Tras los casos de destitución, sostiene que hay un factor común: presidentes que llegaron al poder con amplio apoyo electoral y creyeron que con eso sería suficiente para mantener la gobernabilidad y asegurarlos en la cumbre.

Los juicios políticos de la década de los noventa se han caracterizado, según las expresiones de Pérez Liñán, fundamentalmente en la incapacidad del presidente para mostrar credenciales que respalden su autoridad moral para gobernar; presentar resultados de políticas públicas que eviten que la sociedad civil se movilice en su contra y forjar una base de apoyo sólida en el Congreso. Estos factores han propiciado el aislamiento político del presidente, del apoyo de poderosos miembros de la elite, generando múltiples experiencias de juicios políticos. A mi entender, estos factores aún persisten en la década actual, la que podemos observar en el caso del juicio político contra el presidente Fernando Lugo (2012), donde la única finalidad fue la destitución y no tanto probar si los hechos que se le atribuyeron fueron verdaderos.

Pérez Liñán (2007) ubica al juicio político como uno de los posibles desenlaces ante situaciones de crisis política, e indica que pese al protagonismo del conflicto entre poderes, que involucra como actores principales del procedimiento al ejecutivo y el legislativo, siempre se encuentran implicadas diversas terceras partes que hacen a la resolución del proceso. Señala así un esquema de mayor complejidad, en el cual algunas dimensiones relevantes para el estudio de las crisis presidenciales son: el rol de los medios de comunicación y la opinión pública, el papel declinante de las intervenciones militares, la indignación popular contra el gobierno y el diseño institucional de cada país. Finalmente, compara la dinámica de los juicios políticos con otras destituciones e indica que, mientras los escándalos y la política legislativa son claves para explicar el *impeachment*, la movilización masiva constituye el factor fundamental que lleva a la remoción de

presidentes, sea cual fuere la forma en que ésta se realiza. La indagación de Pérez Liñán se inscribe en la teoría de la responsabilidad presidencial y la democracia en América Latina⁸.

3.1. EL JUICIO POLÍTICO EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS

Las únicas Constituciones Políticas que contienen, en sus textos, la referencia a la figura del “Juicio Político”, siguiendo la característica del “*Impeachment*” inglés y estadounidense, de que la acusación y el juzgamiento son desarrollados por órganos distintos, dentro del Parlamento, son las de la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia, la República Dominicana, los Estados Unidos Mexicanos, la República del Paraguay, la República del Perú y de la República Oriental del Uruguay.

Se observa un elemento común en todas ellas: el hecho de que, se encuentra establecido el proceso de Juicio Político con las características propias del “*impeachment*”, especialmente, el contemplado en la Constitución de los Estados Unidos de América. Lo anterior, en cuanto al hecho de que el órgano parlamentario acusador y el órgano decisor no son los mismos. En este sentido, se observa cómo la Cámara de Diputados o Representantes es la encargada de plantear la acusación contra el presidente de la República, mientras que la Cámara de Senadores es la que realiza el juicio y emite el pronunciamiento para separarlo del cargo.

8. Rodrigo, Cintia (2011). El Impeachment en America Latina: Un Desafío Abierto al Análisis Político. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja» - Año V, Número Especial, 2011. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0013_p-d-constitucional.pdf

Otro rasgo en común de las Constituciones que contienen el “Juicio Político” como mecanismo de control del ejercicio político, es el relativo a la proporción de senadores que debe dictar el pronunciamiento para separar del puesto al presidente de la República. En los casos de las constituciones argentina, brasileña, chilena, colombiana, dominicana, paraguaya y uruguaya, se requiere de dos terceras partes del Senado para hacerlo.

En la Constitución Política boliviana, el enjuiciamiento político no está claramente definido, en cuanto a los órganos que lo desarrollan. En ese caso, solamente se dice que las Cámaras, reunidas en Asamblea Legislativa Plurinacional, autorizarán el enjuiciamiento del Presidente o del Vicepresidente⁹.

En el caso de la República del Ecuador, el enjuiciamiento no es una actuación meramente política, ya que se requiere el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional para iniciar el Juicio Político¹⁰.

En las Repúblicas de Guatemala¹¹ y Panamá¹² no existe, propiamente, la figura del “enjuiciamiento político”, ya que lo que se establece, en sus textos constitucionales, es que el Poder Legislativo admitirá, o no, las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República. En estos casos, claramente se observa que se carece de un procedimiento, constitucionalmente establecido, que permita al Poder Legislativo deponer al Presidente de la República.

En la República del Perú existe la fórmula para el enjuiciamiento político, sin embargo, en ella no se habla de que sean el Senado y la

9. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

10. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

11. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

12. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

Cámara de Representantes o Diputados los que participan en el desarrollo del proceso, pues se trata de un Parlamento Unicameral. En este caso, únicamente se hace la mención de que participará la Comisión Permanente, que acusa, y el Congreso, sin la participación de esa Comisión, suspenderá, de haber mérito para ello, al funcionario acusado o lo inhabilitará para el ejercicio de la función pública, hasta por diez años, o lo destituirá de su función, sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad¹³.

En los casos de las Constituciones nicaragüense¹⁴, salvadoreña¹⁵ y hondureña¹⁶, no hay mención del “enjuiciamiento político”. Lo único que se encuentra regulado en ellas es el aspecto de que el Poder Legislativo conocerá la renuncia de quien ejerza la Presidencia de la República.

4. JUICIO POLÍTICO A PRESIDENTES DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

• Raúl Cubas Grau, Presidente de la República 1998-1999:

El 24 de marzo de 1999, la Cámara de Diputados aprobó en forma mayoritaria el juicio político contra el presidente Raúl Cubas Grau, que estaba planeado para el 7 de abril; pero el asesinato al vicepresidente Luis María Argaña adelantó el proceso. Los diputados aprobaron por 49 votos a favor y 24 en contra el juicio político contra Cubas Grau. El sábado 27 de marzo de 1999, los abogados del presidente impugnaron el proceso por ilegal ante la Cámara de Senadores, la presión interna luego de la matanza de jóvenes el viernes 26, así como

13. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

14. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

15. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

16. <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/constudies.html>

la externa hizo que el presidente Raúl Cubas presentase su renuncia antes que el Senado dicte su sentencia

• **Luis González Machi, Presidente de la República 1999-2003:** El 5 de diciembre de 2002 la Cámara de Diputados aprobó por mayoría absoluta un proyecto de ley que pretendía impulsar un juicio político a Macchi basado en las acusaciones de Desvío de fondos de los bancos intervenidos y de uso abusivo de gastos reservados a la Presidencia en relación con la privatización de Copaco y la compra del lujoso vehículo robado en Brasil. El 23 de diciembre de 2002 la Cámara de Senadores se erigió en tribunal político, dando comienzo el Juicio Político. La votación de la destitución se fijó para el 11 de febrero de 2003 con el resultado de 25 votos a favor de la destitución y 18 en contra, con lo cual el presidente Luis Ángel González Macchi concluyó el mandato el 15 de agosto de 2003.

4.1. ¿FUE ILEGAL EL JUICIO POLÍTICO A FERNANDO LUGO MÉNDEZ?

El jueves 21 de junio de 2012, por una amplia mayoría de votos, la Cámara de Diputados resolvió formular acusación contra el presidente Fernando Lugo. Votaron a favor no solo los diputados del Partido Colorado (ANR), el Partido Liberal Radical Auténtico, el Partido UNACE y el Partido Patria Querida (ideológicamente conservadores o de derecha, y que controlan el 93% de las bancas en dicha Cámara), sino también la única diputada del Partido Democrático Popular, en teoría afín al Pdte. Lugo en lo ideológico (Lezcano Claude, 2012).

La acusación se basó en los siguientes puntos:

- El acto político partidario realizado en el Comando de Ingeniería (institución castrense).
- El caso Ñacunday (invasiones de tierras en el Departamento de Alto Paraná).

- La creciente inseguridad.
- La subscripción del Protocolo de Montevideo, Ushuaia II, en el ámbito del MERCOSUR.
- La matanza en Curuguaty (resultaron muertos 11 campesinos y 6 policías).

El libelo acusatorio presentado al Senado sostenía que Lugo ha gobernado de manera *“impropia, negligente e irresponsable”*, generando *“la constante confrontación y lucha de clases sociales, que como resultado final trajo la masacre entre compatriotas, hecho inédito en los anales de la historia desde nuestra independencia nacional hasta la fecha, en tiempo de paz”*¹⁷

Luis Lezcano Claude, en *“Sobre el Juicio Político a Fernando Lugo Méndez”*¹⁸ afirma que la superficialidad y extraordinaria brevedad de la presentación del libelo acusatorio, así como la inconsistencia de las causales alegadas presentado por cinco diputados, ponían de manifiesto que se trataba del mero cumplimiento de un trámite cuyo final estaba asegurado, a lo sumo se podía alegar una responsabilidad general e indirecta del presidente Lugo, aunque ninguno de ellos era de entidad suficiente como, para justificar una sanción de tanta gravedad como la separación del cargo.

Sostiene el mismo autor que desde el comienzo del “juicio político” en la Cámara de Diputados, hasta el dictamiento de la sentencia respectiva por la Cámara de Senadores, transcurrieron aproximadamente 30 horas, incluidas las de la noche y madrugada de los días de inicio y finalización del procedimiento. Esto amerita sobradamente la denominación de “juicio político express” que le han dado algunos medios periodísticos (Lezcano Claude, 2012).

17. “Juicio político: Sesión extra del Senado”. La Nación (Paraguay). 21 de junio de 2012.

18. Recuperado de <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/09/18/sobre-el-juicio-politico-al-presidente-fernando-lugo-mendez-2a-version/>

Numerosos críticos coinciden en señalar que el procedimiento fue manifiestamente ilegal e inconstitucional por las siguientes razones:

- No existió mal desempeño de funciones.
- La Cámara de Senadores no tiene la facultad de reglamentar un artículo constitucional.
- Se violó el derecho a la defensa al no concederse el plazo indispensable para la preparación de la misma.
- Falta de sustento jurídico de la decisión adoptada por la Cámara de Senadores.

Independientemente de las fallas procesales, reservada exclusivamente a fuero jurisdiccional, observadas durante la sustanciación del Juicio Político y que ha sido ampliamente debatido por renombrados juristas y duramente criticado, generando el repudio de la opinión pública local e internacional, calificándolo incluso de inconstitucionalidad e ilegal, es necesario hacer un análisis de los sustentos doctrinarios de las voces más representativas del derecho para comprender el verdadero sentido del juicio político.

Así, Jorge Horacio Gentile sostiene que se trata de un juicio, pero ello no significa ejercicio de la función jurisdiccional o judicial, reservada exclusivamente por la Constitución al Poder Judicial, ya que su fallo no tiene por finalidad sancionar, sino destituir al funcionario (“Derecho Parlamentario”, p. 392, Bs. As.-Madrid, 2008).

Pero como el Juicio Político, como bien se ha analizado a lo largo de este ensayo y conforme a las interpretaciones doctrinarias, es un instrumento “político” y no jurídico para determinar la responsabilidad política de funcionarios y magistrados, que no se rige estrictamente al procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico vigente para el orden jurisdiccional. El juicio político no es un juicio judicial, es decir, no es equivalente a un juicio llevado a cabo ante órganos jurisdiccionales, pues no se puede pretender someterlo a las normas que regulan el proceso de conocimiento ordinario, especialmente por la

amplitud de los plazos que contempla, e, incluso, a las normas previstas para otros tipos de juicios judiciales, de ahí que el órgano juzgador se encuentra facultado para dictar normas ad hoc, a falta de una ley que lo reglamente.

El proceso se ha basado netamente en el concepto “mal desempeño en sus funciones” que la legislación ni la doctrina han sabido clarificar ni precisar, dejando amplio margen de subjetividad y contradicción a los juzgadores, pues el objetivo principal de éste proceso ha sido privar al condenado del cargo y nada más, pues los hechos que se le atribuyeron no han sido objeto de prosecución penal en su contra.

En este sentido, es necesario traer a colación las expresiones del constitucionalista paraguayo Emilio Camacho, quien sostiene que en la Constitución paraguaya la palabra es juicio político, es decir, el concepto mismo de juicio está adjetivado como político, en forma inseparable, lo que debe señalarnos ya la primera y fundamental diferencia con el campo jurisdiccional y con quienes, identificando equivocadamente con el proceso judicial, pretenden aplicar todo el rigor procesal a esta institución. El juicio político tiene una naturaleza mixta, pues una persona es sometida a un procedimiento político y administrativo donde se busca determinar responsabilidades, del cual puede derivar una sanción: la destitución del cargo, pero no puede el Congreso ejercer atribución judicial alguna. Pretender equipararlo a un proceso judicial es desconocer la naturaleza misma del juicio político, además de constituir una perversión inadmisibles del principio de responsabilidad política, esencial e inherente a la democracia misma. Es por eso que le está vedado a cualquier otro poder revisar el concepto de mal desempeño de funciones, que compete exclusivamente al Senado. (“Lecciones de Derecho Constitucional”, pp. 139 a 141, Asunción, 2007).

A mi entender el Congreso Nacional ha actuado con apego a la letra de la Constitución y ejerciendo una competencia que tiene atribuida; por lo que constituye una desviación jurídica sostener que hubo

un golpe de Estado o algo ilegítimo en el procedimiento que llevaron a cabo los diputados y senadores paraguayos. Si los senadores decidieron destituir al presidente, el hilo constitucional estuvo garantizado con la sucesión del vicepresidente, quien concluyó el período de gobierno, el cual finalizó el 15 de agosto de 2013. En ese sentido, el Congreso de Paraguay ha actuado con soberana actitud en defensa de su Constitución y Estado de derecho.

Además, es necesario tener en cuenta la coyuntura política y social que se vivía en el país durante esos días, la tensión social ponía en riesgo la estabilidad democrática, es decir, de los demás poderes del Estado (principalmente el Legislativo), ya que corría riesgo de ser avasallado por las masas campesinas que seguían las ideologías políticas del entonces presidente, es decir existía una amenaza de quiebre institucional, lo que en parte pudo haber sido el fundamento del Congreso de agilizar los trámites para la destitución del cargo a Fernando Lugo y obviar la aplicación taxativa de las normas del procedimiento.

5. CONCLUSIÓN

El juicio político está previsto en muchas Constituciones del mundo y es un procedimiento normal y democrático que ha servido para mantener la paz y la estabilidad política en varios países.

El procedimiento denominado “juicio político” está previsto en la Constitución paraguaya de 1992 en su Artículo 225, como un importante mecanismo de control constitucional del Congreso sobre los principales funcionarios del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, así como de algunos de los llamados órganos extrapoderes.

Siguiendo la opinión de Lezcano Claude, se puede afirmar que el juicio político presenta problemas derivados de la forma deficiente en que aparece legislado en la Constitución, por ejemplo la inclusión de la comisión de delitos como causal, se entiende que las cámaras legis-

lativas por sí solas pueden determinar la existencia de la misma. Estos problemas se encuentran ínsitos en el texto constitucional.

Otros problemas que se pueden observar debido a la forma en que el juicio político ha sido puesto en práctica, es decir, como consecuencia de su aplicación en casos concretos. En este caso se trata de un problema de interpretación del texto constitucional, muchas veces perverso, interesado o de mala fe, como el hecho de sostener que los plazos para las distintas actuaciones no estén previstos en forma expresa, habilitando a las cámaras a fijarlos con absoluta discrecionalidad, lo cual en realidad, como ha acontecido en el caso de Lugo, podría desembocar en arbitrariedad.

La posibilidad de llegar a circunstancias que han aparejado gran injusticia, se ha debido a veces a omisiones en que ha incurrido la propia Constitución o en que han incurrido los legisladores secundarios al no reglamentar el instituto. Pero, asimismo, se debió a actuaciones simplemente antojadizas y caprichosas de los actores intervinientes en el procedimiento de juicio político. Esto último alcanzó su grado superlativo en los acontecimientos de junio de 2012, en ocasión del llamado “juicio político” al presidente Fernando Lugo.

Por tanto, conforme a los hechos acontecidos en el año 2012, resulta necesaria una solución completa y profunda, que sólo puede darse en el marco de una reforma constitucional por medio de una Convención Nacional Constituyente. Pero como solución temporal, sería necesario promulgar una legislación que reglamente adecuadamente el procedimiento del juicio político a modo de subsanar, mitigar o limitar las deficiencias que se observan. Al respecto, en julio de 2012 se ha presentado un proyecto de ley que pretende reglar el procedimiento del juicio político, previendo un plazo de 18 días para la preparación de la defensa de un Presidente o Vice que sea enjuiciado políticamente, ya que el plazo fue uno de los puntos más criticados durante el juicio político a Lugo Méndez.

A modo de conclusión, se podría sostener que mientras no se cuente con una ley sobre el juicio político o disponer de una Codificación Procesal Constitucional se le seguirá otorgando amplia facultad al Senado para que este cuerpo establezca reglamentaciones que podrían resultar excesivas o arbitrarias, lo cual pondría en duda el Estado de Derecho.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABC Color (2009). *“La auténtica naturaleza jurídica del juicio político”*. Publicado en fecha 28 de setiembre de 2009. Asunción, Paraguay. Recuperado de <http://www.abc.com.py/articulos/la-autentica-naturaleza-juridica-del-juicio-politico-25327.html>
- ABC Color (2009). *“La auténtica naturaleza jurídica del juicio político”*. Asunción, Paraguay. Recuperado de <http://www.abc.com.py/articulos/la-autentica-naturaleza-juridica-del-juicio-politico-23019.html>
- Albornoz P., Álvaro (2012). *“El Juicio Político en Paraguay Declaraciones hechas en el CANAL CNN 21 de junio de 2012”*. El Seminario Político. Voces de la Unidad en el Discenso. Recuperado en fecha 20 de mayo de 2015 <http://elcoloo.com/2012/06/26/el-juicio-politico-en-paraguay-declaraciones-hechas-en-el-canal-cnn-21-de-junio-de-2012/>
- Badeni, Gregorio. *“Instituciones de Derecho Constitucional”*. Ad–Hoc. Buenos Aires, 1999. Tomo 2.
- Bidart Campos, Germán. *“Manual de la Constitución Reformada”*. Ediar. Buenos Aires, 2000. Tomo III.
- Camacho, E. *“Lecciones de Derecho Constitucional”*, p. 142, Asunción, 2007).
- Constenla A., Adolfo (2013). *“El Juicio Político o impeachment en el Derecho Constitucional comparado latinoamericano”*. Cambio po-

lítico. Recuperado de <http://cambiopolitico.com/el-juicio-politico-o-impeachment-en-el-derecho-constitucional-comparado-latino-americano/31149/>

Diario Digital Hoy. *“Presentan proyecto para reglar el procedimiento del juicio político”*. Publicado en el digital en fecha 13 de julio de 2012. Asunción, Paraguay. Recuperado en fecha 01 de junio de 2015 de <http://www.paraguay.com/nacionales/presentan-proyecto-para-reglar-el-procedimiento-del-juicio-politico-84425>

Ekmekdjian, Miguel Ángel *“Tratado de Derecho Constitucional”* Depalma. Buenos Aires, 1997. Tomo IV.

Gentile, Jorge H., (2007). *Derecho Parlamentario*, p. 392, Bs. As.-Madrid, 2008

Lezcano Claude, L. (2012). *“Sobre el Juicio Político al Presidente Fernando Lugo Méndez (2ª versión)”*. Asunción, Paraguay. Recuperado en fecha 20 de mayo de 2015 de <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/09/18/sobre-el-juicio-politico-al-presidente-fernando-lugo-mendez-2a-version/>

Lezcano Claude, L. (2015) *“El Juicio Político en la Constitución Paraguaya de 1992, Análisis Crítico Propuesta de Ley Reglamentaria”*. Asunción, Paraguay. Recuperado en fecha 20 de mayo de 2015 de <https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2015/01/05/el-juicio-politico-en-la-constitucion-paraguaya-de-1992-analisis-critico-y-propuesta-de-ley-reglamentaria/>

Midón, Mario. *“Manual de Derecho constitucional argentino”*, p. 425, Bs. As., 1995

Paiva, Félix. *“Estudio de la Constitución del Paraguay, t. I, p. 176, Asunción, 1926”*

Pérez Liñán, A. (2000). *“¿Juicio Político o Golpe Legislativo? Sobre las crisis constitucionales de los años noventa”*. América Latina Hoy, diciembre, número 026. Universidad de Salamanca, España pp. 67-74. Recuperado en fecha 13 de mayo de 2015 de <http://biblio->

- teca2012.hegoa.efaber.net/system/ebooks/10412/original/
Juicio_Politico_o_Golpe_Legislativo.pdf
- Pérez Liñán, A. (2003) “*Pugna de poderes y crisis de gobernabilidad: ¿Hacia un nuevo presidencialismo?*” En *Latin American Research Review*, 2003, 38, 3, 149-164.
- Pérez Liñán, A. (2005) “*Democratization and Constitutional Crises in Presidential Regimes: Toward Congressional Supremacy?*” En *Comparative Political Studies*, 2005, 38, 1, 51-74.
- Pérez Liñán, A. (2007). “*Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*”. New York, Cambridge University Press, 2007.
- Plano de Egea, J. M., (2000). “*La Constitución de la República del Paraguay con sus fundamentos. Concordada y Reglamentada*”. Pp. 251-252. Ed. LatinData. Asunción, Paraguay.
- Rodrigo, Cintia, (2011). “*El Impeachment en América Latina: Un Desafío Abierto al Análisis Político*”. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones «Ambrosio L. Gioja» -Año V, Número Especial*, 2011. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Recuperado en fecha 22 de mayo de 2015 de http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0013_p-d-constitucional.pdf
- Sabsay, D. A. “*El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*”, N° 8, p. 392, 2004
- Sagües, Néstor Pedro. “*Elementos de Derecho Constitucional*” Editorial Astrea. Buenos Aires, 1997. Tomo 1.
- Seall-Sasiain, J. (2011, setiembre). “*Las Inmunidades, el Desafuero y el Juicio Político en la Constitución de 1992*”. Portal Guaraní. Asunción, Paraguay. Recuperado en fecha 20 de mayo de 2015 de http://www.portalguarani.com/2186_jorge_seall_sasiain/15381_1as_inmunidades_el_desafuero_y_el_juicio_politico_en_la_constitucion_de_1992_jorge_seall_sasiain_.html

Zúñiga Urbina, F. (2006). *“Responsabilidad Constitucional del Gobierno”*. Ius et Praxis v.12 n.2 Talca 2006. Recuperado en fecha 20 de mayo de 2015 de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200003



INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

*Melissa Duré**

El presente artículo se basa en una unidad temática desarrollada en la Cátedra de Filosofía del Derecho, que nos introduce básicamente a uno de los conceptos más utilizados, no solamente en los político sino también en Derecho Político como lo es la Democracia. Una de las grandes dificultades en la enseñanza de la filosofía en el Derecho que esta es entendida como una abstracción, como algo sin aplicación práctica. Si bien es cierto la filosofía no constituye una materia procesal ni codificada, es la que sienta el marco jurídico y material respecto de la Justicia, la Equidad, la Política y sus fenómenos.

Uno de los componentes más importantes en una sociedad y como abogados nos encontramos obligados a estudiar, por ser nosotros profesionales que manejan las contingencias más apremiantes de una comunidad desde diversas aristas sea jurisdiccional, legislativa, sea como profesionales independientes o docentes, lo constituye justamente la Democracia.

El Paraguay se caracteriza por una vida política marcada por una sostenida y permanente campaña electoral, ya sea para internas

* Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Masteranda en Filosofía Política por la UNA. Docente de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Iberoamericana. Especialista en Docencia Universitaria. Miembro del plantel de docentes del Instituto Superior de Estudios Humanísticos y Filosóficos.

parlamentarias, elecciones municipales, elecciones generales. Identificamos a la democracia como un fenómeno meramente electoral, y si bien esto es teóricamente desacertado; nuestros mecanismos de representatividad no dan mucho pie a la participación ciudadana. Es por esto la frase repetitiva de que cada cinco años tenemos la oportunidad única de un cambio político mediante nuestro voto; y es que más allá del sufragio, los ciudadanos estamos excluidos de las principales decisiones políticas que marcan nuestro destino como nación. El identificar a la democracia como un juego de gana mayoría pierden las minorías, resulta bastante peligroso, porque como veremos la democracia va más allá de las contiendas electorales y fue concebida desde la antigüedad clásica como instrumento mediante el cual es la ciudadanía quien ejerce el gobierno y que en ella deben darse consensos para llegar a una gobernabilidad mínima que garantice el bienestar de una sociedad.

Otro de los elementos que caracteriza a nuestra Constitución Política y el de la mayor parte de los Estados en la actualidad, lo es el término república, completamente ajeno y desconocido en la polis griega, cuna de la democracia. La República entendida como la cosa pública, como una forma de gobierno ejercida mediante representantes de una comunidad específica. Es muy importante que empecemos a distinguir muy bien cómo fueron concebidas la democracia y la república; por más que estos términos vayan de la mano en la mayor parte de las constituciones modernas, para poder comprender mejor nuestra política, no solamente como contienda electoral sino como un fenómeno que tiene un alto impacto en nuestra vida cotidiana.

En la actualidad tenemos que la república democrática es prácticamente el único modelo político aceptado en la comunidad internacional a partir de la declaración universal de los derechos humanos de 1948. Existen principios básicos de gobernabilidad que deben seguir todos los países signatarios entre los cuales figura el respeto a los

derechos humanos de primera generación como lo son el derecho a la vida, a la libertad ambulatoria, a la educación, a la salud y al trabajo. En este marco son completamente inaceptables los gobiernos de facto, las dictaduras y cualquier forma de gobierno que no haya sido legitimada por la población mediante los mecanismos pertinentes de participación y representación, que cuanto menos ampare el sufragio.

Hoy en día se consideran inaceptables formas de gobierno como las monarquías absolutas o las dictaduras y en este contexto es importante analizar qué es lo que realmente se entiende como democracia. Al inicio de las clases de Filosofía del Derecho hemos estudiado el origen de la polis griega y es importante recordar que fue esta concepción no solo geográfica sino también cultural la que ha dado nacimiento a la democracia. La democracia es un fenómeno exclusivo de la sociedad griega, no se ha dado situación similar en ningún lugar del planeta anterior al siglo X a.C. Si bien es cierto que la humanidad ha tenido comunidades tribales, monarquías, imperios y que la civilización ya llevaba 3.000 años de caminar; antes de la polis griega los liderazgos estuvieron siempre a cargo de algún “jefe”; ya sea este el cacique, el chamán, el faraón, el *basileus*, el pastor, el emperador. Nunca se concibió una forma de gobierno creada en colectividad para la colectividad y esta forma de gobierno sería determinante para el nacimiento de la cultura occidental y toda teorización política y también jurídica posterior. La democracia primigenia nacida en Grecia ha sido la Democracia Participativa.

LA DEMOCRACIA EN LA ANTIGÜEDAD – LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Durante nuestras clases hemos hecho referencia del historiador griego Tucídides quien nos refería a la democracia griega como motivo de orgullo y legado a la humanidad; lo cual no fue para menos, pero es

importante referir nuevamente a ciertos rasgos particulares que se dieron en Grecia para el nacimiento y puesta en práctica de la democracia. En primer lugar debemos remitirnos a la polis griega, verdadera entidad subjetiva colectiva, la ciudad no solo era un espacio geográfico sino que lo eran todos los ciudadanos, la polis era un ente vivo por el cual se entregaba la vida, tal como había sucedido por ejemplo en la Guerra del Peloponeso. La polis griega era una entidad socio cultural diferenciada del resto del mundo, lo constituía geográficamente un territorio delimitado a una sola unidad, la ciudad o polis que no debería de superar un número determinado de personas. En este espacio poblacional y geográficamente limitado cada hombre libre y adulto podía ejercer alguna de las magistraturas de la ciudad, y muchas decisiones, entre ellas todas las judiciales, eran sustanciadas de forma asamblearia (*boulé*); de ahí la palabra Participativa, el gobierno era impersonal, colectivo, era la polis quien en los procesos condenaba o absolvía, la polis como estructura política colectiva.

Respecto de la justicia en la polis es muy importante señalar cuanto sigue; la justicia, la *Dyké* era una personificación de la colectividad que era la polis; no había un juez, era la comunidad quien impartía justicia. También es muy importante señalar que no existía una administración sistematizada en cargos como jueces, fiscales; no existía un *cursus honorum* ni función pública, la organización judicial que tendría su nacimiento en justamente en Roma. La justicia a la vez amparaba solamente los hechos que agraviaban a la comunidad, por eso podemos hablar de la existencia del derecho únicamente en el ámbito público. Todo en la vida de la polis era público, no había distinción entre lo público y lo privado; también esta distinción surgiría en Roma.

La democracia participativa exigía una ciudadanía de tiempo completo, todo era político y sometido a la polis y si bien hemos visto en la historia figuras descolantes como los arcontes, en el caso de

Pericles, su gobierno distaba de ser unipersonal. Tenemos entonces que la democracia participativa se caracterizaba en primer lugar por ser una forma de gobierno colectiva en un territorio y población perfectamente delimitados en donde todos los ciudadanos participaban de la vida de la ciudad; si bien existían magistraturas como los arcontes y los *heliastas* (encargados de la justicia), las mismas no constituían un funcionariado administrativo, un cargo permanente o de confianza y el acceso a las magistraturas estaba abierto a todos los ciudadanos. En este marco se dan los sufragios abiertos; no existen delimitaciones en cuanto a candidaturas.

La democracia primigenia no duró mucho tiempo y luego de las guerras del Peloponeso y la expansión de los macedonios, la misma entró en un largo letargo hasta el renacimiento en ciertas factorías bálticas y ciudades del norte de Italia. A lo largo de los siglos la democracia griega ha quedado como en lo más alto de la idealización occidental; devino en Utopía (forma de gobierno en Tomás Moro). Sin embargo, su puesta en práctica fue dificultosa en la misma Grecia en la cual con la aparición de la dinastía macedonia (Filippo y Alejandro), ha sido borrada de la práctica política y paradójicamente a pesar de su fama de rigidez y poco refinamiento fue Esparta la última polis griega en ser sometida. En la historia reciente tenemos como fenómenos fallidos de democracia participativa especialmente en la Unión Soviética que luego de la muerte de Lennin y su plan de colectivización cayó en la tiranía militar de Stalin.

LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA – LA DEMOCRACIA DEL ESTADO MODERNO

La polis griega como unidad política no constituía ni un país ni un imperio, sino una ciudad geográfica y poblacionalmente delimitada con un gobierno colectivo. Por su lado, hacia el siglo V a.C. se producía

en Roma la caída de su último de los siete reyes míticos, el etrusco Tarquinio “El Soberbio” y ahí inicia el periodo conocido como República que finalizaría a con la ascensión de Octavio a la cabeza con el título de Princeps, siendo en realidad el primer emperador de Roma. Es importante indicar desde aquí que la República Romana no era Democracia Participativa como la Polis Griega y, sin embargo, es el antecedente más remoto de los Estados Nacionales, del Parlamentarismo y de lo que hoy denominados Democracia Representativa, que es nuestra configuración política según el preámbulo de nuestra constitución nacional.

La vocación política de Roma, en contraposición con la polis griega, era universal; del lado opuesto a la polis griega se encuentra la orbe romana, Roma no se quedaría en sus colinas, iría conquistando los pueblos circundantes hasta que el siglo I d.C. llegara hasta el Rhin, el Sahara y el Éufrates. Por consiguiente, la cultura romana no concebía limitaciones geográficas en cuanto a su poderío. La palabra democracia no es mencionada jamás en los anales romanos; sin embargo, el ideal social que se repite insistentemente, inclusive en ciertos periodos del imperio, es el de República. Es importante aclarar conceptualmente que la obra de Platón conocida por nosotros como “La República” deviene justamente de una traducción latina de *Politeia*, y de ahí muchas veces la asimilación entre República y Democracia. Es importante recordar que los griegos nunca hablaron de República y los romanos nunca de Democracia.

La República Romana ha sido teorizada desde la antigüedad como “Constitución Mixta” de la cual recordemos había teorizado Aristóteles y que consiste en la combinación en una misma unidad política de diversas formas de gobierno (monarquía, aristocracia, democracia). Fue así como se ha definido por muchos filósofos, especialmente en el Renacimiento, a la República romana como gobierno ideal, porque combinaba una monarquía (los cónsules), una aristocracia (el senado)

y la democracia (en la pretorías abiertas con posterioridad a los plebeyos). Tenemos entonces que la República romana como constitución mixta y por su constante expansión territorial no podía aplicar la Democracia Directa. En Roma empezaron a constituirse administrativamente las magistraturas acorde a su expansión territorial y la anexión de provincias. En Roma surgió la cultura de una función pública de cargos y carrera, cuyo ejemplo más famoso lo constituye *el cursus honorum*.

Asimismo, surge la representación política, nacida de las mismas gens y la organización militar. Por otra parte, el Senado era un consejo asambleario de la aristocracia romana por nacimiento (romanos veteranos); quienes detentaban el verdadero gobierno. Tenía potestades ejecutivas y legislativas; la función judicial iría organizándose progresivamente en las pretorías. El Senado era el alma de la política romana, de ahí surge la dinámica parlamentaria que caracteriza a las repúblicas y monarquías constitucionales europeas; era quien elegía a los Cónsules, cargo reservado durante siglos a la aristocracia romana. Con el paso de los siglos y la expansión territorial surgieron diversos conflictos internos en el mismo senado romano, así también las legiones jugaban un papel muy importante en el gobierno del futuro imperio debido a la ascenso de varios militares como caudillos políticos. Estas circunstancias fueron aprovechadas por jefes militares como Pompeyo, Sila, Mario y más que nadie por Julio César; cuya muerte a manos del mismo Senado señala irónicamente el final de la República a la cual el Senado proclamaba representar y el inicio del Imperio Romano caracterizado por la creciente marginación del Senado y el poder unipersonal del emperador.

El Estado Moderno surge inspirado en la República Romana y uno de sus más tempranos teorizadores fue justamente Nicolás de Maquiavelo quien al inicio de su obra “El Príncipe” ha escrito cuanto sigue: *“Todos los Estados, todos los dominios han tenido y tienen un*

imperio sobre los hombres son repúblicas o principados". Vemos como el término República no sugiere democracia sino un gobierno que no es unipersonal como las monarquías. Entonces tenemos que el Estado es concebido como una estructura impersonal que ejerce un efectivo control sobre un territorio que es su jurisdicción.

Algunos Estados modernos, como por ejemplo los Estados Unidos, son prácticamente la réplica de la República romana de la época de los Escipiones, se erigen como democracias domésticas pero con una política exterior expansiva y beligerante. En el Congreso o Parlamento gravita la vida política de la mayoría de las naciones, incluyendo la nuestra; el Parlamento, en especial la Cámara de Senadores sigue prácticamente como en la época romana, en manos de los ciudadanos económicamente más pudientes.

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN

Salvo contadas excepciones, la democracia actual reduce la participación ciudadana a dos actos políticos; el más extendido lo constituye el voto o sufragio universal y el segundo lo es el referéndum. El sufragio es destinado a la elección de las autoridades generalmente pertenecientes al poder legislativo y a la cabeza del ejecutivo; no existe prácticamente participación ciudadana en la elección de magistrados judiciales, específicamente en la mayor parte de América Latina. El referéndum es un instrumento de consulta popular vinculante al cual es sometido un asunto específico que afecta a toda la comunidad, en nuestro país no se ha utilizado pero sí se encuentra amparado en nuestra constitución. Un ejemplo de referéndum a nivel regional lo constituye el Referéndum revocatorio respecto de una nueva reelección de los presidentes Evo Morales y Nicolás Maduro.

La participación se da justamente en aras de la representación, el pueblo acude justamente a las urnas a elegir a sus representantes;

quedando como sinónimos cuando vemos que en la teoría política son diferentes. La participación propiamente dicha significa en cierta manera el autogobierno de los ciudadanos como se ha dado en la antigua Grecia; la ciudadanía era sinónimo de servicio público permanente, sea en la *eklessia*, en la *boule* o en el jurado de los *heliastas*; los cargos públicos no son carreras sino servicio público temporal electo por sorteo o voto directo.

La representación crea verdaderos mandatos en los cuales la población delega el gobierno en sus representantes; únicamente en el marco de la representación se puede dar la concepción del Contrato Social; los ciudadanos no son magistrados sino que mediante un consenso, en la actualidad instrumentado en el sufragio universal, otorgan el poder a las autoridades electas que actúan como mandatarios de la soberanía popular. Es así como entendemos que las repúblicas democráticas, esa conjugación de Roma y Grecia, son un fenómeno de la Ilustración, hija de la Revolución Francesa.

LA LIBERTAD PÚBLICA Y LA LIBERTAD INDIVIDUAL

La libertad es concebida de forma diferente según tratemos de una democracia participativa o de una democracia representativa. En la democracia directa el hombre es un ciudadano de por vida, no existe distinción entre lo público y lo privado y la libertad se ve determinada justamente por su status de ciudadano y participación en el gobierno de la polis. La libertad en la democracia participativa significa ser titular de derechos políticos.

En la democracia representativa la libertad es interpretada desde las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico, o sea que se es libre en todo aquello que la ley no prohíbe. La participación ciudadana no es compulsiva; la ciudadanía se da por criterios de edad y nacionalidad y no por participación la cual solo se hace efectiva mediante el sufragio.

La concepción de libertad en nuestra Constitución Nacional en cierta manera conjuga estas dos vertientes, una se puede definir como ideológica (entiéndase ideas y no como término político) que es la que nos permite expresar nuestra personalidad, nuestras creencias y pensamientos, y otra de orden jurídico que garantiza nuestra libertad ambulatoria. Ahora bien, en razón a las diversas circunstancias políticas que hemos pasado en nuestro país las últimas décadas, tenemos que nuestra población maneja un concepto muy restringido de la libertad, y generalmente la concibe como un “no estar preso”, la interpreta desde la libertad ambulatoria y desde una potestad manejada por el Estado desde la ley penal o sea como libertad pública; y no así como derecho fundamental a expresar los atributos de su persona como lo son sus ideas, o sea como libertad individual. He aquí uno de los factores determinantes en el ambiente de intolerancia que se vive actualmente; resulta prácticamente inconcebible que un país pequeño y culturalmente homogéneo como el nuestro presente las divisiones virulentas que se dan en la actualidad especialmente en temas que necesitan una elaboración profunda y razonada como los que se dan respecto de la Constitución Nacional, los marcos educativos, la salud reproductiva y los debates políticos.

NUESTRA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Por otra parte, tampoco podemos replegarnos ilusoriamente en la instalación de una polis griega especialmente en un mundo globalizado como el de hoy, constituido por bloques regionales como el Mercosur y la Comunidad Europea. Pero sí es importante que la representatividad de nuestras autoridades políticas tengan legitimidad y que esta no se limite únicamente al sufragio y a la dinámica ganar-perder, mayorías-minorías, porque esto definitivamente nunca fue democracia. En nuestro país se hace imperativo construir vocación ciudadana,

es decir que la población primeramente empiece a cuestionar las inequidades de nuestra sociedad, para luego proponer modelos de participación más legítimos que verdaderamente signifiquen una representatividad digna, y no prebendaria y comprada.

En los últimos meses presenciamos fenómenos nunca vistos en nuestra historia reciente; quema del congreso, represión policial violenta y el asesinato cobarde de un joven en un local de un partido de oposición. Toda esta explosión violenta que está latente y se puede verificar en los foros de redes sociales, denotan que no solamente no tenemos vocación ciudadana, sino que al contrario, nuestra raigambre es visceralmente autoritaria e intolerante. Si hubo algo que caracterizan tanto a la república o la democracia ha sido justamente la capacidad de conseguir consensos, situación muy lejana en nuestra realidad.

Otra cuestión candente resulta el de la representatividad de nuestros actores políticos; quienes no están conscientes que por mandato constitucional y, justamente en el marco de representatividad republicana, son formalmente mandatarios de la voluntad de sus votantes. Nos encontramos ante una realidad acuciante en la que nos encontramos completamente ajenos en cuanto a las principales decisiones políticas y que nuestros representantes una vez elegidos son completamente inaccesibles, hacen oídos sordos a nuestras necesidades y el único vínculo que tenemos con ellos son la prebenda y el clientelismo.

Por consiguiente, y si bien este es un ensayo meramente expositivo y que no puede comprometerse a dar soluciones a problemas estructurales porque estas son elaboraciones colectivas y a muy largo plazo, no podemos dejar de lado la urgencia de construir una sociedad no solamente participativa, sino crítica, desde el lugar en donde individualmente nos toca trabajar, enseñar. Las universidades, especialmente las pertenecientes a las Ciencias Humanas, deben ser espacios

no solamente de aprendizaje sino de investigación, de creatividad y de compromiso político, pero no con fines partidarios ni prebendarios, sino como factores de cambio en un país que ya no da para soportar mucho, en donde la intolerancia bulle, en donde no se tiene visión no solo de comunidad, si quiera una visión individual a futuro. Es en las universidades donde se encuentran las estructuras y los espacios propicios para el debate; si bien es cierto muchas se encuentran contaminadas por el factor político partidario e ideológico (aquí si en términos políticos); la misma constituye prácticamente uno de los pocos espacios accesibles a los ciudadanos para poder analizar y construir propuestas viables de representatividad, de responsabilidad y de participación ciudadana que configuren una verdadera democracia representativa en propia de una República tal como lo consagra nuestra Constitución Nacional.

Textos de consulta

- Giovanni Sartori. “Qué es la Democracia”, Taurus Publications, 2003.
- Fustel de Coulanges. “La Ciudad Antigua”, 13ª Edición, Editorial Porrúa, 2003.
- Fernando Vallespin, compilador. “Historia de la Teoría Política”, Tomo I, Editorial Alianza, 2003.

**UN BUEN CATASTRO PARA EL PROGRESO.
MENSURA CATASTRAL**

***Mag. Angel F. Alfonso Pérez
Dra. Rossana Mabel Ramírez Ibarra
Esc. Sandra Johana González Rivas
Esc. Zully E. Ramírez Aliendre
Esc. Perla C. González Pérez***

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos remotos las labores de medición y catastro han sido consideradas muy importantes para el desarrollo de los pueblos. Tal es así que a nivel mundial se tienen conocimientos, que datan del año 3.000 a.C., de los geómetras, llamados en ese entonces “Estiradores de Cuerda”, quienes se encargaban de replantear los límites de los lindes de las parcelas, tras la crecida del río Nilo. Asimismo, a nivel nacional se conocen antecedentes de la mensura, puesto que en un inicio las tierras pertenecían a la Corona española, luego, tras la instalación del Cabildo, las tierras del dominio público pasaron al dominio privado, previa mensura administrativa, a través de la modalidad de concesiones.

Actualmente en nuestro país se encuentran reguladas la mensura judicial y la administrativa, con características, procedimientos, registro, funciones y fines diferentes a los previstos en el ámbito del

derecho comparado. Como ejemplo, en el vecino país, en la provincia de Buenos Aires, la normativa exige la realización de una mensura catastral inclusive cuando se produce un cambio en el dominio de un inmueble.

Cabe destacar que actualmente en Paraguay, a nuestro criterio, se procede a la inscripción de mensuras de bienes inmuebles del dominio privado, sin existir la disposición legal que habilite la toma de razón en la Dirección General de los Registros Públicos, en desmedro de la seguridad jurídica.

Tal es así que, partiendo de que la tolerancia permitida por la Dirección General de los Registros Públicos, en cuanto a la diferencia de superficie en el terreno en relación a lo consignado en el título de dominio, es muy amplia y sumada a la falta de obligación legal de apoyar las mensuras administrativas y judiciales realizadas en un Sistema de Referencia Geográfica, así como en una Cartografía o en un Catastro Nacional, es casi inevitable enumerarlas como causales de la diferencia de superficie de tierras existente en nuestro país.

Por lo que, tomando como base las semillas sembradas durante el curso Diplomado Superior en Derecho Catastral Inmobiliario, a continuación presentamos un estudio amplio de la mensura, incluyendo consideraciones legales, doctrinarias, conclusiones y recomendaciones, mediante las cuales, como notarios y garantes de la seguridad jurídica que somos, apuntamos a contribuir en el fortalecimiento de la misma.

GENERALIDADES

La metodología que se proyecta en el presente trabajo es la investigación científica de carácter descriptivo-explicativo, puesto que en las siguientes páginas presentamos una exposición sistemática y detallada acerca de la mensura y su alcance normativo, registral, doctri-

nal, con un estudio acabado de las posibles causales de su toma de razón en la Dirección General de los Registros Públicos. Tal exposición incluye razones de orden histórico, doctrinal y legal relativas al ámbito nacional y legislación comparada, con el planteamiento de posibles soluciones, conclusiones y recomendaciones que respondan a la realidad estudiada.

ASPECTOS PRELIMINARES. MENSURA. CONCEPTO. DOCTRINA

Es muy frecuente asociar la palabra Mensura con “Medir”. Sin embargo, podríamos definirla como “la determinación, medición, ubicación y documentación en un plano de los inmuebles y sus límites conforme a las causas jurídicas que los originan, es decir la aplicación del Título de propiedad al terreno propiamente dicho” (Blog de La Mensura Catastral s.f.).

Esto quiere significarnos que realizar una mensura de un terreno significa determinar su ubicación y llevar las medidas y superficies del título al mismo. De modo inverso, un plano de mensura puede ser base para la confección de un título, tal es el caso del fraccionamiento de tierras para loteamientos, etc.

A continuación veremos diferentes definiciones de mensura existentes en doctrina nacional e internacional:

A nivel nacional, Hernán Casco Pagano presenta el siguiente concepto de mensura: “Es la operación técnica consistente en la ubicación del título de propiedad de un inmueble sobre el terreno, determinando sus medidas y obteniendo un plano que constituye la representación gráfica del mismo” (Casco Pagano, 1995).

Según los términos expuestos en el Glosario del sitio web oficial de la Jurisdicción Inmobiliaria, dependiente del Poder Judicial de República Dominicana, la Mensura “Es un acto de levantamiento par-

celario cuyo objeto es el de constituir el estado parcelario de un inmueble. Una definición más descriptiva es que se trata de un conjunto de actos y operaciones por medio de los cuales se identifica, ubica, mide, delimita, representa y documenta un inmueble”.

Por otra parte según los términos de la página web de la Municipalidad de la ciudad de Formosa, Provincia de Formosa, República Argentina: “La mensura es una determinación, medición, ubicación y documentación en un plano de los inmuebles y sus límites, es decir, la mensura es la generadora de la parcela catastral”.

Es decir, todas las fuentes citadas coinciden en que la mensura consiste en una serie de procedimientos que incluyen la constitución in situ del perito profesional (topógrafo o agrimensor en el caso de Paraguay) a los efectos de realizar la ubicación y medición del inmueble objeto de mensura, para su posterior representación gráfica, materializada en un plano, tomando como base el título de propiedad.

FUNCIONES

El Art. 1933 del Código Civil considera a la mensura como un acto posesorio, en concordancia con lo prescripto con el Art. 668 del Código Procesal Civil que expresa: “La mensura no afectará los derechos que los propietarios pudieren tener al dominio o a la posesión del inmueble”. Es decir, claramente la mensura no puede afectar derechos de terceros, que en este caso vendrían a ser los derechos que los colindantes puedan tener en cuanto al dominio o posesión de sus respectivos inmuebles. Del propio texto del Código Civil se concluye que la mensura no causa estado y, por tanto, la resolución judicial que se dicte al respecto es sin perjuicio de mejor derecho.

Cabe resaltar lo que señala ALSINA: “el Auto que aprueba una mensura o la desaprueba, no es una resolución que importe propiedad, es, simplemente, una declaración de que, sobre los títulos o linde-

ros dados, la operación científica de demarcación es exacta” (Tomo VI, Pág. 479).

TIPOS DE MENSURA:

MENSURA CATASTRAL: No es nada más que la operación técnica consistente en el levantamiento de datos físicos en el terreno, realizada por un perito, a fin de confeccionar un plano que constituirá la base para la realización de los diferentes fines que se adopte en cada legislación. Tal es así que, por citar un ejemplo, en República Dominicana la mensura catastral cumple un papel objetivo para el posterior proceso de saneamiento del que es objeto y es equiparado a la representación gráfica del inmueble, a los efectos de expedir finalmente el Certificado de Título, como veremos más adelante.

En nuestro país, hay dos formas de Mensura, y son:

MENSURA ADMINISTRATIVA: Son aquellas mandadas a practicar por el Estado para deslindar bienes del dominio público respecto de los del dominio privado.

Como antecedente de la mensura administrativa, cabe destacar que durante todo el periodo de la corona española, la unidad de medida era la vara. Posteriormente, por Decreto del 30 de octubre de 1873, se adoptó como unidad de medida oficial el metro, especificando su equivalente en varas españolas y cuerdas. Más adelante, por Decreto del 27 de octubre del año 1885 “Reglamentando la venta de tierras en el Chaco”, se instauró como documento básico el Mapa de Fontana, que previó la lotificación del Chaco paraguayo, estableciendo que cada lote sobre el río Paraguay debía medir una legua de longitud equivalente a 4.330 metros, por 10 leguas de fondo, equivalente a 43.300 metros. Cabe destacar que se reguló la posibilidad de su rectificación por mensuras, en caso de que si por error del mapa, resultase que las fracciones vendidas se reducían a menor extensión que las que debía ser.

Actualmente, la mensura administrativa está prevista, por ejemplo, para el caso de que el inmueble objeto de la medición es del dominio privado de las municipalidades, y además carezca de Finca o Matrícula.

Excepcionalmente podría darse el caso de que un inmueble del dominio privado municipal sea objeto de una mensura judicial y así lo establece nuestra legislación vigente, Art. 137 de la Ley Orgánica Municipal, al mencionar: "...Cuando de la mensura administrativa surgiera que las dimensiones del inmueble mensurado afecta derechos de terceros, el resultado de la misma deberá ser sometido a una mensura judicial, de conformidad con lo establecido en el Código Civil y Procesal Civil sobre la materia...".

La Mensura Administrativa georreferenciada es practicada respecto a los inmuebles de origen presumiblemente municipal. Esto más comúnmente inicia con la venta definitiva concedida por la Junta Municipal, mediante resolución, a un particular interesado, quien pudo haber tenido o no con anterioridad el arrendamiento de dicho inmueble.

Una vez aprobada la venta definitiva del inmueble, y respectivo pago, se procede con la autorización por parte de la Intendencia municipal, mediante una resolución, para la realización de la mensura administrativa en la cual también se designa al Agrimensor.

Una vez que el Servicio Nacional de Catastro le asigne al inmueble una Cuenta Corriente Catastral, y en casos de ventas, se tiene dos opciones para su toma de razón en la Dirección General de los Registros Públicos; siendo la primera, la inscripción directa del dominio del inmueble a nombre del municipio al cual pertenece, y la segunda, la de realizar la compraventa previa protocolización de todos los documentos que hacen a la mensura administrativa en un mismo acto, es decir en una sola escritura pública, trámite conocido con el nombre de TRACTO ABREVIADO. Esta opción la establece el Reglamento Téc-

nico Registral en su Art. 179: “Tracto abreviado. Queda expedita la posibilidad de realizar el tracto abreviado, en el sentido de transcribir en una escritura pública la resolución que aprueba la mensura administrativa y la transferencia a favor del beneficiario indicado por la Municipalidad respectiva”.

MENSURA JUDICIAL: En nuestra legislación no existe una definición conceptual de la mensura judicial. Cabe resaltar que esta figura está legislada en el Art. 656 del Código Procesal Civil en adelante, de cuya lectura se deduce que se trata de un juicio voluntario, promovido en la jurisdicción civil, mediante la presentación de un escrito al Juez competente, acompañando el título de propiedad del inmueble, con la indicación del nombre, apellido y domicilio de los colindantes, o la manifestación de que se los ignora, a los efectos de que el juez designe un topógrafo que ha de practicar la operación de mensura. Cabe destacar que la resolución que la aprueba no afecta los derechos que los propietarios pudieren tener al dominio o a la posesión del inmueble.

MENSURA CATASTRAL. LEGISLACIÓN COMPARADA

REPUBLICA DOMINICANA: Este país adoptó por Ley N° 108/05 de Registro Inmobiliario de fecha 23 de marzo de 2005, modificada por la Ley N° 51/2007, la intervención estatal a través de la Jurisdicción Inmobiliaria para regular el saneamiento y el registro de todos los derechos reales inmobiliarios, así como las cargas y gravámenes susceptibles de registro en relación con los inmuebles que conforman el territorio del país, a fin de garantizar la legalidad de su mutación o afectación. La Jurisdicción Inmobiliaria está compuesta por:

- Tribunales Superiores de Tierras y Tribunales de Jurisdicción Original;
- Dirección Nacional de Registro de Títulos;

- Dirección Nacional de Mensuras Catastrales.

Tal es así que la Dirección Nacional de Mensuras Catastrales es el órgano de competencia nacional, que constituye el soporte técnico de la Jurisdicción Inmobiliaria en lo referente a las operaciones técnicas de mensuras catastrales y a su vez es la encargada de coordinar, dirigir y regular el desenvolvimiento de las Direcciones Regionales de Mensuras Catastrales.

Dentro de los procedimientos ante la Jurisdicción Inmobiliaria, se encuentra previsto el Proceso de Saneamiento, el cual implica un proceso de orden público consistente en la determinación e individualización del terreno, que depura los derechos que recaen sobre él, a los efectos de su registro.

Etapas del proceso de saneamiento:

- Mensura: proceso de individualización, ubicación y determinación del terreno sobre el que se reclama el derecho de propiedad a registrar.
- Proceso judicial: procedimiento por ante los tribunales de la Jurisdicción Inmobiliaria que tiene por objeto depurar el derecho a registrar.
- Registro: Es el acto por el cual se expide el Certificado de Título que acredita la existencia del derecho, se habilitan los asientos de registro complementarios y con ello se le da publicidad.

Proceso de Mensura:

- Solicitud de mensura por parte del reclamante a la Dirección Regional de Mensuras Catastrales.
- Autorización para la realización de mensura por la Dirección Regional de Mensuras Catastrales.

- Designación de Agrimensor por parte de la Dirección Regional de Mensuras Catastrales (lo inviste del carácter de oficial público y auxiliar de la Justicia).
- Aprobación de la mensura por parte de la Dirección Regional de Mensuras Catastrales.

Proceso Judicial:

- La Dirección Regional de Mensuras Catastrales debe apoderar al Tribunal de Jurisdicción original competente para iniciar el proceso judicial de saneamiento (con fuero de atracción respecto a todos los juicios y cuestiones relativas al título o posesión de los terrenos abarcados por el área de mensura).
- Notificación a los reclamantes del inicio del proceso judicial
- Cumplimiento de los requisitos de publicidad previstos en la Ley por parte de los reclamantes (Comunicación por escrito con acuse de recibo a los colindantes, ocupantes, reclamantes e interesados del inmueble objeto a mensurar, acerca del inicio de la realización de los trabajos de campo por parte del agrimensor).
- Audiencia del saneamiento.
- Notificación al Abogado del Estado y solicitud de dictamen.
- Sentencia de adjudicación de inmueble, susceptible de recurso de apelación y del recurso extraordinario de revisión.

Registro de títulos:

- Remisión al Registro de Títulos de la Sentencia Irrevocable de saneamiento, plano definitivo de mensura aprobado y documentación complementaria
- Emisión del Certificado de Título

URUGUAY: En otros países el plano de mensura constituye el elemento básico en el mantenimiento de la información catastral, en su aspecto físico (Uruguay).

PARAGUAY: En nuestro país la mensura judicial no forma parte del proceso catastral de tipo impositivo, solo aporta descripción física y actualización de linderos.

INFORME DEL BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

Un análisis del BID referente al Programa de Catastro Registral señala que alrededor del setenta por ciento (70%) de los inmuebles del territorio de la República del Paraguay que cuentan con linderos identificados, presentan diferencias o incongruencias entre la superficie consignada en el título de propiedad inscrita en la Dirección General de los Registros Públicos y la superficie real (IN SITU).

Actualmente la inscripción de los inmuebles en el Registro, según el Art. 278 del Código de Organización Judicial, debe incluir sus linderos y la medida superficial del mismo, a fin de identificarlo geográficamente en forma precisa. Es evidente que la diferencia de esta descripción va en desmedro de la seguridad jurídica, puesto que la falta de una descripción geográfica exacta del inmueble facilita la inscripción múltiple de una misma área de terreno.

En este contexto de imprecisiones, no podríamos dejar de mencionar que esto podría deberse en parte a que en nuestro país los títulos de propiedad identifican físicamente al inmueble por sus linderos históricos, siendo estos parámetros cambiantes y difíciles de confrontar con exactitud en el campo. Por otro lado, no menos causal importante constituirían, a nuestro criterio, la inscripción de las mensuras judiciales sobre bienes del dominio privado, realizadas actualmente con diferentes metodologías, técnicas y fuentes de datos, y además con un

amplio margen de tolerancia permitida en cuanto a diferencias de superficie por la Dirección General de los Registros Públicos.

Resulta una tarea pendiente para nuestro país regularizar esa diferencia de superficies para llegar a un concepto de certeza jurídica. En este sentido, es prioridad además que el Paraguay implemente un CATASTRO GEOMÉTRICO, en pos a la INTEGRACIÓN de sus datos inmobiliarios, es decir que sean COINCIDENTES, CONDUCENTES Y CONGRUENTES en la descripción de la superficie descripta en el título de propiedad, en relación a lo realmente existente en el terreno.

Cabe resaltar que la actividad del catastro ayuda en la detención de superposición, subsanación de medidas, conversión al sistema métrico, entre otros. Por otro lado, la implementación de procesos catastrales, brindan mayor garantía para el propietario. Ejemplo: Pago de impuesto inmobiliario equitativo al valor del inmueble.

Para tales efectos, es indispensable el apoyo en un sistema de referencia geográfica y cartográfica para la ejecución de mensuras administrativas y judiciales.

MARCO LEGAL VIGENTE EN EL PARAGUAY

CONSTITUCIÓN NACIONAL: En toda materia objeto de estudio del Derecho siempre se encuentra una base constitucional, por lo que en primer lugar no podemos dejar de mencionar lo establecido en el Capítulo IX, Sección I, dentro de los Derechos Económicos, Artículo 109 de la Constitución Nacional: “De la propiedad privada: Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos. La propiedad privada es inviolable. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés

social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley”.

Como puede observarse, ya partiendo de nuestra Carta Magna, encontramos disposiciones que avalan el derecho de propiedad. Por lo que puede inferirse que esta garantía es responsabilidad del Estado, en cuanto a su contenido, límites y eliminación de formas de privación de la propiedad ilegítimas.

CÓDIGO CIVIL: Respecto al Código Civil es importante señalar que según el Art. 1933, la mensura es considerada como un acto posesorio de cosas inmuebles. A la vez, cabe resaltar lo expresado por el Art. 1935 del C.C. que refiere: “La posesión fundada en un título, comprende solo la extensión del título, sin perjuicio de las agregaciones que por otras causas hubiese hecho el poseedor”. Tal es así que esas “agregaciones” deben tratarse como polígonos independientes y no incorporarse erróneamente al polígono del título. Esto debe entenderse así, pues, según el Art. 1966 de la citada normativa, la propiedad de bienes inmuebles puede adquirirse sólo por: a) contrato; b) adquisición; c) usucapión; y d) sucesión hereditaria.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL: Es conveniente señalar que originariamente en El CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y COMERCIALES de fecha 21 de noviembre de 1883, el tema de la mensura estaba regulado con tres figuras procesales bajo el mismo TÍTULO XX con la denominación “DEL JUICIO DE MENSURA, DESLINDE Y AMOJONAMIENTO, pudiendo promoverse la mensura en forma independiente del juicio de deslinde y amojonamiento, o plantear en forma simultánea el juicio de mensura, deslinde y amojonamiento. Dichos juicios están dispuestos desde el artículo 543 al artículo 558 del código referido.

El actual Código Procesal Civil paraguayo, Ley N° 1.337/88, regula bajo el Título IX “DE LA MENSURA Y DESLINDE”, a estas figuras como dos juicios independientes. La mensura está reglada a partir del Art. 656 hasta el 668 del CPC.

SÍNTESIS DEL PROCEDIMIENTO DE MENSURA JUDICIAL

Art.656. Requisitos que debe reunir la solicitud de mensura.

Art.657. Normas relativas al nombramiento del perito y referentes a la publicación de edictos para citar a los interesados así como al respecto del comisionamiento al Juez de Paz de la localidad para intervenir en el procedimiento, en caso de ser necesario.

Art.658. Establece que el perito, una vez aceptado el cargo, debe citar por circular a los linderos y peticionante, indicando la fecha en que se realizará la mensura

Art.659. Reglas para la realización de la mensura, indicando que si el perito falta, se fije nueva fecha que debe ser notificada a todos de la forma anteriormente citada, y que en el supuesto de que no pueda iniciarse por causas climáticas, el perito y los interesados fijen fecha en el acto, a fin de continuar. También establece que el juez de Paz debe estar presente en el inicio de las operaciones y en todos los momentos en que se lo requieran.

Art.660. Cuando exista oposición de algún interesado, se dejará constancia de ello sin suspender el procedimiento.

Art.661. Cuando la mensura no pudiere terminar en el día, proseguirá en el más próximo posible, dejándose constancia de lo realizado.

Art.662. Si durante el procedimiento se descubren desconocidos linderos, se les citará y estos podrán prestar conformidad de lo actuado.

Art.663. Los interesados colindantes pueden estar presentes y objetar los trabajos, debiendo el perito dar su opinión técnica.

Art.664. Terminado el proceso técnico, el juez de Paz labrará acta del desarrollo de las diligencias. El perito presentará informe técnico al respecto.

Art.665. El juez interviniente remitirá la mensura a la oficina pertinente (en este caso al DPTO. DE AGRIMENSURAY GEODESIA del MOPC).

Art.666. Si todo se hizo correctamente y no hay oposición el juez aprobara la mensura, y mandará expedir testimonios.

Art.667. Cuando las observaciones u oposiciones fueran técnicas, se correrá traslado a los interesados y al perito, y luego de recibidas las respuestas dictará resolución aprobando o rechazando la mensura.

Art.668. La mensura no afectará los derechos que los propietarios pudieren tener al dominio o a la posesión del inmueble.

DESARROLLO: Tal es así que la citada normativa establece los requisitos para iniciar los trámites de mensura: a) título de propiedad del inmueble a ser mensurado, siendo este requisito igual para todas las personas físicas y jurídicas. Al respecto, según jurisprudencia, el INDERT e IBR no pueden solicitar de oficio mensura sin acompañar título de propiedad (Acuerdo y Sentencia N° 346, 22/07/2010); b) indicación de los datos de los colindantes actuales, o manifestación de que se los ignora; y†c) designación del topógrafo que ha de practicar la operación. Así también, el Art. 656 del CPC en su in fine reza que: “El juez desestimaré de oficio y sin sustanciación previa la solicitud que no contuviere los requisitos establecidos”.

Presentada la solicitud, el juez deberá: disponer que se practique la mensura mediante perito designado por el requirente. Cabe destacar que la tarea de mensura está reservada a un topógrafo o agrimensor matriculado ante la Corte Suprema de Justicia. Por otra parte, el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones es el ente responsable de llevar el registro de los profesionales de ingeniería, arquitectura y agrimensura, con títulos habilitantes en el cual se inscribirán obligatoria y anualmente dichos profesionales.

Se dispone igualmente que el mencionado Ministerio expida la correspondiente constancia, sin la cual las municipalidades no podrán otorgar la patente profesional.

Así mismo, el juez debe ordenar también la publicación de edictos citando a quienes tuvieren interés en la mensura, e intervenir en la misma personalmente o comisionando a un juez de Paz.

El topógrafo, previa aceptación del cargo, deberá citar por circular a los propietarios de terrenos colindantes y a la autoridad administrativa, si el terreno fuese fiscal o municipal.

La mensura se realizará en presencia de los interesados o representantes; también podrán concurrir al acto los colindantes acompañados de peritos de su elección, y formular reclamaciones, exhibiendo sus títulos de propiedad, a los efectos de que el perito emita opinión técnica sobre las observaciones efectuadas. Sin embargo, estas observaciones no impedirán la realización de la mensura ni la colocación de mojones, solo se dejará constancia en el acta.

Los colindantes pueden formular:

- Observaciones u oposiciones referentes a cuestiones técnicas. Ejemplo: Se consigna las dimensiones del terreno 12 x 30 = 300 metros, sin embargo, evidentemente y por un error de cálculo matemático, el resultado debe ser 360 m². Estas situaciones y otras que no afecten al dominio de los fundos linderos, pueden conducir a rectificaciones, ordenadas por el Juzgado, dentro de la tolerancia legal permitida.
- Oposiciones en las que el oponente alegue tener la propiedad o el dominio del inmueble objeto de mensura:

Si el oponente del solicitante de la mensura está en posesión del terreno y alega ser propietario, el solicitante de la mensura deberá deducir acción petitoria o posesoria (usucapión). Por otro lado, si el solicitante de la mensura está en posesión del terreno, el oponente del mensurante deberá accionar peticionando el dominio o la posesión

(reivindicación). En estos casos se debe recurrir al juicio ordinario, produciéndose el sobreseimiento de la causa.

Posteriormente, el juez, antes de proceder a la aprobación de la operación de mensura, debe solicitar informe del Departamento de Agrimensura y Geodesia, dependiente del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones, respecto al valor de la operación técnica realizada por el perito y posteriormente deberá expedir los testimonios que soliciten los interesados. Cabe resaltar que esta oficina no juzga el valor jurídico de los títulos. Sus funciones consisten en conservar los duplicados de mensuras judiciales y llevar un archivo gráfico de los planos levantados.

Las resoluciones judiciales que aprueban la mensura no tienen efecto de cosa juzgada y es sin perjuicio de mejor derecho. La mensura no produce la modificación de los límites del inmueble, solo puede arrojar una actualización de los linderos.

Por otro lado, cabe destacar el artículo 158 del CPC que dice: “AUTOS INTERLOCUTORIOS. Los autos interlocutorios resuelven cuestiones que requieren sustanciación, planteadas durante el curso del proceso...”. El juicio de mensura es un juicio voluntario y, por tanto, debe resolverse por un AUTO INTERLOCUTORIO, y no como en la práctica se resuelve por una SENTENCIA DEFINITIVA.

CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL: El Código de Organización Judicial promulgada por la Ley 879/ 81, en su artículo 269 dice: “En el Registro de Inmuebles se anotarán los derechos reales y sus modificaciones o extinciones; los bienes afectados al régimen legal del bien de familia, así como la inhibición, embargo, u otras restricciones al derecho de propiedad. Se anotará asimismo, los contratos de locación”. El artículo mencionado anteriormente es considerado como la base sustentadora del PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Ahora bien, el artículo 271 del Código de Organización Judicial estatuye cuanto sigue: “Los títulos sujetos a inscripción deben constar

en escritura pública, instrumento público, sentencia ejecutoriada o documento auténtico”, esta disposición es considerada como el PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD, es decir, que solamente pueden inscribirse documentos de paternidad conocida.

En este punto también cabe realizar el siguiente razonamiento en cuanto a la inscripción de las mensuras judiciales referentes a los bienes del dominio privado: Si bien el Art. 375, inc. c) del C.C. establece que las Mensuras Judiciales aprobadas por la autoridad judicial son instrumentos públicos, es de resaltar que según los Art. 269 y 271 del C.O.J., solo pueden inscribirse los instrumentos públicos referentes a la constitución, modificación o extinción de derechos reales.

REGLAMENTO GENERAL TÉCNICO REGISTRAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS PÚBLICOS

La mensura judicial está regulada desde el Art. 173 al 175, respecto a los requisitos de entrada y calificación del documento para su registro en la Dirección General de los Registros Públicos. Tal es así que el Art. 173º, dispone: “Mensura Judicial. En los registros de inmuebles se tomará razón de las mensuras judiciales sobre la modificación física de los inmuebles en cuanto a superficie, medidas y linderos...”.

Consideramos que este artículo del reglamento crea una confusión jurídica por posibilitar la inscripción de la mensura, pese a que el artículo 1933 del Código Civil, lo califica como un acto posesorio y el Art. 269 del COJ establece que sólo pueden ser objeto de inscripción la constitución, modificación o extinción de derechos reales, en desmedro del principio de legalidad, puesto que no se puede establecer una primacía del Reglamento ante la Ley, traducida en el Código Civil o Código de Organización Judicial que actualmente nos rige, teniendo en consideración la Pirámide de Kelsen, consagrada en nuestra Constitución Nacional.

Por otro lado, prevé también la toma de razón de la Mensura administrativa, en los Art. 176 al 179 del RGTR, en los siguientes términos: “Las destinadas a deslindar bienes inmuebles del dominio municipal que carecen de número de finca o matrícula deberá previamente gestionar, una mensura administrativa georreferenciada de los mismos ante el Servicio Nacional de Catastro, para la asignación de la respectiva Cuenta Corriente Catastral o Padrón”. Así también, en los Arts. 283 al 285 del RGTR, se regula la mensura administrativa: “En el registro de Inmuebles se inscribirán los inmuebles del dominio municipal que carecen de número de finca o matrícula correspondiente, previa gestión del Municipio correspondiente de la mensura administrativa georreferenciada ante el Servicio Nacional de Catastro, para la asignación de la respectiva Cuenta Corriente Catastral o Padrón. Tratándose del Municipio de Asunción y si la transferencia a un particular se opera a título gratuito, deberá tenerse presente el Art. 44 de la Ordenanza Municipal No. 33/95.”

DECRETO REGLAMENTARIO DEL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DEL AGRIMENSOR. TOLERANCIA LEGAL PERMITIDA

Dentro del contexto de la mensura, cabe destacar el Decreto de fecha 12 de julio de 1910, ampliado por el Decreto N° 14.550, Reglamentario del Ejercicio de la Profesión de Agrimensor, puesto que en el citado cuerpo legal, Art. 31 regula acerca de la “Tolerancia legal permitida” en los siguientes términos: “Será considerada mal ejecutada una operación si las diferencias resultantes exceden de las siguientes tolerancias:

- a) En la medida lineal, cuando la diferencia de las sumas de las proyecciones N.S.E.O. excede del 6/00 sobre la totalidad de lo que corresponda a todos los lados del polígono sobre cada uno de sus ejes, respectivamente;

- b) En la operación de ángulos, cuando el error exceda de 30" por cada ángulo;
- c) En la superficie, cuando los cálculos de por resultado, un error que pase 1/00"

EXCEDENTE – CONCEPTO: Es la diferencia en exceso del valor de superficie consignada en el título, con relación a la posesión ejercida sobre el terreno.

TOLERANCIA – CONCEPTO: Se refiere al porcentaje permitido legalmente como diferencia en exceso de la superficie.

PORCENTAJE DE TOLERANCIA LEGAL: Consideramos que actualmente existe una confusión en la aplicación del porcentaje legal, puesto que la Dirección General de los Registros Públicos considera como parámetro de tolerancia hasta un 5%, en concepto de porcentaje máximo de diferencia de superficie tolerada a los efectos de su inscripción, entre lo expresado en el título y lo existente en el terreno. Esta aplicación del porcentaje citado es admitida por el Departamento de Agrimensura y Geodesia, dependiente del MOPC.

Tal es así que esta confusión deviene del Art. 748 del C.C. referente a la regla del vigésimo. La norma citada, en realidad lo que regula es la facultad que tiene el comprador de resolver un contrato de compraventa de inmueble cuando exista una diferencia mayor al 5% del área total vendida.

Consideramos que el porcentaje de tolerancia legal permitido, es el reglado en el Art. 31 del Decreto de fecha 12 de junio de 1910, que refiere en su inc. C, un margen del 1% en cuanto a la diferencia de superficie, arrojada como diferencia entre lo consignado en el título y los cálculos realizados por el agrimensor.

ESTATUTO AGRARIO. EXCEDENTES FISCALES

El Art. 104 de esta norma refiere que el INDERT puede solicitar de oficio la Mensura Judicial de inmuebles rurales, cuando exista la

presunción de que estos inmuebles detentados por los particulares, correspondan a excedentes fiscales. Por otro lado, el Art. 108 trata acerca del juez competente en materia de excedentes fiscales, otorgando competencia territorial al juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial.

Cabe destacar que en los juicios de Mensura Judicial de inmuebles del dominio privado, en caso de que se detectare la existencia de excedentes fiscales se deberá notificar al INDERT, a los efectos de que el mismo solicite el empadronamiento ante el Servicio Nacional de Catastro e inscripción en el Registro Agrario de la Dirección General de los Registros Públicos (Art. 105).

En este punto es importante destacar que existe jurisprudencia al respecto: “El Estado solo puede recuperar el excedente fiscal mediante demanda de reivindicación” (A. y S. N° 346 22/07/2010) y una declaración de inconstitucionalidad de las normas citadas, en la cual se arriba que una Mensura Judicial solicitada por el INDERT no puede prevalecer sobre una Mensura Judicial sobre bienes del dominio privado anterior, sin afectar el Principio de Imparcialidad, declarando el excedente fiscal directamente a favor del Estado. (A. y S. CSJ de fecha 13/09/2006).

CAMPOS COMUNALES. El Art. 33. Del Estatuto Agrario prevé que los campos comunales son objeto de Mensura y deben registrarse en el INDERT e inscribirse en la Dirección General de los Registros Públicos.

MENSURA Y LOTEAMIENTO. El Art. 38 del Estatuto Agrario, establece el procedimiento referente a la mensura, deslinde y loteamiento, estableciendo que son realizadas por el INDERT, o a través de servicios tercerizados. Posteriormente se registran en el INDERT los lotes adjudicados.

LEY ORGÁNICA MUNICIPAL. Según el Art. 137 de la Ley 3066/2010: “Son bienes del dominio privado: a) los bienes municipales que no sean del dominio público; b) los inmuebles situados en las zonas urbanas que carezcan de dueño según ordenanza respectiva; c) los bienes municipales destinados a rentas; d) las inversiones financieras; y, e) todos los otros bienes que integran el activo contable municipal”

Sigue refiriendo el artículo citado que estos bienes deben inventariarse, asignárseles una estimación monetaria, e inscribirse en la Dirección General de los Registros Públicos.

MENSURA ADMINISTRATIVA GEORREFERENCIADA: Su realización está prevista para obtener cuenta corriente o padrón asignada por el Servicio Nacional de Catastro para inmuebles que carezcan de finca o matrícula.

Cabe resaltar que la normativa tratada en este punto sigue refiriendo que si la mensura administrativa afecta derechos de terceros, deberá someterse a una mensura judicial conforme lo dispuesto en el Código Civil y Código Procesal Civil. Sin embargo, al remitirnos al Art. 668 del Código Procesal Civil, resulta aplicable al caso planteado en la Ley Orgánica Municipal, la tramitación de un juicio ordinario (reivindicación), puesto que considerando que la mensura no puede afectar derechos de propiedad y posesión, lo regulado en la Ley Orgánica Municipal deviene inaplicable.

MENSURA Y DESLINDE

MENSURA	DESLINDE
Juicio voluntario	Juicio controvertido.
Establece la ubicación del título en el terreno.	Establece la línea divisoria de las propiedades, cuando existe confusión de límites.
Para predios urbanos y rústicos.	Para predios rústicos.
Constituye un acto posesorio.	Constituye un acto posesorio.
Se realiza a través de un juicio especial.	Se realiza a través de un juicio especial.
El perito es propuesto por solicitante.	El perito debe ser propuesto por ambas partes.
La resolución del juez no revisite el carácter de perpetuidad.	Resolución en forma de Sentencia Definitiva, hace cosa juzgada.

PRESCRIPCIONES FORMALES. DIFERENCIAS ENTRE DERECHO REAL Y MODIFICACIONES FÍSICAS

Es muy importante distinguir la constitución, modificación o extinción de un derecho real de las modificaciones físicas. Esta distinción no sólo es importante a nivel legal y doctrinario, sino que también tiene implicancia práctica.

Tal es así que los derechos reales, en nuestro país son *numerus clausus*, es decir, solo pueden ser creados por Ley. En este sentido, el Código Civil paraguayo reconoce los siguientes derechos reales en su Art. 1953: el dominio y el condominio, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres prediales, la prenda y la hipoteca. Así también por Ley N° 4.890/2013 se creó el derecho real de superficie forestal.

Por otro lado, las modificaciones físicas implican una mutación o cambio materializado en el terreno, resultante por ejemplo en una unificación, segregación, o división de un inmueble.

En este contexto, se deduce que la diferencia existente entre ambas entidades, consiste en que mientras los derechos reales conllevan la instrumentación de los derechos que rigen el poder jurídico que ejerce una persona en relación a las cosas; las modificaciones físicas representan una alteración tangible y visible producida en el terreno.

Es así que, esto tiene su implicancia práctica a la hora de analizar la pertinencia o no de la registración de la Mensura, puesto que a lo sumo, una mensura que arroje diferencias en el terreno con lo descrito en el título de propiedad, podría significar la posibilidad de que surjan modificaciones físicas en cuanto a las dimensiones del terreno. Sin embargo, estas modificaciones deberán estar sujetas a la aprobación de otros procedimientos, puesto que considerando que el juicio de mensura es un proceso voluntario, no se podría por este medio modificar derechos reales de dominio de un tercero que no tuvo participación en el juicio, todo esto en consonancia, inclusive con garantías constitucionales.

INSCRIPCIÓN DE LA MENSURA VS. NOTA MARGINAL

Podría definirse la inscripción como un asiento principal, de duración indefinida, cuya función está destinada a publicitar la constitución, transmisión o modificación de derechos reales. En nuestro país, la inscripción es declarativa, lo cual significa que nadie está obligado a realizar la inscripción en el Registro de la Propiedad para que ésta puede nacer, el único fin de la inscripción sería la publicidad que frente a terceros se puede hacer valer.

Por otro lado, las notas marginales podrían ser consideradas como “un tipo de asiento accesorio que se practica al margen de otro para hacer constar una alteración actual o potencial de su contenido o, sirve también para facilitar el funcionamiento de la oficina registral” (Blog Info Derecho Civil, s.f.)

En ese sentido consideramos que la anotación de la MENSURA JUDICIAL sobre bienes del dominio privado se efectúe como NOTA MARGINAL, puesto que como ya hemos visto líneas más arriba, la mensura no es un derecho real, ni tampoco puede ser objeto de inscripción como un asiento principal, para que así pueda cumplirse con el principio de legalidad y de autenticidad.

ETAPA DE CIERRE O CONCLUSIÓN

Finalmente, debido a la claridad brindada, pasamos a transcribir un fragmento del Diario ABC Color, referente a un juicio de mensura: “En el juicio de mensura no hay, ni puede haber, discusión sobre los derechos de dominio y posesión del inmueble, conforme claramente lo determina el art. 668 del Cód. Proc. Civ. y, por ende, tampoco se discute sobre la validez de este o de aquel título. Simplemente, arrimado el título de propiedad a partir del cual se pretende realizar la mensura, conforme con el art. 656 inc. a) del Cód. Proc. Civ., se procede a la

realización de la operación técnica conforme con lo dispuesto por la normativa procesal, y se sustancian las eventuales oposiciones que se puedan producir; que, repetimos una vez más, se relacionan única y exclusivamente con la operación técnica de medición en relación con la extensión del título, las que no afectan ni la propiedad ni la posesión del inmueble, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 668 del Cód. Proc. Civ., ni mucho menos generan cosa juzgada sobre el valor, eficacia y virtualidad de los títulos del mensurante y de los eventuales opositores; los que deberán dilucidarse en la acción real que eventualmente corresponda.

Esto se relaciona directamente con la defensa en juicio, dado que los derechos de propiedad y posesión no puede verse «alterado por actos individuales del mensurante, ya que lo contrario sería inconstitucional por alterar la defensa en juicio» (Falcón, Enrique M. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1ª ed., 1993, tomo IV, p. 322).” (ABC Color, 19/03/2012)

CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo del presente trabajo hemos presentado un panorama extenso y detallado acerca de la mensura, por lo que a continuación presentamos las conclusiones a la que hemos arribado:

- 1) La mensura, en términos del Código Civil, constituye un acto posesorio consistente en una operación técnica realizada por un perito, que implica la realización de trabajos de medición en el campo, a efectos de ubicar el título de propiedad en el terreno.
- 2) Según la doctrina y legislación existente en la materia, la mensura no puede afectar derechos de terceros relativos a la posesión o dominio, es decir, los inmuebles pertenecientes a los colindantes no pueden sufrir modificaciones físicas como efecto de una mensura.

- 3) En nuestra legislación nacional existen dos tipos de mensura: la mensura administrativa y judicial. La primera de ellas es utilizada en el ámbito del deslinde de los bienes del dominio público respecto de los bienes del dominio privado, y la segunda en el ámbito de bienes inmuebles del dominio de particulares, entre otros.
- 4) Según un Informe del BID, nuestro país presenta un 70% de diferencias en superficie de tierras, por lo que concluimos que una de las principales causas de esta realidad es la mala praxis en cuanto a la utilización de la mensura como modo de adquirir la propiedad, y de su errónea toma de razón en la Dirección General de los Registros Públicos. Así también, esto se debe a la falta de un catastro nacional, con la correspondiente cartografía y a la falta de adopción de un Catastro de tipo geométrico con la adopción de una normativa legal que establezca la obligatoriedad del apoyo de las mensuras judiciales en un sistema de referencia geográfica.
- 5) En la legislación comparada, existe la denominada “Mensura Catastral”, la cual a diferencia de la mensura judicial y administrativa existente en nuestro país, tiene fuerza legal, puesto que existe toda una estructura institucional que se encarga de su tramitación, con amplias garantías para el mensurante y colindante. Tal es así que existe una jurisdicción inmobiliaria para regular el saneamiento y registro de todos los derechos reales inmobiliarios, consistente inicialmente en una mensura, seguida de la apertura de un proceso judicial con fuero de atracción sobre las cuestiones relativas a la propiedad de los bienes inmuebles del propietario y linderos, previa a la inscripción del título en el Registro.
- 6) En cuanto al marco legal vigente en el Paraguay, encontramos varias disposiciones legales referentes a la mensura:

- Constitución Nacional: partiendo de nuestra Carta Magna, existen disposiciones que avalan el derecho de propiedad. Por lo que, puede inferirse que esta garantía es responsabilidad del Estado, en cuanto a su contenido, límites y eliminación de formas de privación ilegítimas de la propiedad.
- Código Civil: disposiciones relativas a la naturaleza jurídica de la mensura (acto posesorio – instrumento público), normas relativas a la posesión de la cosa inmueble
- Código Procesal Civil: Procedimiento aplicable a la mensura judicial y sus efectos
- Código de Organización Judicial: normas relativas a los títulos sujetos a inscripción, como así también a las materias que deben registrarse
- Reglamento General Técnico Registral: Establece los requisitos y documentaciones que deben presentarse a la Dirección General de los Registros Públicos, a los efectos de la inscripción de la mensura administrativa y judicial
- Decreto Reglamentario del Ejercicio de la Profesión del Agrimensor: Establece el porcentaje de tolerancia legal permitida en cuanto a la diferencia de superficie encontrada a raíz del resultado de una mensura
- Estatuto Agrario: se establecen disposiciones especiales acerca de la mensura, como por ejemplo la prevista para realizar la unificación de inmuebles que serán practicadas por el INDERT, así como también la establecida para la habilitación de campos comunales, las disposiciones sobre mensura a los efectos del loteamiento, en caso de excedentes fiscales, etc.

- Ley Orgánica Municipal: regula acerca de la mensura administrativa para el caso de bienes del dominio privado municipal, y la aplicación de la mensura judicial para el supuesto de que la mensura administrativa afecte derechos de terceros, así como en el caso de loteamientos en el supuesto de que existieren dudas en cuanto a la delimitación del inmueble, etc.
- 7) Actualmente las mensuras administrativas y judiciales son registradas en la DGRP, pese a no corresponder a la categoría de derechos reales inscribibles. Así también, las mensuras son aprobadas por Sentencia Definitiva, pese a que el juicio de mensura es perteneciente a la jurisdicción voluntaria. Cabe destacar que las mensuras aprobadas por autoridad judicial pertenecen a la categoría de instrumentos públicos. No obstante, en razón de que la mensura no implica la constitución, modificación o extinción de un derecho real ni tampoco un modo de adquisición originario ni derivado de la propiedad, no corresponde a derecho su inscripción.
 - 8) Es importante realizar la distinción entre modificaciones físicas y derechos reales, puesto que los derechos reales en nuestro país son números clausus, es decir sólo pueden ser creados por ley, y son los únicos susceptibles de registrarse. En tanto que las modificaciones físicas implican una mutación o cambio materializado en el terreno, resultante por ejemplo de una división o unificación de inmueble. Sin embargo, los resultados arrojados por una mensura (que constituye un acto meramente posesorio), solo podría significar que en caso de que surja la posibilidad de modificaciones físicas en cuanto a las dimensiones del terreno, estos cambios estarían sujetos a la aprobación de otros procedimientos correspondientes a la jurisdicción ordinaria o sujeta a la tolerancia legal permitida.

RECOMENDACIONES

Tras un estudio detallado de la mensura, tanto a nivel doctrinario, legal, dentro del ámbito nacional y de legislación comparada, con conclusiones definidas en líneas más arriba, proponemos las siguientes recomendaciones:

- 1) A nivel legal: La implementación de una ley que establezca la utilización obligatoria de un sistema de referencia geográfica y cartográfica para la ejecución de mensuras administrativas y judiciales. Esto, a los efectos de otorgar certeza y fuerza legal a este tipo de actos, ya que consideramos que actualmente, una de las causas por las que existe un 70 % de diferencia en cuanto a la superficie de tierras en nuestro país, es debido a la falta de precisión de las mediciones.
- 2) A nivel judicial: La aprobación de la mensura judicial por Auto Interlocutorio, puesto que se trata de un juicio voluntario.
- 3) A nivel registral: La modificación del Reglamento General Técnico Registral, en cuanto a:
 - Lo referente a la inscripción de la mensura, considerando que la facultad de solicitar la inscripción de la mensura debe estar prevista en la ley para que la inscripción realizada por el registrador sea legal, y considerando que actualmente la ley procesal civil solo contempla la facultad del juez de expedir testimonios a los interesados.
 - La anotación de la mensura como nota marginal, de modo a publicitar sus resultados a los terceros interesados - no como una modificación de derechos reales, sino más bien a los fines de la actualización de linderos, teniendo en consideración que la mensura grafica el título en el terreno.

- La tolerancia legal permitida: Consideramos que en realidad el margen a considerarse es del 1%, establecido en el Decreto de fecha 12 de julio de 1910, ampliado por el Decreto N° 14.550, Reglamentario del Ejercicio de la Profesión de Agrimensor, y no el porcentaje de 5% considerado actualmente, puesto que el mismo se refiere a la “regla del vigésimo”, contemplado en el Código Civil como facultad del comprador para resolver un contrato de compraventa de inmueble cuando exista una diferencia mayor a 5% del área total vendida.
- 4) A nivel notarial: Rectificar errores materiales por escritura pública, de superficies y dimensiones consignadas erradamente en el título de propiedad. Ejemplo: En el título antecedente se consigna como superficie 12x30=360 metros cuadrados, y en el actual se consigna por error 12x30=300 metros cuadrados.

BIBLIOGRAFÍA

- ABC Color. (19/03/2012) Mensura no afecta la propiedad o posesión del inmueble. Asunción, Paraguay. Recuperado de: <http://www.abc.com.py/articulos/mensura-no-afecta-la-propiedad-o-posesion-del-inmueble-380977.html>
- Aprenda Real Estate. (s.f.) La Mensura Catastral. Recuperado de: <http://aprendarealestate.blogspot.com/2008/05/la-mensura-catastral.html>
- Casco Pagano, H. (1995). CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO Y CONCORDADO. 2ª edición. Asunción, Paraguay. Ediciones La Ley Paraguaya S.A.
- CONSTITUCIÓN NACIONAL PARAGUAYA. Asunción, Paraguay. 20 de junio de 1992.

- Corte Suprema de Justicia. División de Investigación, Legislación y Publicaciones (DILP) (2011). “El Poder Judicial en el Paraguay. Sus Orígenes y Organización 1870-1900 – TOMO I”. Asunción, Paraguay. Recuperado de: http://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/El_Poder_Judicial_en_el_Paraguay.pdf
- Decreto REGLAMENTARIO DEL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DEL AGRIMENSOR, Paraguay, 12 de julio de 1910,
- Derecho en Red (s.f.) Derecho Civil. Concepto y clases de asientos registrales. Recuperado de: <http://www.infoderechocivil.es/2014/08/concepto-clases-asientos-registrales.html>
- Glossary. (2015) Jurisdicción Inmobiliaria. Poder Judicial. República Dominicana. Sitio Oficial. Santo Domingo – República Dominicana. Recuperado de: <http://ji.gov.do/index.php/glosario>
- La Mensura Judicial en el Ordenamiento Jurídico Nacional, (s/f). Módulo IV, Presentación de Power Point del Diplomado Superior en Derecho Catastral Inmobiliario
- Ley N° 879, CÓDIGO DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL. Asunción, Paraguay, 2 de diciembre de 1981.
- Ley N° 1.183, CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO, Asunción, Paraguay, 23 de diciembre de 1985.
- Ley N° 1.337, CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Asunción, Paraguay, 4 de noviembre de 1988.
- Ley N° 1.863, QUE ESTABLECE EL ESTATUTO AGRARIO. Asunción, Paraguay, 30 de enero del 2002.
- Ley N° 108, DE REGISTRO INMOBILIARIO, Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, Capital de la República Dominicana, 23 de marzo de 2005.
- Ley N° 3.966, ORGÁNICA MUNICIPAL. Asunción, Paraguay, 8 de febrero de 2010.
- Malarin H., Price C., Abreu M., Barthel K., (s.f.) PARAGUAY. PROGRAMA DE CATASTRO REGISTRAL. DOCUMENTO DEL

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Recuperado de: file:///D:/Downloads/BID%20Catastro%20y%20Registro.pdf.

- Melgarejo, L. M. (2015). MANUAL DE CATASTRO. RÉGIMEN NORMATIVO, HISTÓRICO E INSTITUCIONAL EN PARAGUAY. Asunción, Paraguay. Ediciones Librería El Foro S.A.
- Melgarejo, L.M. (s.f.). Módulo IV. Materia y práctica del catastro Tema 3: La mensura judicial en el ordenamiento jurídico nacional (Recurso de Plataforma Virtual). Centro de Formación e Innovación en Políticas Públicas – CEFIPP. Organización de Estados Iberoamericanos – OEI. Asunción, Paraguay. Recuperado de: http://www.oei.org.py/moodle/pluginfile.php/9959/mod_resource/content/1/Tema%203-Mod%204.pdf
- Melgarejo, L.M. (s.f.). Módulo IV. Materia y práctica del catastro Tema 4: Obligaciones y responsabilidades de los contribuyentes (Recurso de Plataforma Virtual). Centro de Formación e Innovación en Políticas Públicas – CEFIPP. Organización de Estados Iberoamericanos – OEI. Asunción, Paraguay. Recuperado de http://www.oei.org.py/moodle/pluginfile.php/9960/mod_resource/content/1/Tema%204-Mod%204.pdf
- Pagos por Mensura (s.f.) Municipalidad de la ciudad de Formosa. Provincia de Formosa - República Argentina. Recuperado de: <http://www.formosatuciudad.gob.ar/pagos-por-mensura>
- REGLAMENTO GENERAL TÉCNICO REGISTRAL. Dirección General de Registros Públicos. Asunción, Paraguay. 28 de diciembre de 2015.